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

L 3 (2016)

NOVI SAD, 2016.

ZRPFNS, godina L Novi Sad, br. 3 (2016)

UDK 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

Dr Dragan L. Milkov, redovni profesor
Ratko S. Radošević, asistent
Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – „Upravno postupanje“ 733

Dr Predrag P. Jovanović, redovni profesor
Darko M. Božičić, asistent
Zaštita i bezbednost zaposlenih na radu 753

Dr Gordana R. Vukadinović, redovni profesor
Ilija D. Jovanov, asistent
Pravna država i vladavina prava od začetaka do savremenih izazova 771

Dr Danica D. Popov, redovni profesor
Konfesorna tužba za zaštitu stvarnih službenosti 785

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Jednostepenost ili dvostepenost u postupku poništaja arbitražne odluke? 801

Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor
Zajednička svojina supružnika i savesno sticanje pouzdanjem u katastar nepokretnosti . 817

Dr Snežana M. Soković, redovni profesor
Dr Dragana S. Čvorović, docent
Dr Veljko M. Turanjanin, docent
Saradnja javnog tužioca i policije u Republici Srbiji 835

Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor
Redovni pravni lekovi po odredbama parničnog zakonodavstva iz 1853. i 1860. godine 853

Dr Dragutin S. Avramović, docent
Buđenje sile – rađanje države nacionalnog nadzora 869

Dr Bojan N. Tubić, docent
Nove tendencije u pogledu uslova prihvatljivosti pojedinačnih predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava 883

Dr Marko B. Dimitrijević, asistent
Uloga Evropskog revizorskog suda u očuvanju fiskalnog okvira evrozone 899

Luka O. Baturan, asistent
Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent sa doktoratom
Mogućnosti uvođenja akcize na bezalkoholna pića sa dodatkom šećera u Srbiji . . . 913

Ivan D. Milić, asistent
Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo) 927

Sloboda D. Midorović, asistent
Savesnost u kontekstu restitucije kulturnih dobara 945

ODELjAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Zoltan B. Nađ, vanredni profesor
Anet Š. Čisar, advokat
Aspekti evropskog sistema finansijske kontrole 965

Nora I. Jakab, vanredni profesor
Personalno polje primene radnopravnih normi i status zaposlenog lica 989

Dr Čaba Červak, vanredni profesor
Dvodomni parlamenti – nekad i sad 1003

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Istorijat akademskih stepena i zvanja u oblasti pravne nauke u Mađarskoj 1015

TABLE OF CONTENTS

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
Ratko S. Radošević, Assistant
Some Innovations in the Law on General Administrative Procedure – "Administrative Proceeding" 733

Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor
Darko M. Božičić, Assistant
The Protection of Employees at Work 753

Gordana R. Vukadinović, Ph.D., Full Professor
Ilija D. Jovanov, Assistant
Legal State and the Rule of Law from the Beginnings to modern Challenges 771

Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor
Actio Confessoria for Protection of Easement 785

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
How Many Court Instances Should Decide on Setting Aside of Arbitral Awards? . . 801

Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor
Joint Ownership of Spouses and Good Faith Acquisition of Immovables by Relying in the Real Estate Cadastre 817

Snežana M. Soković, Ph.D., Full Professor
Dragana S. Čvorović, Ph.D., Assistant Professor
Veljko M. Turanjanin, Ph.D., Assistant Professor
Cooperation between the public prosecutor and the police in Serbia 835

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
Ordinary Legal Remedies according to Provisions of Legislation from 1853 and 1860 . . 853

Dragutin S. Avramović, Ph.D., Assistant Professor
The Force Awakens – Birth of National Surveillance State 869

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
New Developments regarding the Admissibility Criteria of Individual Applications to the European Court of Human Rights 883

Marko B. Dimitrijević, Ph.D., Assistant
The Role of the European Court of Auditors in Preserving of Fiscal Framework within the Eurozone 899

Luka O. Baturan, Assistant
Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.
Excise Duty on Sweetened Drinks in Serbia 913

Ivan D. Milić, Assistant
Is a Crime always the Most Serious Unlawful Act? (Part I) 927

Sloboda D. Midorović, Assistant
Good Faith in the Context of Restitution of Cultural Property 945

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Zoltán B Nagy, Ph.D., Associate Professor
Anett S Csiszár, lawyer
Aspects of the european system of financial supervision 965

Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor
On the significance of the employee status and of the personal scope of labour law regulation 989

Csaba Cservák, Ph.D., Associate Professor
Bicameral parliaments – then and now 1003

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
The history of academic degrees and titles in jurisprudence in Hungary 1015

Originalni naučni rad 35.077.3(497.11)
doi:10.5937/zrpfns50-12732

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

NEKE NOVINE U ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU „UPRAVNO POSTUPANJE“*

Sažetak: *U Republici Srbiji je 2016. godine donet novi Zakon o opštem upravnom postupku. Njime se, kao procesnopravnim propisom, ne regulišu samo procesnopravne ustanove, već i stvaraju neke potpuno nove materijalnopravne ustanove. Autori u radu ukazuju na probleme koje sa sobom donosi ovakav neprimeren način pravnog normiranja. Analiza pokazuje da se na ovaj način nove materijalnopravne ustanove stvaraju potpuno veštački. Kao posledica javljaju se nejasni i neprecizni kriterijumi za njihovo definisanje i razgraničenje, kao i brojne protivrečnosti.*

Ključne reči: *upravni postupak, upravna stvar, upravni akt, garantni akt, upravni ugovor, upravne radnje, pružanje javnih usluga.*

1. UVOD

Republika Srbija je 2016. godine dobila novi Zakon o opštem upravnom postupku. Iako bi, na prvi pogled, to trebalo da znači da je dobila nova pravila koja se primenjuju prilikom postupanja u upravnim stvarima, činjenica je da je dobila mnogo više od toga. Kada kažemo „mnogo više“ ne mislimo, nažalost, na pobolj-

* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ za 2016. godinu.

šanje kvaliteta, već naprotiv, na nešto što je potpuno neprimereno i problematično. Republika Srbija je ovim, procesnopravnim propisom, dobila i neke potpuno nove materijalnopravne ustanove.

Dobar pravnik bi, kada bude pročitao ovaj rad, mogao da pomisli da su autori „promašili" temu. Verovatno bi očekivao da u radu koji se bavi novinama u Zakonu o opštem upravnom postupku pročita nešto o samom postupku i određenim procesnopravnim ustanovama. Umesto toga, u radu će se uglavnom susresti sa analizom nekih materijalnopravnih ustanova. Zašto je to tako?

Temu, dakle, nisu „promašili" autori ovog teksta, već zakonodavac, odnosno autori novog Zakona o opštem upravnom postupku. Uređivanje materijalnopravnih pojmova procesnim zakonom je potpuno neprihvatljivo. Kao kada bi se krivična dela propisivala Zakonom o krivičnom postupku, a ne Krivičnim zakonikom! Cilj ovog rada je da se ukaže na probleme koje sa sobom donosi ovakav neprimeren način pravnog normiranja. Za početak, objasnićemo u kojim bi sve situacijama trebalo da se primenjuje novi Zakon o opštem upravnom postupku, a zatim ćemo, detaljno, analizirati svaku od tih situacija, ili, po rečima zakonodavca, svaki od tih oblika „upravnog postupanja". Pretpostavka od koje polazimo, jeste da su ovi oblici „upravnog postupanja" stvoreni veštački, te da su, samim tim, nedovoljno jasno i precizno definisani i međusobno razgraničeni. U najvećem broju slučajeva veza između njih i pravila koja regulišu upravni postupak nije stvarna, već prividna.

2. OBAVEZNOST PRIMENE NOVOG ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Pod obaveznošću primene zakona koji uređuje opšti upravni postupak podrazumeva se pitanje koji subjekti i pod kojim uslovima su dužni da postupaju po njegovim pravilima.[2] Na to pitanje u prethodnom i novom Zakonu o opštem upravnom postupku daju se bitno drugačiji odgovori.

Prethodnim Zakonom je propisano da su po pravilima koja regulišu opšti upravni postupak dužni da postupaju „državni organi kad u upravnim stvarima, neposredno primenjujući propise, rešavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke, kao i kad obavljaju druge poslove utvrđene ovim zakonom"[3]. Kada rešavaju u upravnim stvarima, ili obavljaju druge poslove utvrđene ovim Zakonom, istu dužnost imaju i „preduzeća i druge organizacije (...) u vršenju javnih ovlašćenja koja su im poverena zakonom"[4].

[2] Dragan Milkov, *Upravno pravo II – upravna delatnost*, Novi Sad 2016, 75.

[3] Zakon o opštem upravnom postupku – prethodni ZUP, *„Službeni list SRJ"*, br. 33/97 i 31/2001 i *„Službeni glasnik RS"*, br. 30/2010, čl. 1.

[4] Prethodni ZUP, čl. 2.

Iz navedenih odredbi proizlazi, najpre, da se pravila koja regulišu opšti upravni postupak primenjuju prilikom rešavanja u upravnim stvarima. Šta se podrazumeva pod upravnim stvarima Zakonom nije izričito definisano. Međutim, tumačenjem ovih odredbi, a naročito u vezi sa ostalim odredbama prethodnog Zakona o opštem upravnom postupku i drugih propisa koji regulišu pojedine elemente upravnopravnog režima, može da se dođe do odgovora i na to pitanje. Pod upravnim stvarima podrazumevaju se one situacije u kojima se na autoritativan način odlučuje o pravima i obavezama stranaka, donošenjem upravnih akata.

Drugi poslovi utvrđeni prethodnim Zakonom o opštem upravnom postupku, za razliku od donošenja upravnih akata, ne vrše se u upravnim stvarima, ali se vrše na isti način, primenom istih procesnih pravila. U te poslove spada, prvenstveno, izdavanje uverenja, odnosno drugih javnih isprava.

Pravila koja regulišu opšti upravni postupak dužne su da primenjuju dve kategorije subjekata. Imajući u vidu da rešavanje u upravnim stvarima podrazumeva vršenje vlasti, autoritativno istupanje u pojedinačnim situacijama, pretpostavlja se da ova pravila primenjuju državni subjekti, prvenstveno organi uprave. Rešavanje u upravnim stvarima spada u osnovnu delatnost organa uprave. U drugu kategoriju spadaju nedržavni subjekti i za njih ta pretpostavka ne važi. U njihovu osnovnu delatnost ne spada vršenje vlasti, autoritativno istupanje, već vršenje privrednih i društvenih poslova od interesa za društvo u celini. Zbog značaja tih poslova njima se i poveravaju ovlašćenja za rešavanje u upravnim stvarima i izdavanje uverenja, odnosno drugih javnih isprava. Samo prilikom vršenja tih ovlašćenja, a ne i prilikom vršenja svoje osnovne delatnosti, oni primenjuju odredbe Zakona o opštem upravnom postupku.

O obaveznosti primene novog Zakona o opštem upravnom postupku zaključuje se iz definicije upravnog postupka i upravne stvari. Upravni postupak je određen kao „skup pravila koja državni organi i organizacije, organi i organizacije pokrajinske autonomije i organi i organizacije jedinica lokalne samouprave, ustanove, javna preduzeća, posebni organi preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija i pravna i fizička lica kojima su poverena javna ovlašćenja (u daljem tekstu: organi) primenjuju kada postupaju u upravnim stvarima“[5]. „Upravna stvar, u smislu ovog zakona, jeste pojedinačna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravne akte, donosi garantne akte, zaključuje upravne ugovore, preduzima upravne radnje i pruža javne usluge“, kao i „svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar“.[6]

Postavlja se, najpre, pitanje zašto je zakonodavac, umesto da jasno odredi obaveznost primene Zakona, „definisao“ upravni postupak i to na pogrešan način.

[5] Zakon o opštem upravnom postupku – novi ZUP, *„Službeni glasnik RS“*, br. 18/2016, čl. 1.
[6] Novi ZUP, čl. 2.

Upravni postupak nije „skup pravila“, već skup procesnih radnji, koje se vrše prema određenim pravilima. Zakon o opštem upravnom postupku je „skup pravila“, a postupak je način rada uređen Zakonom! Svaki postupak predstavlja redosled obavljanja radnih operacija prilikom ostvarivanja nekog zadatka i može da bude uobičajen ili propisan. Ako je propisan, onda je pravni postupak. U tom smislu, upravni postupak je način rada prilikom rešavanja u upravnim stvarima regulisan skupom pravila iz Zakona o opštem upravnom postupku. Iz navedenog proizlazi da zakonodavac ne razlikuje Zakon o opštem upravnom postupku od samog upravnog postupka, a, samim tim, ni predmet Zakona od predmeta upravnog postupka.

Šta bi, u skladu sa novim Zakonom, trebalo da bude predmet upravnog postupka, odnosno kada bi pravila koja regulišu upravni postupak trebalo da se primene? Pravila koja regulišu upravni postupak trebalo bi da se primene u svakoj pojedinačnoj situaciji „u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšte akte, pravno ili faktički utiče na položaj stranke“, a ne samo kada rešava o njenim pravima, obavezama ili pravnim interesima, kako je predviđeno u prethodnom Zakonu. Pod upravnim stvarima se, dakle, više ne podrazumevaju samo situacije u kojima se donose upravni akti, već i situacije u kojima se donose garantni akti, zaključuju upravni ugovori, preduzimaju upravne radnje i pružaju javne usluge.

Već na prvi pogled je jasno da ovakva definicija upravne stvari nije usklađena sa drugim propisima u našem pravnom sistemu, kao što su Zakon o državnoj upravi i Zakon o upravnim sporovima, iako bi propisi koji regulišu pojedine elemente upravnopravnog režima trebalo da čine celinu. Primećuje se i da je ovakva definicija upravne stvari stvorena potpuno veštački, podvođenjem pod nju suštinski različitih situacija. U upravnim stvarima, a to znači i po pravilima koja regulišu upravni postupak, trebalo bi da se donose i vrše svi pojedinačni akti i radnje uprave, bez obzira na njihovu prirodu, pa čak i delatnosti javnih službi. Kako bi prikrio činjenicu da između njih nema ničeg zajedničkog i da pravila koja regulišu upravni postupak nisu primerena u svim tim situacijama, zakonodavac uvodi i jedno novo pravno sredstvo, prigovor. Putem prigovora se, zapravo, sve ove nove situacije koje se nazivaju „upravnim stvarima“ podvode pod situacije u kojima se donose upravni akti i koje jedino i predstavljaju upravne stvari, u užem smislu reči. Na taj način, zakonodavac pokušava da nam pokaže da između svega onoga što bi trebalo da spada u predmet upravnog postupka i samih pravila koja regulišu taj postupak postoji neka veza. Da li je ta veza stvarna ili prividna, nije važno.[7]

Posmatrajući novi Zakon o opštem upravnom postupku može se zaključiti da više nije važno ni to koji subjekti i pod kojim uslovima primenjuju pravila koja regulišu upravni postupak. To naročito važi za nedržavne subjekte, u odnosu na koje Zakon o opštem upravnom postupku više nije obavezan samo kada vrše

[7] Vid. Ratko Radošević, „Pojam upravne stvari i novi Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije“, *Pravna riječ*, br. 46/2016, 340.

poverena javna ovlašćenja, već i kada vrše svoju osnovnu delatnost, koja se ne sastoji u autoritativnom istupanju („pružanje javnih usluga“).

Određujući upravnu stvar na ovaj način, zakonodavac je sebi dao nemoguć zadatak da jasno i smisleno odredi i razgraniči brojne nove, ali i postojeće pojmove. Rezultat, koji je jedino i moguć, sastoji se u konfuziji, nepreciznim kriterijumima razgraničenja, definisanju nepoznatih pojmova pomoću drugih nepoznatih pojmova, odstupanju od definicija sadržanih u drugim propisima, ali i od uobičajenih shvatanja u nauci upravnog prava.[8]

3. OBLICI „UPRAVNOG POSTUPANJA“

Pod pojmom upravne stvari se, kao što je prethodno već rečeno, više ne podrazumevaju samo one situacije u kojima se donose upravni akti, već i situacije u kojima se donose garantni akti, zaključuju upravni ugovori, preduzimaju upravne radnje i pružaju javne usluge. U pitanju su različiti pojedinačni akti i radnje kojima se „pravno ili faktički utiče na položaj stranke“, a koje je zakonodavac nazvao „upravnim postupanjem“.

Sam termin „upravno postupanje“ predstavlja novinu u našem pravnom sistemu i neuspešan pokušaj da se ove suštinski različite stvari povežu u jednu celinu. Radi se, zapravo, samo o „igri rečima“, koja bi, pretpostavljamo, trebalo da nam ukaže na to da se pravila koja uređuju upravni postupak primenjuju prilikom „upravnog postupanja“. Zakonodavac je, izgleda, zaboravio da se za označavanje zadataka i poslova koje vrši uprava u Ustavu Republike Srbije i Zakonu o državnoj upravi koristi termin „poslovi državne uprave“.

Veći problem od ove „igre terminima“ predstavlja činjenica da su poslovi državne uprave u Zakonu o državnoj upravi određeni drugačije u odnosu na ono što je predviđeno u okviru „upravnog postupanja“. Time novi Zakon o opštem upravnom postupku izlazi iz okvira čisto procesnih propisa, kojima se uređuje način vršenja postojećih zadataka i poslova. Umesto toga, njime se stvaraju neki potpuno novi zadaci i poslovi, dok se postojeći određuju na drugačiji način.[9]

3.1. Upravni akt

U dosadašnjem zakonodavstvu Republike Srbije, upravni akt se definiše pomoću upravne stvari, kao specifičnog, materijalnog obeležja ove vrste pojedinačnih

[8] *Ibid*., 339-340.

[9] Vid. Dragan Milkov, „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, br. 1/2013, 89-90; Zoran Lončar, „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ*, br. 35/2013, 433-434.

i autoritativnih pravnih akata. Takva veza između upravnog akta i upravne stvari proizlazi kako iz prethodnog Zakona o opštem upravnom postupku, tako i iz Zakona o državnoj upravi i Zakona o upravnim sporovima. Iako se u prethodnom Zakonu o opštem upravnom postupku ne pominje termin „upravni akt", jasno je da se na ovu vrstu pojedinačnih i autoritativnih pravnih akata misli kada se kaže da se u upravnim stvarima „rešava o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke". Isti smisao imaju i jezički neprecizno formulisane odredbe Zakona o državnoj upravi, u skladu sa kojima „organi državne uprave rešavaju u upravnim stvarima i donose upravne akte", te „rešavaju o žalbama i vanrednim pravnim sredstvima na upravne akte koje su doneli oni ili imaoci javnih ovlašćenja, prema zakonu"[10]. Konačno, u Zakonu o upravnim sporovima je i jasno predviđeno da upravni akt predstavlja „pojedinačni pravni akt kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u upravnoj stvari"[11].

Pretpostavka od koje se polazi u novom Zakonu o opštem upravnom postupku, suprotno navedenim propisima, sastoji se u tome da je pojam upravne stvari mnogo širi, te da se on više ne vezuje isključivo za upravni akt, već i za druge oblike „upravnog postupanja". Upravna stvar je, time, izgubila svojstvo bitnog, materijalnog obeležja upravnog akta i ne može više da posluži za njegovo definisanje. Umesto toga, upravni akt se određuje kao „pojedinačni pravni akt kojim organ, neposredno primenjujući propise iz odgovarajuće upravne oblasti, odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke, ili o procesnim pitanjima"[12].

Iz citirane odredbe sledi da bi novo materijalno obeležje upravnog akta, umesto upravne stvari, trebalo da bude karakter propisa koji se primenjuju prilikom odlučivanja o pravima, obavezama i pravnim interesima stranke, ili o procesnim pitanjima. Naime, radi se o „propisima iz odgovarajuće upravne oblasti". Šta se, pak, podrazumeva pod tim propisima zakonodavac nije naveo. Nije ni mogao da navede jer upravno pravo nema svoje posebne izvore prava. Za ovu granu prava važe svi oni izvori koji važe i za druge grane prava.[13] Samim tim, „norme upravnog prava javljaju se u raznim tekstovima, zakonskim propisima i drugim podzakonskim opštim aktima, izmešane sa normama koje spadaju u druge pravne grane iz čega proizilaze (sic!) posebne teškoće u vezi sa njihovim izdvajanjem i diferenciranjem prilikom primene"[14]. Karakter propisa koji se primenjuju, prema tome, ne može da posluži kao pouzdan kriterijum za definisanje i razgraničenje upravnog akta od drugih sličnih pravnih akata.

---

[10] Zakon o državnoj upravi – ZDU, *„Službeni glasnik RS"*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010 i 99/2014, čl. 17.

[11] Zakon o upravnim sporovima, *„Službeni glasnik RS"*, br. 111/2009, čl. 4.

[12] Novi ZUP, čl. 16, st. 1.

[13] Dragan Milkov, *Upravno pravo I – uvodna i organizaciona pitanja*, Novi Sad 2016, 47.

[14] Pavle Dimitrijević, Ratko Marković, *Upravno pravo I*, Beograd 1986, 258.

Kao rezultat ovakvih promena, u našem pravnom sistemu postoje dve različite zakonske definicije upravnog akta. Jedna je navedena u novom Zakonu o opštem upravnom postupku i obavezuje sve one subjekte koji donose upravne akte. Druga je navedena u Zakonu o upravnim sporovima i obavezuje Upravni sud, prilikom kontrole zakonitosti upravnog akta. Imajući u vidu različite kriterijume za definisanje, moglo bi da se dogodi da se jedan isti akt smatra upravnim aktom u smislu Zakona o opštem upravnom postupku, a da to ne bude slučaj u smislu Zakona o upravnim sporovima. Takva razlika je neprihvatljiva i može da izazove negativne posledice u praksi.

Definicija upravnog akta u novom Zakonu o opštem upravnom postupku ukazuje i na to da se pod upravnim aktima podrazumevaju i svi pojedinačni akti kojima se odlučuje o procesnim pitanjima. U skladu sa tim, razlikuju se dve vrste upravnih akata, rešenja i zaključci. Ovi upravni akti mogu imati i drugi naziv, ako je to posebnim zakonom predviđeno.[15] „Rešenjem se odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke“, a donosi se i u „drugim slučajevima koji su ovim zakonom određeni“.[16] „Zaključak je upravni akt kojim organ upravlja postupkom i koji se donosi kad ovim zakonom nije određeno da se donosi rešenje.“[17]

Na prvi pogled, navedena podela upućuje na razliku između glavne i sporedne odluke, koja je uobičajena u svim pravnim postupcima. Međutim, propisujući da se o brojnim sporednim pitanjima odlučuje rešenjem, a ne zaključkom, zakonodavac je ovu podelu učinio besmislenom. Primera radi, rešenjem se odlučuje o postavljenju privremenog zastupnika stranci, odbacivanju podneska, odbijanju zahteva za razgledanje spisa i obaveštavanje o toku postupka, vraćanju u pređašnje stanje, oslobađanju od plaćanja troškova, izmeni zahteva, prekidu i obustavljanju postupka, privremenim merama, novčanim kaznama za svedoke i veštake, nadoknađivanju štete prouzrokovane uviđajem, obezbeđenju dokaza, izvršenju radi obezbeđenja itd.

Činjenica da se o brojnim sporednim pitanjima odlučuje u formi rešenja opravdava se „naročito s gledišta povećane pravne zaštite protiv procesnih akata“[18]. U čemu se ta povećana pravna zaštita ogleda? Ni u čemu, ako se ima u vidu da bi i protiv zaključka kojim se odlučuje o ovim sporednim pitanjima mogla da se predvidi posebna žalba, što i jeste slučaj u prethodnom Zakonu o opštem upravnom postupku. Zbog neke prividno povećane pravne zaštite unosi se nepotrebna konfuzija i komplikuje dosadašnje jasno razlikovanje između rešenja i zaključka, kao glavne i sporedne odluke. Ovakvim pristupom upravni postupak po prvi put napušta logiku svih ostalih procesnih propisa u kojima se jasno pravi razlika iz-

[15] Novi ZUP, čl. 16, st. 2 i 3.
[16] Novi ZUP, čl. 136.
[17] Novi ZUP, čl. 146, st. 1.
[18] Zoran Tomić, *Predgovor novom Zakonu o opštem upravnom postupku*, Beograd 2016, 20.

među glavne i sporedne odluke, a što se izražava i kroz njihove različite nazive (u sudskim postupcima su to presuda i rešenje).

Sporno je i to kako zaključak uopšte može da se smatra upravnim aktom kada, prema novom Zakonu o opštem upravnom postupku, protiv njega „nije dozvoljena žalba, niti se može pokrenuti upravni spor“[19]. Iz toga sledi da zaključak nikada nema samostalnu pravnu egzistenciju, te, zato, može da predstavlja isključivo akcesorni akt, pojedinačni akt bez neposrednog pravnog dejstva, a ne upravni akt. Odredbe ovog Zakona o vrstama upravnih akata su, dakle, protivrečne. Zakonodavac najpre deli upravne akte na rešenja i zaključke, a zatim negira tu podelu podvođenjem svih zaključaka pod akcesorne akte.

Rešenjem se odlučuje i o prigovoru, novom pravnom sredstvu, koje stranka može da izjavi zbog neispunjenja obaveza iz upravnog ugovora, preduzete ili nepreduzete upravne radnje, ili načina pružanja javnih usluga – ukoliko se njihovim pružanjem ne obezbeđuje uredno i kvalitetno, pod jednakim uslovima, ostvarivanje prava građana i organizacija i zadovoljavanje potreba korisnika.[20] O prigovoru odlučuje rukovodilac organa na čije se postupanje odnosi ovo pravno sredstvo remonstrativnog karaktera.[21]

Smisao uvođenja prigovora, kako to navode pojedini autori, sastoji se u tome „da se upravna postupanja koja ne predstavljaju upravni akt – upravne radnje, upravni ugovori, pružanje javnih usluga – uvedu u postojeći sistem upravnopravne zaštite sa što je moguće manje izmena tog sistema. Naime, prigovor se izjavljuje protiv ovih upravnih postupanja radi dobijanja upravnog akta kojim se odlučuje o njihovoj zakonitosti i/ili celishodnosti. Jednom izdati upravni akt daje stranci mogućnost da koristi redovne puteve upravnopravne zaštite, tako što protiv odluke o prigovoru može da izjavi žalbu u upravnom postupku i/ili tužbu u upravnom sporu, već u zavisnosti od položaja subjekta koji je preduzeo upravno postupanje u upravnoj hijerarhiji“[22].

I ovde se, izgleda, opravdanje za uvođenje prigovora nalazi u povećanoj pravnoj zaštiti stranaka. Stvarni i praktični rezultat ovih novina je, međutim, sporan i to iz više razloga. Postavlja se, najpre, pitanje da li i ova rešenja mogu da se podvedu pod zakonsku definiciju upravnog akta. Podsetimo se, upravni akt je „pojedinačni pravni akt kojim organ, neposredno primenjujući propise iz odgovarajuće upravne oblasti, odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke, ili o procesnim pitanjima“. Da li se zaista, kada se odlučuje o prigovoru zbog upravnog ugovora, upravnih radnji, ili pružanja javnih usluga, radi o „neposrednoj primeni propisa iz odgovarajuće upravne oblasti“? Da li to važi i za situacije

[19] Novi ZUP, čl. 146, st. 3.

[20] Novi ZUP, čl. 147, st. 1, u vezi sa čl. 25, 28 i 32.

[21] Novi ZUP, čl. 148, st. 1.

[22] Dobrosav Milovanović, Vuk Cucić, „Nova rešenja Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji“, *Pravni život*, br. 10/2015, 98.

u kojima se na upravni ugovor supsidijarno primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi? Šta je sa pravnom zaštitom koja je već predviđena propisima kojima se uređuje „pružanje javnih usluga". O čemu bi to rukovodilac organa zaista trebalo da odlučuje, o kakvim pravima, obavezama i pravnim interesima stranaka? Ko bi bio nadležan da rešava po žalbi protiv rešenja direktora lokalne toplane? A o čemu bi, tek, Upravni sud trebalo da odlučuje i kako da se rešenje doneto povodom izjavljenog prigovora podvede pod definiciju upravnog akta iz Zakona o upravnim sporovima? Ako građanin nije zadovoljan pružanjem javne usluge grejanja i podnese prigovor toplani, da li može protiv rešenja rukovodioca da vodi upravni spor i šta bi sud u takvom upravnom sporu odlučivao? Sve to ostaje potpuno nejasno. Posebno je nejasno da li se procesnim propisom može menjati ono što je predviđeno u pojedinim materijalnopravnim propisima? Tako je npr. u Zakonu o komunalnim delatnostima predviđeno da se između korisnika i pružaoca usluga komunalnih delatnosti prava i obaveze uređuju ugovorom, tj. da se između njih uspostavlja obligacionopravni odnos.[23] Po novom Zakonu o opštem upravnom postupku proizlazi da je to upravnopravni odnos?

Jasno je samo jedno. Ovakvo proširenje pojma upravne stvari i upravnog akta, koje ide do te mere da ih obesmišljava, može da izazove negativne posledice u praksi. Umesto unapređenja pravne zaštite stranaka, konfuzija koja se na ovaj način stvara može da dovede do sasvim suprotnog rezultata.

3.2. Garantni akt

Drugi oblik „upravnog postupanja" sastoji se u donošenju garantnih akata. Pod garantnim aktom se podrazumeva „pisani akt kojim se organ obavezuje da, na odgovarajući zahtev stranke, donese upravni akt određene sadržine", „kad je to posebnim zakonom određeno".[24] Drugi uslov je da „garantni akt ne sme biti protivan javnom interesu, niti pravnom interesu trećih lica"[25]. Bliže je propisano i kada postoji, odnosno kada ne postoji obaveza donošenja upravnog akta, saglasno garantnom aktu. Protiv upravnog akta koji nije donet saglasno garantnom aktu stranka može da izjavi žalbu.[26] Na sva ostala pitanja koja se tiču donošenja garantnog akta predviđeno je da se shodno primenjuju odredbe o upravnom aktu.[27]

Garantni akt predstavlja novinu u našem pravnom sistemu, spornih obeležja i pravne prirode. Iz zakonske definicije saznajemo više o formi garantnog akta, nego o njegovoj suštini. Činjenica da organ ovim „pisanim aktom" stiče obavezu da kasnije, pod određenim uslovima, donese upravni akt određene sadržine, uka-

[23] Zakon o komunalnim delatnostima, *„Službeni glasnik RS"*, br. 88/2011, čl. 13.
[24] Novi ZUP, čl. 18.
[25] Novi ZUP, čl. 20.
[26] Novi ZUP, čl. 19.
[27] Novi ZUP, čl. 21.

zuje na to da garantni akt spada u kategoriju pravnih akata. No, nije sasvim jasno da li to znači, istovremeno, da se garantnim aktom odlučuje o pravima i obavezama stranke. U obrazloženju Predloga Zakona o opštem upravnom postupku daje se negativan odgovor na ovo pitanje.[28] Da li to onda znači da se garantnim aktom samo „faktički utiče na položaj stranke", ako se već ne odlučuje o njenim pravima i obavezama? Smisao „upravnog postupanja" nije u tome da se „utiče na položaj organa", već stranke. Ako taj „uticaj na položaj stranke" nije „pravni", onda može da bude jedino „faktički".

Da je pravna priroda garantnog akta sporna i nejasna, vidi se i iz činjenice da ga pojedini autori svrstavaju u upravne akte. U tom smislu, razlikuju klasične upravne akte i specifične „garantne upravne akte".[29] Nejasno je samo na osnovu čega se to tvrdi. Ako su i garantni akti „upravni akti", zašto su onda izdvojeni kao poseban oblik „upravnog postupanja". Štaviše, s obzirom na potpunu neodređenost zakonske definicije i priloženo obrazloženje uz tekst Predloga Zakona, šta je to što uopšte upućuje na zaključak da se radi o autoritativnom pravnom aktu. O obeležjima garantnog akta, očigledno, može samo da se nagađa.

Sporna i nejasna pravna priroda garantnih akata proizlazi iz toga što je sporno i samo njihovo postojanje u našem pravnom sistemu. Drugim rečima, sporno je postojanje posebnih zakona kojima se predviđa donošenje garantnih akata, na osnovu kojih bi se jasno i precizno odredila njihova obeležja. Zakonodavac polazi od pretpostavke da takvi zakoni postoje. Kao primer, u obrazloženju Predloga Zakona o opštem upravnom postupku navodi se Zakon o državljanstvu Republike Srbije (član 15), Carinski zakon (član 19) i Zakon o državnoj pripadnosti i upisu plovila (član 83).[30]

Primer „garantnog akta" iz člana 15 Zakona o državljanstvu Republike Srbije dovoljan je da ukaže na to da se ova pravna ustanova veštački uvodi u naš pravni sistem. Pod „garantnim aktom" trebalo bi da se podrazumeva potvrda koja se izdaje strancu da će biti primljen u državljanstvo Republike Srbije, a koja služi za dobijanje otpusta iz stranog državljanstva.[31]

Smisao ovog „garantnog akta" nije u tome da se organ obaveže da će doneti određeni upravni akt. Izričito je u Zakonu o državljanstvu predviđeno da se izdaje potvrda „da će biti primljen u državljanstvo Republike Srbije **ako ispunjava ostale uslove iz člana 14. stav 1. ovog zakona** (tekst naglasili autori)"[32]. To znači da mu se jedino „garantuje" da će biti primljen u državljanstvo ako ispunjava zakonske uslove, a to bi bilo i bez ovog, nazovi, garantnog akta!

---

[28] Vid. Obrazloženje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, 63. Dostupno na: *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf*, 20. novembar 2016.

[29] Z. Tomić, 20.

[30] Vid. Obrazloženje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, 63.

[31] Zakon o državljanstvu Republike Srbije – ZDRS, *„Službeni glasnik RS"*, br. 135/2004 i 90/2007, čl. 15.

[32] ZDRS, čl. 15, st. 1.

Na osnovu ove potvrde upravni akt donosi strani organ koji odlučuje o otpustu stranke iz stranog državljanstva. Ona treba da posluži kao dokazno sredstvo u postupku koji se vodi povodom otpusta iz stranog državljanstva. Domaći organ koji odlučuje o prijemu stranke u državljanstvo Republike Srbije nema obavezu da donese upravni akt na osnovu ranije izdate potvrde, već na osnovu zakona i toga da li stranka ispunjava sve zakonom predviđene uslove u trenutku odlučivanja. Štaviše, može se zaključiti da organ unutrašnjih poslova ni ne proverava ispunjenost svih uslova prilikom izdavanja potvrde za strani organ, već će proveru svih uslova vršiti tek kada stranka priloži i dokaz da joj je prestalo strano državljanstvo. To znači da može zahtev da uvaži ili da ga odbije.

Primer iz Carinskog zakona je takođe sporan. Član 19 Carinskog zakona se odnosi na obavezujuće obaveštenje o svrstavanju robe (OOS) i obavezujuće obaveštenje o poreklu robe (OOP).[33] Ova dva obavezujuća obaveštenja su jedna specifičnost koja postoji samo u carinskom postupku i detaljno su uređene Carinskim zakonom, tako da zbog njih nije postojala potreba za izmišljanjem nekakvog novog „garantnog akta". Štaviše, u istom članu su predviđeni i slučajevi u kojima Uprava carina može da donese odluku o prestanku važenja obavezujućeg obaveštenja, a među njima se navodi da do toga može da dođe npr. „zbog izmena komentara carinske tarife", „ako više nije u skladu sa aktom ministra o poreklu robe" i sl. Šta onda ostaje od garancije „garantnog akta"?

Treći primer se potpuno netačno navodi. Naime, u članu 83 Zakona o državnoj pripadnosti i upisu plovila se spominje nekakav „garantni akt", koji nema nikakvih dodirnih tačaka sa definicijom iz Zakona o opštem upravnom postupku. „Kada lučka kapetanija u čiji je upisnik brod unutrašnje plovidbe upisan primi predlog za prenos upisa broda unutrašnje plovidbe u upisnik brodova unutrašnje plovidbe druge lučke kapetanije, doneće rešenje kojim uslovno priznaje pravo stranci na prenos upisa broda unutrašnje plovidbe u upisnik brodova unutrašnje plovidbe koji vodi druga lučka kapetanija (garantni akt) i isto, sa izvodom iz upisnika brodova i ispravama iz stava 2. ovog člana, upućuje lučkoj kapetaniji u čiji upisnik brodova unutrašnje plovidbe se prenosi upis".[34] Međutim, taj „garantni akt" ništa ne garantuje, jer „rešenje iz stava 3. ovog člana ne obavezuje lučku kapetaniju u čiji je upisnik brod upisan ako lučka kapetanija u čiji upisnik brod unutrašnje plovidbe treba da se upiše opravdano odbije upis"[35]. Šta se onda tim aktom garantuje? Uslovno se priznaje pravo stranci na prenos upisa broda, a drugi organ može da odbije upis!

Pisci Zakona o opštem upravnom postupku, dakle, na osnovu nekoliko pogrešnih primera, zaključuje da „garantni akti" postoje i u našem pravnom sistemu

[33] Carinski zakon, *„Službeni glasnik RS"*, br. 18/2010, 111/2012 i 29/2015, čl. 19.

[34] Zakon o državnoj pripadnosti i upisu plovila – ZDPUP, *„Službeni glasnik RS"*, br. 10/2013 i 18/2015, čl. 83, st. 3.

[35] ZDPUP, čl. 83, st. 6.

i da bi njih trebalo regulisati u okviru pravila koja se odnose na opšti upravni postupak. Fraze pisaca obrazloženja Predloga Zakona o opštem upravnom postupku da je to „jedan od najboljih instrumenata za postizanje što većeg stepena pravne sigurnosti" i da će taj akt biti posebno „podoban za podizanje nivoa predvidivosti poslovnog okruženja"[36], ne znače baš ništa. Za ove prazne izjave ne postoji nikakav osnov. Šta uopšte znači „predvidivost poslovnog okruženja" i kakve veze sa tim imaju garantni akti? Koji propisi koji se odnose na „predvidivost poslovnog okruženja" predviđaju garantne akte? Nema ih! Procesnim propisom se ne može stvarati novi materijalnopravni pojam koji za sada ne postoji, a za čijim postojanjem praksa do sada nije iskazala nikakvu potrebu. Ova novotarija je obično igranje pisaca novog Zakona o opštem upravnom postupku i pokušaj da se po svaku cenu bude originalan, bez obzira na realnost i potrebe prakse. Kada ni pisci Zakona nisu u stanju da pronađu makar jedan smislen primer za „garantni akt", ko će to uspeti?

3.3. Upravni ugovor

Novinu u našem pravnom sistemu predstavlja i upravni ugovor. Slično donošenju garantnog akta i on se zaključuje samo kada je to određeno posebnim zakonom, a pod njim se podrazumeva „dvostrano obavezan pisani akt koji (...) zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari"[37].

Primećuje se da upravni ugovor ima nekoliko obeležja. S obzirom na to da se njime stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari, on spada u kategoriju pojedinačnih pravnih akata. Za razliku od upravnog akta, kojim se takođe stvara, menja ili ukida pravni odnos u upravnoj stvari, upravni ugovor predstavlja dvostrani pravni akt. On nije rezultat autoritativnog istupanja organa, već saglasnosti volja organa i stranke.

Na ovaj način, zakonodavac je povukao granicu između dve vrste pojedinačnih pravnih akata koji se donose, odnosno zaključuju u upravnim stvarima. Osnovna razlika se sastoji u tome što upravni akt ima, a upravni ugovor nema autoritativan karakter. Upravni akt, osim toga, može uvek da se donosi, a upravni ugovor izuzetno, samo kada je to predviđeno nekim posebnim zakonom.

Zakonodavac, međutim, na ovaj način nije povukao granicu između upravnog ugovora i građanskopravnih ugovora. U čemu bi trebalo da se sastoji specifičnost upravnog ugovora, u odnosu na građanskopravne ugovore? U tome što se upravni ugovor zaključuje u upravnim stvarima, pojedinačnim situacijama u kojima organ „pravno ili faktički utiče na položaj stranke". No, kako to da se zaključivanjem upravnog ugovora „pravno utiče na položaj stranke", a zaključivanjem

[36] Vid. Obrazloženje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, 63.
[37] Novi ZUP, čl. 22, st. 1.

građanskopravnog ugovora ne? Nova zakonska definicija upravne stvari isuviše je široka i neodređena da bi poslužila kao kriterijum za izdvajanje i razgraničenje ovih pojedinačnih pravnih akata, koji spadaju u oblike „upravnog postupanja", od drugih, sličnih.

Posebno pitanje vezano za upravni ugovor jeste da li fizičko ili pravno lice ima zaista status „stranke" kada zaključuje dvostrano obavezan pisani akt? Da li to isto lice ima status stranke kada sklapa građanskopravni ugovor sa državnim organom? Ako su učesnici u zaključenju građanskopravnog ugovora ugovorne strane, zašto to nisu i u zaključenju upravnog ugovora? Zašto se tu zovu „organ" i „stranka"? Takvom statusu ne odgovara ni određenje stranke iz istog propisa. „Stranka u upravnom postupku jeste fizičko ili pravno lice čija je upravna stvar predmet upravnog postupka i svako drugo fizičko ili pravno lice na čija prava, obaveze ili pravne interese može da utiče ishod upravnog postupka."[38] Ovde uopšte nije reč o tome da „ishod postupka" utiče na prava i obaveze „stranke", već ugovorne strane ravnopravno uređuju međusobna prava i obaveze!

Stiče se utisak da je i upravni ugovor veštačka konstrukcija autora novog Zakona o opštem upravnom postupku, a za koju ne postoji nikakvo uporište u propisima. Potpuno je neprimereno procesnim propisima (uslovno) stvarati pojam koji u materijalnopravnim propisima ne postoji. U svakom slučaju, ove odredbe o upravnom ugovoru će ostati potpuno prazne i neprimenjive, jer se ni ne naslućuje kada će bilo kojim materijalnopravnim propisom biti predviđeno sklapanje ovakvog ugovora!

Iako to iz zakonske definicije ne proizlazi, zakonodavac je zamislio da specifičnost upravnog ugovora bude, „u odstupanjima od opšteg režima ugovornog prava kojima se ovlašćenja javnopravnog subjekta, radi ostvarivanja javnog interesa, pojačavaju u odnosu na drugu stranu ugovornicu"[39]. U tom cilju, predviđena je mogućnost izmene upravnog ugovora zbog promenjenih okolnosti, kao i pravo organa da raskine ugovor.

„Ako bi, zbog okolnosti nastalih posle zaključenja upravnog ugovora koje se nisu mogle predvideti u vreme zaključenja ugovora, ispunjenje obaveze za jednu ugovornu stranu postalo bitno otežano, ona može od druge ugovorne strane zahtevati da se ugovor izmeni i prilagodi nastalim okolnostima. Organ rešenjem odbija zahtev stranke ako nisu ispunjeni uslovi za izmenu ugovora ili ako bi izmena ugovora izazvala štetu po javni interes koja bi bila veća od štete koju bi pretrpela stranka."[40]

Pravo organa da raskine ugovor postoji: „1) ako izostane saglasnost stranke da se ugovor izmeni zbog promenjenih okolnosti; 2) ako stranka ne ispunjava

[38] Novi ZUP, čl. 44, st. 1.
[39] Vid. Obrazloženje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, 64.
[40] Novi ZUP, čl. 23.

ugovorne obaveze; 3) ako je to neophodno da bi se otklonila teška i neposredna opasnost po život i zdravlje ljudi i javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, a to ne može uspešno da se otkloni drugim sredstvima kojima se manje dira u stečena prava. Organ raskida upravni ugovor rešenjem u kome izričito navodi i jasno obrazlaže razloge za raskid."[41] Nasuprot tome, „ako organ ne ispunjava ugovorne obaveze, stranka ne može da raskine upravni ugovor, ali može da izjavi prigovor"[42].

Zakonodavac, prema tome, želi da izdvoji upravne ugovore u posebnu kategoriju time što predviđa odstupanja od uobičajenog, građanskopravnog režima. Ostaje onda nejasno zašto nije predvideo da se sporovi iz upravnih ugovora rešavaju pred Upravnim sudom. Ako se pod upravnim ugovorima podrazumeva posebna kategorija ugovora koje zaključuje uprava, različita od građanskopravnih ugovora i pretežnim delom podvedena pod upravnopravni režim, zašto onda nije obezbeđena i specifična upravnosudska kontrola, koja se vrši u upravnom sporu, a koja predstavlja deo tog upravnopravnog režima. U onim pravnim sistemima u kojima su upravni ugovori izdvojeni u posebnu kategoriju, oni predstavljaju i predmet upravnog spora.[43] Ili je, možda, ta specifična kontrola obezbeđena time što stranka može da izjavi prigovor, nakon čega se donosi rešenje, a onda, protiv tog rešenja, vodi i upravni spor. Utisak je da je sve to preterano komplikovano i nepotrebno.

Preostaje još i da saznamo za koje to tačno ugovore, predviđene posebnim zakonima, važe ova odstupanja od opšteg režima ugovornog prava. U obrazloženju Predloga Zakona o opštem upravnom postupku navode se, kao primer, ugovori predviđeni Zakonom o javno-privatnom partnerstvu i koncesijama i Zakonom o javnim nabavkama.[44] Na osnovu čega, ostaje nejasno. Samo detaljna i pažljiva analiza pravnih propisa, koja je do sada izostajala, može da pokaže da li upravni ugovor postoji u našem pravnom sistemu. Nije dovoljno da se pođe od toga što se slični ugovori, u nekim drugim pravnim sistemima, smatraju upravnim ugovorima. Ne može samo da se tvrdi da neki ugovori imaju karakter „upravnih ugovora", te da se onda, polazeći od tih nekoliko spornih primera, procesnim zakonom stvara jedna potpuno nova materijalnopravna ustanova. Da bi ova pravna ustanova zaista mogla da „doprinosi ostvarivanju jednog od evropskih standarda, koji se ogleda u aktivnoj ulozi građana u odnosima sa javnom upravom"[45], ne može samo prividno da se proglasi da ona postoji.

---

[41] Novi ZUP, čl. 24.

[42] Novi ZUP, čl. 25.

[43] Vid. Dragan Milkov, „O upravnom sporu u Srbiji", *Zbornik radova PFNS*, br. 3/2011, 125-126.

[44] Vid. Obrazloženje Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, 64.

[45] *Ibid*.

3.4. Upravne radnje

Za razliku od upravnih akata, upravnih ugovora i garantnih akata koji, uz primedbu da je to kod garantnih akata sporno, spadaju u kategoriju pravnih akata, upravne radnje predstavljaju oblik „upravnog postupanja“ bez neposrednog pravnog dejstva. Definisane su kao „materijalni akti organa koji utiču na prava, obaveze ili pravne interese stranaka, kao što su vođenje evidencija, izdavanje uverenja, pružanje informacija, primanje izjava i druge radnje kojima se izvršavaju pravni akti“[46]. U ovoj definiciji nisu pomenute javne isprave, pa se stiče utisak kao da isprave nisu njome ni obuhvaćene? Da li je lična karta uverenje ili javna isprava? Međutim, mimo definicije, u članu 29 novog Zakona o opštem upravnom postupku se spominje da organi izdaju „uverenja i druge isprave (sertifikate, potvrde itd.) o činjenicama o kojima vode službenu evidenciju u skladu sa zakonom“. Uverenje je, svakako, pojam koji je uži od opšteg pojma javne isprave, jer je uverenje takva isprava koja se izdaje sa ciljem da se njome potvrdi postojanje nekih prava, obaveza, činjenica, okolnosti.

Polazeći od navedene definicije, pretpostavljamo da je, kada je govorio o „faktičkom uticaju na položaj stranke“, zakonodavac i imao, prvenstveno, u vidu upravne radnje. Ostaje samo nejasno kako se to materijalnim aktima, koji nemaju neposredno pravno dejstvo, utiče na prava, obaveze i pravne interese stranaka. Logično bi bilo da se taj uticaj sastoji u stvaranju, menjanju ili ukidanju njihovih prava i obaveza. Takve posledice, međutim, materijalni akti ne mogu da proizvedu. Ovu tezu potvrđuju i primeri koje je zakonodavac, suprotno pravilima logike, naveo u definiciji upravnih radnji.

Problem u pogledu ovakve definicije upravnih radnji sastoji se i u tome što ona ne odgovara definicijama iz drugih propisa. U tom smislu, Zakonom o državnoj upravi je predviđeno da „organi državne uprave izvršavaju zakone, druge propise i opšte akte Narodne skupštine i Vlade tako što (...) vode evidencije, izdaju javne isprave i preduzimaju upravne radnje“[47]. Predviđeno je i da „za preduzimanje upravnih radnji kojima se poseže u ličnu slobodu i bezbednost, fizički i psihički integritet, imovinu i ostala ljudska prava i slobode organi državne uprave moraju imati neposredni osnov u zakonu“[48].

Za razliku od novog Zakona o opštem upravnom postupku, u Zakonu o državnoj upravi je, dakle, vođenje evidencija i izdavanje javnih isprava jasno odvojeno od preduzimanja upravnih radnji. Štaviše, upravne radnje su određene precizno i usko, kao radnje prinude koje se preduzimaju prema pojedincima.

---

[46] Novi ZUP, čl. 27.
[47] ZDU, čl. 14, st. 1.
[48] ZDU, čl. 14, st. 3.

Problem je nastao zbog činjenice da autori novog Zakona o opštem upravnom postupku ne razlikuju upravne radnje od pojedinačnih akata i radnji uprave bez neposrednog pravnog dejstva. Kako drugačije da se objasni činjenica da se i izdavanje uverenja podvodi pod „upravne radnje". Uverenje nije nikakva „radnja", već pojedinačni akt koji nema neposredno pravno dejstvo. Uverenje predstavlja javnu ispravu, a ne radnju! Po ovakvom određenju će izgleda i uverenje o državljanstvu i izvodi iz matične knjige rođenih postati „radnje"?! To što se uverenja, kao pojedinačni akti, „izdaju", ne može da promeni njihovu pravnu prirodu i da ih pretvori u „radnju". Sledeći ovakvu logiku i upravni akti bi mogli da se nazovu „upravnim radnjama", s obzirom na to da se „donose".

Počevši od prvog člana novog Zakona o opštem upravnom postupku vidi se da su autori ovog propisa imali velikih problema sa pravilima logike. Težnja ka stvaranju potpuno novog Zakona i ka „originalnosti", a koja treba da se izrazi i kroz nove verbalne konstrukcije i stvaranje novih pojmova, dovela je do prave konfuzije, koja protivreči svim pravilima logike!

U upravne radnje, zapravo, spadaju samo one „materijalne radnje kojima se na osnovu pravnih propisa primenjuje prinuda prema konkretnim licima u konkretnim situacijama".[49] Njih, pak, zakonodavac u svojoj „definiciji" ni ne navodi. Verovatno bi materijalne radnje prinude, koje uz upravne akte čine suštinu upravne delatnosti, trebalo da se podvedu pod „druge radnje kojima se izvršavaju pravni akti".

3.5. Pružanje javnih usluga

Poslednji oblik „upravnog postupanja", kojim se, kao i upravnim radnjama, „faktički utiče na položaj stranke", predstavlja pružanje javnih usluga. Pod pružanjem javnih usluga podrazumevaju se dve grupe aktivnosti. U prvu grupu spada „obavljanje privredne i društvene delatnosti, odnosno poslova za koje je zakonom utvrđeno da se vrše u opštem interesu, kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa, odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja"[50]. U drugu grupu svrstava se „obavljanje delatnosti, odnosno poslova uprave od strane organa, kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa, odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja"[51]. Predviđeno je i da se sve javne usluge pružaju „tako da obezbede uredno i kvalitetno, pod jednakim uslovima, ostvarivanje prava i pravnih interesa korisnika javnih usluga i zadovoljavanje njihovih potreba"[52].

---

[49] D. Milkov, *Upravno pravo II – upravna delatnost*, 65.
[50] Novi ZUP, čl. 31, st. 1.
[51] Novi ZUP, čl. 31, st. 2.
[52] Novi ZUP, čl. 31, st. 3.

Navedena definicija predstavlja vrhunac neuspešnog pokušaja autora novog Zakona o opštem upravnom postupku da smisleno odrede i razgraniče sve ove, veštački stvorene, oblike „upravnog postupanja". Menjajući izvornu terminologiju iz Zakona o javnim službama, nazivajući građane „korisnicima", a privredne i društvene delatnosti javnih službi „pružanjem javnih usluga", zakonodavac nije stvorio novi oblik „upravnog postupanja".[53] Samo je pokazao da ne shvata ni suštinu upravne delatnosti, ni suštinu delatnosti javnih službi. Delatnosti javnih službi nemaju autoritativni karakter i ne predstavljaju vršenje vlasti. Samim tim, njihovo vršenje nema nikakvu vezu sa upravnim postupkom. Pravila koja regulišu upravni postupak javne službe primenjuju samo kada vrše poverena javna ovlašćenja, odnosno kada donose upravne akte i izdaju javne isprave. Ako već ne postoji stvarna, zakonodavac se zadovoljio uspostavljanjem prividne veze između delatnosti javnih službi, odnosno „pružanja javnih usluga" i upravnog postupka, koja se uspostavlja izjavljivanjem prigovora, o čemu je već bilo reči.

Iako suštinski ne predstavljaju oblik „upravnog postupanja" i nemaju veze sa upravnim postupkom, aktivnosti koje obuhvataju obavljanje privrednih i društvenih delatnosti bar možemo da identifikujemo, kao delatnosti javnih službi. Drugu grupu aktivnosti koje zakonodavac svrstava u „pružanje javnih usluga" ne možemo čak ni da identifikujemo. Kao što je prethodno navedeno, u pitanju su „delatnosti, odnosno poslovi uprave od strane organa, kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa, odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja". Šta se podrazumeva pod „delatnostima, odnosno poslovima uprave od strane organa" ostaje potpuno neodređeno. Imajući u vidu da se pod organom podrazumevaju i državni, a ne samo nedržavni subjekti, zašto se ove aktivnosti uopšte svrstavaju u „pružanje javnih usluga" i kakva je njihova veza sa delatnostima javnih službi? Možda ne bi bilo loše da je zakonodavac i ovde zanemario pravila logike, te da je u okviru definicije naveo i neki primer takvih aktivnosti. Ovako, preostaje nam samo da nagađamo.

4. ZAKLJUČAK

U odnosu na prethodni Zakon, obaveznost primene novog Zakona o opštem upravnom postupku uređena je bitno drugačije. Pravila koja regulišu upravni postupak primenjuju se mnogo šire, prilikom svakog „upravnog postupanja". Pod ovim novim i očigledno neprimerenim terminom podrazumeva se donošenje upravnih i garantnih akata, zaključivanje upravnih ugovora, preduzimanje upravnih radnji i pružanje javnih usluga. Drugim rečima, radi se o različitim pojedi-

[53] Videti: R. Radošević, 336.

načnim aktima i radnjama koji se donose, zaključuju i vrše u upravnim stvarima, situacijama u kojima se „pravno ili faktički utiče na položaj stranke".

Analiza pojedinih oblika „upravnog postupanja" ukazuje na pokušaj da se ovim, procesnim propisom, potpuno veštački, stvore nove materijalnopravne ustanove. Posledica takvog načina pravnog normiranja su nejasni i neprecizni kriterijumi za definisanje i razgraničenje ovih ustanova, kao i brojne protivrečnosti.

Na to da se ovi oblici „upravnog postupanja" stvaraju potpuno veštački ukazuje i činjenica da se u odnosu na njih pravila koja regulišu upravni postupak zapravo i ne primenjuju, ili se primenjuju samo shodno. To je i logično, imajući u vidu da je upravni postupak primeren za donošenje upravnih akata, ali ne i za donošenje, odnosno vršenje svih ovih, suštinski različitih pojedinačnih akata i radnji. Veza između njih i upravnog postupka je, zapravo, samo prividna i uspostavlja se onda kada se protiv njih izjavi prigovor. Tada se tek primenjuju pravila koja regulišu upravni postupak i donosi upravni akt, kojim se odlučuje o prigovoru. Suština se, dakle, sastoji u tome da se svi oblici „upravnog postupanja" na kraju svedu na jedan, na donošenje upravnog akta, koji time takođe gubi svoj pravi smisao i precizno određenje. Zašto je sve to urađeno? Zbog nekog, čini se, prividno „novog koncepta uprave" preuzetog i preslikanog od onih koji ga ni sami nisu razvili.

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

Some Innovations in the Law on General Administrative Procedure "Administrative Proceeding"

Abstract: *In 2016 the Republic of Serbia passed the new Law on general administrative procedure. However, the new Law regulates not only procedural, but also substantive institutions. In this paper the authors analyze the problems of this inappropriate way of legal regulation. The Analyze shows that these substantive institutions are created artificially. As a result there are vague and imprecise criteria for their definition and delimitation, as well as numerous contradictions.*

Keywords: *administrative procedure, administrative matter, administrative act, guarantee act, administrative contract, administrative actions, provision of public services.*

Datum prijema rada: 16.12.2016.

Originalni naučni rad 331.45:006.3
doi:10.5937/zrpfns50-12971

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

Darko M. Božičić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs

ZAŠTITA I BEZBEDNOST ZAPOSLENIH NA RADU*

Sažetak: *Pitanje zaštite zaposlenih i njihove bezbednosti na radu od krucijalnog je značaja za funkcionisanje produkcionih odnosa. Kada govorimo o zaštiti zaposlenih tema je, kako zaštita fizičkog, tako i zaštita moralnog integrita zaposlenih, jer u radnom odnosu nije samo radna snaga čoveka, kao njegova psihofizička komponenta, već i njegova ukupna ličnost sa svim moralnim, etičkim i drugim svojstvima. Pri čemu, samo zdrav čovek može da vrši rad i na taj način obezbeđuje sopstvenu egzistenciju, a narušeno zdravlje kao posledica uslova rada nema samo radnopravne, nego i ekonomske, i naročito, socijalne (negativne) posledice. Štaviše, ove negativne konsekvence nisu prisutne samo kod radnika, nego i kod poslodavca i tiču se realizacije njegovih interesa manifestovanih u težnji za oplodnjom kapitala, tj. profitom. Takođe, sve ove negativne posledice odražavaju se u krajnjoj liniji i na društvo u celini, jer od kvaliteta radnog života zavisi kvalitet života uopšte, socijalni mir i stabilnost. Polazeći od značaja koji ova tema ima za produkcione odnose, veliku pažnju zaštiti zaposlenih posvećuje kako međunarodno tako i evropsko radno pravo. Upravo iz tih razloga, značajan segment našeg rada jeste prikaz međunarodnog i regionalnog radnopravnog okvira za oblast zaštite i bezbednosti zaposlenih na radu.*

Ključne reči: *zaštita zaposlenih, fizički i moralni integritet, međunarodno i regionalno radno pravo.*

---

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

I ZNAČAJ ZAŠTITE I BEZBEDNOSTI NA RADU

Zaštita i bezbednost zaposlenih na radu je jedno od najstarijih radnopravnih pitanja (javlja se kada i radni odnosi – od samog početka liberalno-kapitalističkih društvenih i radnih odnosa),[1] a i danas ne gubi na svojoj aktuelnosti. Koncept zaštite zaposlenih na radu utemeljen je, pre svega, na potrebi zaštite njihovog zdravlja i fizičkog integriteta, budući da narušavanje zdravlja zaposlenih ima mnogostruke negativne posledice (zdravstvene, socijalne, ekonomske, radno-pravne) ne samo po njih, već i poslodavaca i društva u celini. Zato se pravo na zaštitu zdravlja i fizičkog integriteta ne vezuje samo za radnopravne pozicije zaposlenih i poslodavaca, već i za čitav korpus univerzalnih ljudskih prava, te kao takvo predviđeno je brojnim međunarodnim i nacionalnim pravnim aktima. U dokumentima Organizacije ujedinjenih nacija nalaze se mnoge odredbe koje posredno ili neposredno govore o zaštiti i bezbednosti na radu. Ono što karakteriše ove odredbe jeste činjenica da se pravo na bezbedne i zdrave uslove rada tretira kao važno ljudsko, odnosno socijalno-ekonomsko pravo. Ova karakteristika se odnosi naročito na Opštu deklaraciju o pravima čoveka (čl.23.) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (čl.7. i 12.).[2]

Što se tiče povezanosti pitanja zaštite i bezbednosti na radu sa radnopravnim pozicijama zaposlenih i poslodavaca, moglo bi se reći da je ta povezanost recipročna i tipična pravna osobina radnog odnosa. Radi se o najvažnijim pravima i obavezama poslodavaca i zaposlenih iz radnog odnosa.[3] Dakle, radi se o najvažnijim (recipročnim) obavezama i pravima iz radnog odnosa, jer se preko tih prava i obaveza obezbeđuje kvalitet radnog života: povećava se zadovoljstvo poslom i životom, raste radna efikasnost i produktivnost, preveniraju se konflikti na radu itd. Od kvaliteta radnog života zavisi kvalitet života uopšte, socijalni mir i stabilnost. Neki autori navode osam konceptualnih kategorija od kojih zavisi kvalitet radnog života: 1) radni uslovi bezopasni po zdravlje zaposlenih: 2) adekvatna i fer kompenzacija; 3) neposredna mogućnost primene i razvoja ljudskih kapaciteta; 4) mogućnost kontinuiranog razvoja i obrazovanja; 5) socijalna integracija u radnoj sredini; 6) postojanje i primena zaštitnih propisa (jednakog tret-

---

[1] Prvi propisi iz oblasti zaštite na radu doneseni su početkom i u prvoj polovini 19. veka u Engleskoj – tada industrijski najrazvijenijoj zemlji (godine 1802. – propis o zaštiti dečjeg rada u tekstilnoj industriji; godine 1844.- propis o ugrađivanju zaštitnih uređaja na radu i obaveznom prijavljivanju povreda na radu). Više kod: Stanković Života, *Ekonomika zaštite na radu*, Niš 1977.

[2] Opšta deklaracija o pravima čoveka, proklamovana rezolucijom Generalne konferencije OUN 217- A, ne podleže ratifikaciji, jer se ne tretira kao međunarodni ugovor; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, „Sl.list SFRJ“, br. 7/1971.

[3] Alexsandre Berenstein and Pascal Mahon, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer Law International, The Hague 2001, str. 100.

mana, slobodnog mišljenja i izražavanja, zaštite privatnosti); 7) radni i sveukupni životni prostor zaposlenih; 8) socijalna relevantnost radnog života.[4]

Navedene kategorije (odrednice) kvaliteta radnog života izdvajaju u prvi plan značaj radne sposobnosti zaposlenih, o čijoj zaštiti se, zapravo, ovde i pre svega radi. Mislimo na radnu sposobnost u najširem smislu, od koje zavisi sve ostalo što opredeljuje kvalitet radnog života.

U najširem smislu, prema Međunarodnoj klasifikaciji funkcionisanja, nesposobnosti i zdravlja – MKF, (International slassification of functioning, disability and helath – ICF),[5] postoje tri pristupa definisanju radne sposobnosti: ***a)*** medicinski; ***b)*** socijalni; i ***v)*** biopsihosocijalni.[6]

Medicinski model posmatra radnu spsobnost kao zdravstveno stanje pojedinca, odnosno radnu nesposobnost kao problem pojedinca, direktno uzrokovan oboljenjem, traumom ili nekim drugim zdravstvenim stanjem koje zahteva medicinsku brigu pruženu u formi individualnog tretmana. Akcenat je na opštoj životnoj sposobnosti (fizičkoj i psihičkoj – mentalnoj), odnosno na umanjenju te sposobnosti iz biomedicinskih razloga. Tu se i medicinska briga javlja kao ključno pitanje. Iz radnopravnog ugla gledano, u potrebi zaštite ovog aspekta radne sposobnosti postoji čitav niz mera koje su poslodavci dužni da preduzmu na radu, a zaposleni su dužni da ih se pridržavaju. Takođe, od značaja je i pitanje osiguranja za slučaj povrede na radu (ili van rada) i profesionalne bolesti (ili bolesti koja to nije).

Socijalni model, sa druge strane, posmatra radnu sposobnost, odnosno nesposobnost kao socijalno kreirano pitanje, kao pitanje integracije pojedinca u radnu sredinu i društvo. Radna onesposobljenost nije problem pojedinca, nego kompleksan zbir stanja, od kojih su mnogi kreirani socijalnim radnim i sveukupnim okruženjem. Ovde je akcenat na socijalnom izvorištu problema i na zajedničkoj – socijalnoj akciji u njegovom prevazilaženju u svim oblastima (kako u oblasti rada, tako i u oblasti društvenog života). Najšire rečeno – na pravno-političkom planu, ovaj aspekt radne sposobnosti, odnosno nesposobnosti može se tretirati i kao pitanje ljudskih prava. Uže posmatrano, kako smo napred videli, ovde se radi o pitanju socijalne integracije zaposlenih u radnoj sredini i u sveukupnom radnom i životnom prostoru, odnosno o pitanju socijalne relevantnosti radnog života. Preciznije rečeno, u radnopravnom smislu, ovaj aspekt radne sposobnosti i njena socijalna efektnost zavisi prevashodno od toga kako funkcionišu kolektivna radna prava zaposlenih (sindikalno udruživanje i delovanje, kolektivno pregovaranje i , sa tim u vezi, mirno rešavanje sporova, saodlučivanje, socijalni dijalog i druga prava – kako na mikro nivou, tj. kod poslodavca, tako i na

[4] Više o tome: dr Elisaveta Sarhoska, dr Violeta Arnaudova, *Kvalitet radnog života i zadovoljstvo poslom, naučni skup – Čovek i radna sredina*, Fakultet zaštite na radu, Niš 2005, str.210.

[5] International klassification of functioning, disability and helath – ICF, World Health Organization, Geneva, 2001. (MKF, Svetska zdravstvena organizacija, Ženeva 2001, str.12.).

[6] MKF, str.20.

makro nivou, tj. van poslodavca). U vezi sa tim, posebno treba izdvojiti one odredbe aktuelnog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu[7] koje govore o organima zaštite u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu (predstavnik zaposlenih; odbor za bezbednost i zdravlje na radu; Uprava za bezbednost i zdravlje na radu). Osnovna njihova uloga, u krajnjoj liniji, jeste u jačanju socijalne relevantnosti radnog života. Ovo posebno važi za odbor za bezbednost i zdravlje koji se najneposrednije uključuje u procese socijalne integracije u radnoj sredini, participirajući kod poslodavca u odlučivanju povodom zaštite na radu.

Biopsihosocijalni model, na kojem bazira i MKF, predstavlja integraciju prethodna dva modela. Na taj način MKF pokušava da sačini sintezu pristupa u cilju obezbeđivanja koherentnog stava iz različitih perspektiva zdravlja, iz biološke, individualne, ali i socijalne perspektive. Dakle, ovaj pristup integriše opšte životne (zdravstvene) sposobnosti sa zahtevima radnog (profesionalnog) i šireg socijalnog okruženja. U tom smislu, radna sposobnost se definiše kao „sposobnost čoveka (fizička, mentalna i socijalna) za prisustvo na radnom mestu i za obavljanje posla (radnih aktivnosti) bez rizika po sopstveno zdravlje i bezbednost i bez rizika po zdravlje i bezbednost drugih ljudi“.[8]

II RADNOPRAVNI ASPEKTI ZAŠTITE I BEZBEDNOSTI NA RADU

U radnom pravu zaštita zdravlja podrazumeva: (a) zaštitu fizičkog integriteta (zaštita od štetnog dejstva uslova rada, sredstava za rad, hemijskih i bioloških agenasa); (b) zaštitu psihičkog integriteta (zaštita od zlostavljanja na radu, opšteg i seksualnog uznemiravanja); i (v) zaštitu moralnog integriteta (zaštita privatnosti na radu, dostojanstva i etike rada, čovečnosti). Ukoliko bi se rad odvijao pod uslovima nedostojnim čoveka, onda bi sva prava koja proizilaze iz rada izgubila svoj smisao.

Navedeni aspekti zaštite zdravlja odgovaraju pojmu zdravlja. U duhu Ustava Svetske zdravstvene organizacije,[9] zdravlje ne znači samo odsustvo bolesti i povreda već i osećaj sveukupne integrisanosti pojedinca u sisteme i podsisteme društva (u obrazovni sistem, sistem radnih odnosa – zaposlenost, sistem socijalne sigurnosti itd.), a koja integrisanost oslobađa pojedinca straha i rađa osećanje sigurnosti, psihičkog i socijalnog blagostanja. Psihičko i socijalno blagostanje jesu segment zdravlja, ali samo zdravo i radno sposobno lice može se u najvećoj mogućoj meri i trajnije integrisati u navedene sisteme. Dakle, prvo, zdravlje i soci-

[7] Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, „Sl.gl.RS“, br.125/2004.

[8] Anđela Molovanović i grupa autora, *Ocenjivanje radne sposobnosti i opšte životne aktivnosti – opšti principi*, Svet rada, br.2/2016, str. 91.

[9] Dostupno na: *http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf*

jalno blagostanje su komplementarni elementi bitisanja čoveka; drugo, zdravlje i socijalno blagostanje su uzročno-posledično povezani elementi bitisanja čoveka. Zato se, prema Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu, kao osnovni cilj zaštite zaposlenih na radu navodi obezbeđivanje takvih uslova rada kojima se može u najvećoj mogućoj meri: a) sačuvati zdravlje i radna sposobnost radnika, tj. smanjiti povrede na radu, profesionalna oboljenja i oboljenja u vezi sa radom; i b) stvoriti pretpostavke za puno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje zaposlenih.

1. OČUVANJE PSIHO-FIZIČKOG INTEGRITETA ZAPOSLENIH (MEĐUNARODNI I REGIONALNI PRAVNI STANDARDI)

1.1. Okvirni međunarodni standardi

Očuvanje psiho-fizičkog integriteta zaposlenih je pitanje kojim se radno pravo tradicionalno bavi. Ovo iz dva razloga. Prvo, život i rad čoveka prate rizici različite vrste koji taj integritet mogu ugroziti, te se radnim pravom predviđaju određeni instrumenti zaštite od tih rizika. Drugo, očuvanje psiho-fizičkog integriteta je pretpostavka očuvanja radnopravne sposobnosti, što je primarni zahtev tržišta rada i stalnih ekonomskih, organizacionih, tehnoloških, obrazovnih i drugih promena na njemu. Posledično gledano, očuvanje radnopravne sposobnosti je pretpostavka očuvanja radnopravnog odnosa. Zato, interes je i radnika i poslodavca da se staraju o ovoj sposobnosti u istoj meri u kojoj je i sam radni odnos obojen uzajamnošću njihovih interesa.

Mnogi radnopravni instituti su usmereni u pravcu očuvanja i unapređivanja radnopravne spsobnosti, počev od zasnivanja radnog odnosa pa nadalje. Kod zasnivanja radnog odnosa opšti i posebni uslovi za zasnivanje radnog odnosa imaju i zaštitnu ulogu i karakter, jer se tiču sposobnosti jednog lica da obavlja određene poslove i radne zadatke uspešno i bezbedno. Zatim, ograničavanje i skraćivanje trajanja radnog vremena, odmori i odsustva, stručno ospsobljavanje i usavršavanje, kao i drugi instituti, vode očuvanju i unapređivanju radnopravne sposobnosti radnika.

Sem toga, zaštita radnika javlja se kao predmet mnogih drugih naučnih disciplina u okviru sistema nauka o radu i filozofije rada (sociologija rada, tehnologija rada, biologija, odnosno medicina rada, estetika i etika rada i dr.). U tom kontekstu i radno pravo se može smatrati delom sistema nauka o radu, te kao takvo u izučavanju i regulisanju problema zaštite radnika ono se mora oslanjati na druge delove tog sistema. Na primer, ako pođemo od toga da zaštita radnika znači zaštitu na radu od štetnog dejstva uslova rada, onda, pošto sve napetosti koje su u vezi sa radom nastaju na radnom mestu i u momentu radnikovog delovanja, moramo najpre upoznati retrogradno delovanje rada na telo radnika, tj. na njegovo zdravlje i telesnu sposobnost za rad, a zatim pravom (propisima) poku-

šati pomoći.[10] Drugim rečima, saznanja do kojih se dolazi u medicini rada (fiziologija, higijena, patologija rada) koristi i zakonodavstvo u pravnom uobličavanju zaštite radnika na radu (higijensko-tehničke, organizacione i druge mere, kao i prava, obaveze i odgovornosti poslodavca i radnika u vezi sa tim). Na ovoj povezanosti svih nauka o radu, insistira se i u dokumentima Međunarodne organizacije rada (Konvencija br.187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu).

Konkretnije govoreći, u okviru radnog prava i radnog zakonodavstva razlikovalo se uvek, a i danas se razlikuju (*explicite* ili *implicite)* dva vida zaštite: svih zaposlenih i pojedinih kategorija zaposlenih (omladine, žena, invalida i zaposlenih sa narušenim zdravstvenim stanjem). Unutar ovih vidova predviđene su odgovarajuće *mere i normativi* zaštite. *Mere* zaštite vezane su za određena tehnička sredstva (odela, oprema i druga sredstva lične zaštite), higijenska (sanitarni uređaji i sredstva, provetravanje), zdravstvena (lekarski pregledi i pružanje prve pomoći), te sredstva kontrole izvora opasnosti po zdravlje. U vezi sa tim merama predviđena su odgovarajuća recipročna prava i obaveze zaposlenih i poslodavca. *Normativi* zaštite su propisani standardi u pogledu bezbednih uslova rada, a koji se moraju obezbediti (dostići) primenom određenih mera zaštite. Zato su normativi obično povezani sa određenim merama i rezultat su primene tih mera. Ako normativ izostane onda to znači da određena mera nije preduzeta, nije primenjena, ili je treba dopuniti odnosno menjati. U vezi sa tim predviđene su odgovarajuće odgovornosti poslodavaca i zaposlenih.

Opšta zaštita (svih) zaposlenih ima dva vida: (1) zaštita fizičkog (telesnog) integriteta od štetnog dejstva uslova rada i (2) zaštita moralnog integriteta zaposlenih. Opšta zaštita obuhvata sve zaposlene i ima dugu pravnu istoriju u svetu. Videli smo, prve državne intervencije (početkom XIX veka u Engleskoj i Francuskoj) u oblasti radnih odnosa bile su vezane upravo za ovo pitanje, tj. za zaštitu od preteranog iscrpljivanja na radu, dugog radnog vremena i noćnog rada, zaštite od štetnog dejstva uslova rada i sredstava za rad.

Imajući u vidu napred prikazanu širinu i univerzalnost pitanja zaštite na radu, ovo pitanje je regulisano kako u univerzalnim međunarodnim pravnim izvorima (izvori Organizacije ujedinjenih nacija – OUN)[11], tako i u izvorima specijalizovanih međunarodnih organizacija (posebno Međunarodne organizacije rada – MOR-a)[12] i regionalnih organizacija (Saveta Evrope – SE i Evropske unije –

---

[10] Dr Hubert Hugo Hilf, *Nauka o radu* , Rijeka,, 1963, str. 131.

[11] Kako je napred već pomenuto, Srbiju, kao zemlju članicu OUN, u ovoj oblasti obavezuju Opšta deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine (član 24); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine (čl.7).

[12] Srbiju obavezuje mnoštvo ratifikovanih konvencija MOR-a u ovoj oblasti. Dve su načelne prirode: Konvencija br.155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, „Sl.l.SFRJ“, br.7/87; i Konvencija br.187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, „Sl.gl.RS“, br.42/2009.

EU)[13]. I u pravu Srbije velika pažnja se posvećuje pitanju bezbednosti na radu i zaštiti zdravlja zaposlenih, ali tome ćemo posebnu pažnju posvetiti u daljem radu na ovom Projektu.

U načelnom pristupu dokumentima MOR-a, od primarne važnosti je Konvencija br.155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini iz 1981. godine. Ona ima tu važnost iz sledećih razloga: 1) kao okvirni dokument sveobuhvatno i na opšti način tretira pitanja iz svog naslova u svim granama privrednih delatnosti, ali i van toga – u vanprivredi i javnom sektoru (kod svih poslodavaca), sa jedne strane, i odnosi se na sve zaposlene u navedenim delatnostima;[14] 2) zemlje članice koje su ratifikovale Konvenciju treba da utvrde jedinstvenu nacionalnu politiku o zaštiti na radu, u skladu sa nacionalnim uslovima i praksom, uz periodična revidiranja; 3) promoviše socijalni dijalog na nacionalnom nivou po pitanjima zaštite i bezbednosti na radu, po tripartitnom principu (poslodavci, radnici,

Pored navedenih konvencija postoje i mnoge druge koje, uglavnom, govore o posebnim vidovima zaštite i u posebni oblastima rada: Konvencija o upotrebi olovnog belila pri bojenju (br.13), „Službene novine KSHS“, br.95-XXII; Konvencija o lekarskom pregledu mlađih osoba pri zapošljavanju u pomorstvu (br.16), „Službene novine KSHS“, br.95-XXII; Konvencija o označavanju težine za pakete transportovane brodovima (br.27), „Službene novine KJ“, br. 297-CXI; Konvencija o zaštiti zaposlenih (dokera) od nesreće na poslu pri utovaru i istovaru brodova (br.32), „Službeni list SFRJ“, br.35/1975; Konvencija o radu žena pod zemljom (br.45), Službeni list FNRJ“, br.12/1952; Konvencija o lekarskim pregledima pomoraca (br.73), „Službeni list SFRJ“, br.3/1967; Konvencija o inspekciji rada (br.81), „Službeni list FNRJ“, br.5/1956; Konvencija o smeštaju posade na brodovima (br.92), „Službeni list SFRJ“, br.3/1967; Konvencija o lekarskom pregledu ribara (br.113), „Službeni list FNRJ“, br.9/1961; Konvencija o čuvanju mašina (br.119), „Službeni list SFRJ“, br. 54/1970; Konvencija o benzolu (br.136), „Službeni list SFRJ“, br.16/1976; Konvencija o raku izazvanom bavljenjem određenim zanimanjima (br.139), „Službeni list SFR“, br. 3/1977; Konvencija o radnoj sredini, zagađenju vazduha, buci i vibracijama (br.148), „Službeni list SFRJ“, br.14/1982; Konvenciju o profesionalnoj bezbednosti i zdravlju (br.155), „Službeni list SFRJ“, br.7/1987; Konvenciju o službi medicine rada (br.161), „Službeni list SFRJ“, br.14/1989; Konvenciju o azbestu (br.162), „Službeni list SFRJ“, br.14/1989.

[13] Od evropskih dokumenata, u ovoj oblasti, Srbiju kao zemlju članicu SE, obavezuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava iz 1950. godine, „Službeni list SCG“, br.6/2003; Evropska socijalna povelja iz 1961. godine (izmenjena), čl. 2, 3, „Sl. gl.RS“, br.42/2009. Dokumenti EU Srbiju ne obavezuju, ali kao zemlja koja pretenduje učlanjenju u EU, u procesu harmonizacije svog prava i prava EU, po pitanju bezbednosti i zaštite zdravlja na radu, uvaženi su standardi (*osnovni principi)* okvirne Direktive br.89/391 o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu, Official Journal L 183, 29/6/1989. *Osnovni principi* su: **(a)** prevencija profesionalnih rizika; **(b)** zaštita bezbednosti i zdravlja; **(v)** neutralisanje faktora rizika i nezgoda; **(g)** informisanje, konsultovanje i primerena participacija, saglasno nacionalnom zakonodavstvu; **(d)** obuka radnika i njihovih predstavnika. Na ovom mestu, pominjemo samo ovu direktivu, jer ona je od posebnog značaja u pogledu podizanja nivoa bezbednosti i zaštite zdravlja na radu ne samo u zemljama članicama EU već i u drugim zemljama koje pretenduju da postanu članice. Inače, oblast bezbednosti na radu i zaštite zdravlja zaposlenih je jedna od najrazvijenijih oblasti u radnom pravu EU. Detaljnije o tome u daljim istraživanjima povodom ovog Projekta.

[14] Mogućnosti isključenja primene ove Konvencije postavljene su restriktivno kroz stroge uslove i mehanizme kontrole (čl.1 i 2).

državni organi), uz isticanje značaja konsultovanja organizacija poslodavaca i zaposlenih; 4) promoviše opšti značaj prevencije, uz osposobljavanje, obuku i motivaciju radnika u ovoj oblasti; 5) ukazuje na opšti značaj kontrole u sprovođenju zaštite (kako unutrašnje, tako i eksterne putem inspekcijskih organa).

Dalju i precizniju dogradnju principa u sferi bezbednosti i zaštite na radu čini Konvencija br.187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu iz 2006. godine. Ova Konvencija predstavlja, zapravo, pravni izraz Globalne strategije o zaštiti zdravlja i bezbednosti, koju je MOR usvojila na 91. zasedanju Konferencije 2003. godine.[15] Globalna strategija i Konvencija br.187 ukazuju na značaj nekoliko principa. ***Prvo***, princip *prevencije* profesionalnih povreda i bolesti, kroz uspostavljanje i razvoj preventivne kulture, koja podrazumeva, shodno čl.4. Globalne strategije, ne samo sprovođenje i korišćenje svih raspoloživih mera i standarda zaštite na radu, već i jačanje opšte svesti, znanja i razumevanja koncepta zaštite na radu i opasnosti od rizika koji prate rad, a kako bi se ti rizici mogli sprečiti ili kontrolisati. ***Drugo***, princip *permanentnog razvoja* novih planova, mera, standarda i strategija. Bezbednost i zaštita zdravlja nije jednom za svagda data, već je to proces podložan mnogim promenama, jer je i sam proces rada podložan mnogim tehnološkim i organizacionim promenama. U tom smislu, zahteva se prilagođavanje postojećih ili uspostavljanje novih instrumenata, pre svega, u oblasti zaštite od bioloških opasnosti po zdravlje radnika, ali i u najširoj oblasti ergonomije odnosno fiziologije, higijene rada, toksikologije, patologije i drugih disciplina. ***Treće***, princip *socijalnog dijaloga i partnerstva* kao načina uspostavljanja, pokretanja i održavanja nacionalnog koncepta bezbednosti i zaštite zdravlja na radu. Globalna strategija (čl.1-4.) i Konvencija br.187 (čl.3.) insistiraju na tripartitnoj saradnji vlasti i reprezentativnih organizacija poslodavaca i radnika, po svim pitanjima od značaja za obezbeđivanje i poboljšanje bezbednih i zdravih uslova rada. ***Četvrto***, princip *političke posvećenosti* (na svim nivoima) kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu. Na nacionalnom nivou podstiču se naročito, shodno čl.5. tač.3. Konvencije br.187, najviši organi vlasti da pokreću, definišu i brane nacionalne programe bezbednosti i zaštite zdravlja na radu, kao okosnice sistema zaštite. U tim programima treba definisati uže i šire ciljeve sistema, indikatore i načine praćenja njegovog funkcionisanja, promovisati nacionalnu preventivnu kulturu itd. Na međunarodnom nivou, shodno procesima regionalizacije i globalizacije tržišta rada i kapitala, Globalna strategija ukazuje na značaj koji treba da ima saradnja MOR-a sa drugim međunarodnim i regionalnim organizacijama po pitanjima bezbednosti i zaštite zdravlja na radu (Svetska zdravstvena organizacija, Internacionalna ergonomska asocijacija, Savet Evrope, Evropska unija).

---

[15] Global strategy on occupational safety and health: Conclusions adopted by the International Labour Conference st its 91. Sessions, 2003, First published, Geneva 2004, dostupno na: *http://www.ilo.org/safework/areasofwork/WCMS_111293/lang-en/index.htm*

1.2. Okvirni regionalni standardi

Posmatrajući evropski kontinent, pod regionalnim (evropskim) pravom podrazumeva se pravo dveju regionalnih organizacija: Saveta Evrope (u daljem tekstu: SE) i Evropske unije (u daljem tekstu: EU). Pravo SE se u naučnoj i stručnoj literaturi označava i kao evropsko nekomunitarno pravo, dok se izvori prava koji su usvojeni pod okriljem EU nazivaju evropskim komunitarnim pravom.[16] Kada je u pitanju oblast bezbednih i zdravih uslova rada zaposlenih, komunitarno pravo je značajno sadržajnije od nekomunitarnog, no, polazeći od hronologije nastanka ovih organizacija, u daljem izlaganju regionalnog prava počećemo sa aktima SE.

(1) Bezbednost i zdravlje na radu u evropskom nekomunitarnom pravu

SE predstavlja prvi oblik regionalnog povezivanja evropskih država. Ova organizacija osnovana je 1949. godine u Londonu sa osnovnim zadatkom da promoviše principe vladavine prava i zaštite ljudskih prava. Glavni instrument za realizaciju tog zadatka čine višestrani ugovori o ljudskim pravima koji su usvojeni u okviru ove regionalne organizacije.[17] Među njima, kao dva najznačajnija, izdvajaju se Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, usvojena 1950. godine i Evropska socijalna povelja, usvojena 1961. godine, a revidirana 1996. godine.[18]

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne sadrži odredbe koje se tiču uslova rada zaposlenih i, uopšte, njihove zaštite i bezbednosti na radu. Ovo iz razloga što pitanja kojima se bavi radno pravo u svom temelju imaju socijalna i ekonomska prava, a pomenuta konvencija govori pre svega o ljudskim pravima prve generacije, tj. građanskim i političkim pravima. Ipak, na ovom mestu bitno je pomenuti čl. 14 Konvencije koji je posvećen jednom segmentu zaštite moralnog integriteta zaposlenih. Reč je o zabrani diskriminacije za uživanje (svih) prava i sloboda zagarantovanih ovom Konvencijom. Bitno drukčiji pogled na ovo pitanje daje nam *Evropska socijalna povelja* (u daljem tekstu: ESP). Reč je o najznačajnijem i najsistematičnijem aktu u oblasti nekomunitarnog radnog i socijalnog prava,[19] čije donošenje predstavlja rezultat ustanovljene po-

---

[16] O razlici između evropskog komunitarnog i nekomunitarnog prava šire u: Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica 2004, str. 18.

[17] Ljubinka Kovačević, *Evropska socijalna povelja – zagarantovana prava, ugovorne obaveze i nadzorni mehanizam*, Radno i socijalno pravo, br. 1-6/2005, str. 550.

[18] Republika Srbija ratifikovala je oba ova akta što je bila i njena obaveza kao države članice SE. Ovu obavezu, naša zemlja ostvarila je usvojivši Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda „Službeni list Srbije i Crne Gore – međunarodni ugovori“, br. 9/2003; i Zakon o potvrđivanju Revidirane Evropske socijalne povelje „Službeni glasnik Republike Srbije – međunarodni ugovori“, br. 42/2009.

[19] Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, str. 114

trebe da se u evropskim okvirima, pored građanskih i političkih prava, obezbede garancije i zaštita ljudskih prava druge generacije, te se tako ESP smatra svojevrsnim „Socijalnim ustavom“ SE.[20] Podsećamo, ESP je usvojena 1961. godine, potom je nekoliko puta novelirana protokolima iz 1988., 1991. i 1995. godine, da bi 1996. godine došlo do usvajanja Revidirane Evropske socijalne povelje (u daljem tekstu: RESP) koja je stupila na snagu 1999. godine. Dok je Poveljom iz 1961. godine obuhvaćeno 19 različitih socijalno-ekonomskih prava, RESP sadrži ukupno 31 pravo, te je očigledno da je revizija Povelje išla pre svega u pravcu obogaćivanja ovog dokumenta novim setom socijalno-ekonomskih prava. Među tim pravima sadržanim u RESP nalaze se i ona koja su usko vezana za našu temu a radi se o pravu na pravične uslove rada (čl. 2 RESP)[21] i, naročito, pravu na bezbedne i zdrave radne uslove (čl. 3 RESP), jer se ono neposredno tiče zaštite fizičkog integriteta zaposlenih. Takođe, i moralni integritet zaposlenih, tačnije njegova zaštita, prepoznata je kao bitan segment uslova rada, te je tako član 26 RESP posvećen pravu na dostojanstvo na radu.

Naime, shodno čl. 3 RESP, u nameri da obezbede efektivno ostvarivanje prava na bezbedne i zdrave radne uslove, države ugovornice dužne su da, *u konsultaciji sa organizacijama poslodavaca i radnika*: 1) formulišu, primene i periodično nadgledaju jedinstvenu nacionalnu politiku o bezbednosti na radu, zdravlju na radu i u radnoj sredini. Prvenstveni cilj ove politike jeste poboljšavanje bezbednosti i zdravlja na radu i sprečavanje nezgoda i povreda do kojih može doći, a vezane su za radno mesto ili se dešavaju za vreme rada, posebno tako što bi se smanjivali uzroci i rizici do kojih neminovno dolazi u radnoj sredini; 2) donesu propise u vezi sa bezbednošću i zdravljem; 3) obezbede primenu takvih propisa merama odgovarajućeg nadzora; 4) da unaprede postepeni razvoj službe medicine rada za sve radnike, koja bi imala prevashodno preventivne i savetodavne funkcije. Ovde je bitno podvući zahtev za tripartitnim pristupom koji je prisutan od formulisanja strategije, preko kreiranja odgovarajućih propisa, do nadzora nad

---

[20] Branko Lubarda, *Radno pravo – rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Centar za izdavaštvo i informisanje, Pravni fakultet u Beogradu 2012, str. 206

[21] Gde se u nameri da obezbede efektivno ostvarivanje prava na pravične uslove rada, države obavezuju: 1) da obezbede razuman broj dnevnih i nedeljnih radnih sati, da se radna nedelja postepeno smanjuje do nivoa koji dozvoljavaju porast produktivnosti i drugi relevantni faktori; 2) da obezbede plaćene praznične dane; 3) da obezbede najmanje četiri nedelje plaćenog godišnjeg odmora; 4) da uklone rizike prilikom obavljanja izuzetno opasnih ili nezdravih zanimanja, a tamo gde to nije moguće, da obezbede ili smanjivanje broja radnih sati ili dodatan broj plaćenih dana odmora za radnike koji su angažovani na takvim poslovima; 5) da obezbede period nedeljnog odmora koji će, u meri u kojoj je to moguće, da se poklopi sa danom koji je tradicionalno ili po običaju dan odmora u toj zemlji ili tom regionu; 6) da osiguraju da radnici budu obavešteni u pisanoj formi, u što je moguće kraćem roku, a u svakom slučaju ne kasnije od isteka dva meseca od datuma zasnivanja radnog odnosa, o suštinskim aspektima ugovornog ili radnog odnosa; 7) da obezbede da radnici koji obavljaju rad tokom noći imaju korist od onih mera koje uvažavaju posebnu prirodu takvog rada.

njihovim sprovođenjem. Činjenice da RESP najpre govori o potrebi usvajanja nacionalne strategije po ovom pitanju, kao i insistiranje na uključenosti socijalnih partnera u sve sfere realizacije bezbednih i zdravih uslova rada jasno svedoči o tome koliko je za funkcionisanje industrijskih odnosa bitno pitanje zaštite zaposlenih, tj. njihovih bezbednih i zdravih uslova rada, naročito u kontekstu prava na rad kao jednog od najznačajnijih socijalno-ekonomskih prava.[22]

Identičan, tripartitni, pristup RESP ima i u pogledu prava na dostojanstvo na radu. Naime, ovim aktom predviđena je dužnost za države potpisnice da *u konsultacijama sa organizacijama poslodavaca i radnika*, a u cilju ostvarivanje prava svih radnika na zaštitu njihovog dostojanstva na radu da: a) 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; i b) 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.

(2) Bezbednost i zdravlje na radu u evropskom komunitarnom pravu

Sva socijalno-ekonomska prava, pa tako i pitanja u domenu zaštite zaposlenih, tačnije njihove bezbedne radne sredine, prilično sporo i teško su krčila svoj put u pravu EU. Ovo zbog toga što je projekat evropskih integracija započeo kao proces ekonomskih integracija, da bi kasnije dobijao sve jače političke (socijalne) elemente.[23] Razlozi ovakvog tretmana socijalno-ekonomskih prava su prevashodno ekonomske prirode, jer ona zahtevaju značajna finansijska ulaganja kao uslov njihovog ostvarivanja, što predstavlja (dodatni) pritisak na budžet država članica. Uz to, integracija socijalnih prava rezultirala bi i poskupljenjem rada na tržištu EU što bi imalo značajne negativne reperkusije socijalne prirode. Naime, kako je cena rada najznačajniji (i najskuplji) faktor proizvodnje to bi dalje vodilo: ili poskupljenju proizvoda i usluga, što dovodi u pitanje ostvarivanje potrebnog i dovoljnog obima potrošnje kao uslova funkcionisanja produkcionih odnosa, ili značajnim opadanjem potražnje za radnom snagom. Naravno, u uslovima globalizacije, otvara se i pitanje konkurentnosti zemalja članica EU prema drugim državama koje nisu članice ove organizacije.[24]

---

[22] Senad Jašarević, *Socijalno-ekonomska prava u vezi sa radom u međunarodnim i evropskim standardima*, Radno i socijalno pravo, br. 1/2008, str. 185.

[23] Predrag Jovanović, *Ugradnja ljudskih i socijalno-ekonomskih prava u međunarodno, evropsko i naše radno pravo,* Radno i socijalno pravo, br. 1-6/2006, str. 17.

[24] Predrag Jovanović (1-6/2006), str. 22-23.

(a) Značaj bezbednosti i zdravlja na radu u evropskom komunitarnom pravu

Iako EU u svojim prvim oblicima nije imala ambiciozne planove za socijalne politike, ipak, nakon formiranja zajedničkog tržišta došlo je do radikalnih promena na ovom polju. I dok su se prioriteti socijalnih politika menjali kako su evoluirali ekonomski, društveni i politički problemi,[25] pitanje zaštite zaposlenih u pogledu njihove bezbedne radne sredine uvek je bilo u vrhu liste prioriteta. Razlog za to vidimo upravo u činjenici da su evropske integracije pre svega ekonomski orijentisane, a pitanje (ujednačenih) uslova rada zaposlenih u EU ima značajne ekonomske implikacije. Naime, EU je nastala kao projekat ekonomskih integracija čiji je primarni cilj jedinstvena Evropa na temelju jedinstvenog (evropskog) tržišta koje se zasniva na četiri esencijalne slobode: na slobodi kretanja robe, usluga, kapitala i ljudi. Ali, jedinstvenog evropskog tržišta nema bez jedinstvenih uslova privređivanja, a jedinstvenih uslova privređivanja nema bez jedinstvnih uslova rada, jer to suštinski utiče na cenu robe i usluga.[26] Ukoliko bi države članice EU imale različita pravna pravila u oblasti bezbednih i zdravih uslova rada zaposlenih to bi poslodavce koji dolaze iz zemalja koje imaju niže standarde u ovoj oblasti radnog zakonodavstva dovelo u povoljniji položaj, jer, tako bi oni imali niže troškove poslovanja i samim tim povoljniju poziciju na zajedničkom tržištu. Zato, bitno različiti standardi na polju zaštite zdravlja i bezbednosti na radu između samih država članica EU, za posledicu imaju narušavanje načela konkurencije i tako se vrši direktan uticaj na funkcionisanje zajedničkog tržišta. Upravo iz tih razloga, harmonizacija radnog zakonodavstva u ovoj oblasti predstavlja jednu od suštinskih pretpostavki za uravnoteženiji ekonomski i socijalni razvoj u EU.[27] Pored toga što komunitarni standardi u ovoj oblasti doprinose funkcionisanju zajedničkog tržišta, poslodavci su u njima videli još jedan benefit za svoje poslovanje što je, smatramo, takođe doprinelo činjenici da je ova oblast socijalne politike EU najbogatija pravnim pravilima. Reč je o tome da pravila na polju zaštite zdravlja na radu i bezbednosti na radu za svoj primarni cilj imaju prevenciju nezgoda na radu i profesionalnih bolesti koje dovode do privremene ili trajne sprečenosti radnika za rad, te tako vode ka smanjivanju dodatnih troškova poslodavca i doprinose poboljšanju produktivnosti preduzeća.[28]

Kada smo videli koji je značaj komunitarne regulative na polju zaštite zdravlja na radu i bezbednosti na radu, smatramo da je od naročite važnosti odrediti i opseg ove oblasti. Naime, zdravlje, bezbednost i zaštita su komplementarni pojmovi.[29]

---

[25] Miroslav Prokopijević, *Evropska unija – uvod*, Službeni glasnik, Beograd 2009, str. 487

[26] Predrag Jovanović (2015), str. 112.

[27] Roger Blanpain, Christian Engels, *European Labour Law*, Kluwer, 1998, str. 316, prema: B. Lubarda (2004), str. 244

[28] Ljubinka Kovačević, *Bezbednost i zdravlje radnika u okviru Evropske unije*, Strani pravni život br. 1-3/2002, str. 217

[29] B. Lubarda (2004), str. 242.

Kao svrha zaštite na radu u EU ističe se unapređenje kompletnog ljudskog integriteta – kako fizičkog tako i moralnog statusa zaposlenih.[30] Zasnovana na ovoj ideji, zaštita na radu ne odnosi se samo na sprečavanje štetnih dejstava uslova rada (povrede na radu, profesionalne bolesti) već se tiče pozitivnih ciljeva – prijatnijih, komfornijih i boljih uslova rada.[31] Ovako ekstenzivno viđenje pojmova bezbednosti i zdravlja na radu i radne sredine uspostavio je i sam Evropski sud pravde u slučaju Ujedinjeno kraljevstvo protiv Saveta koji je okončan 1996. godine, a koji je vođen povodom primene direktive 93/104/EC o organizaciji radnog vremena.[32]

(b) Bezbednost i zdravlje na radu u pravnim izvorima Evropske unije

Već smo istakli da su socijalno-ekonomska prava vrlo sporo i teško pronalazila svoje mesto u aktima komunitarnog prava. Iz prethodno navedenih razloga, prvi osnivački ugovori[33] bili su krajnje „minimalistički" nastrojeni prema pitanjima iz domena socijalne politike.[34] No, tema bezbednosti i zdravlja na radu, iako pomalo stidljivo, ipak je uvek nalazila svoje mesto u primarnim aktima EU. Već u prvom osnivačkom ugovoru, *Ugovoru o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik* iz 1951. godine (tzv. Pariski ugovor), kao jedna od misija ove zajednice navedena je akcija u cilju poboljšavanja životnih uslova.[35] S tim u vezi, dalje se

[30] O značaju moralnog integriteta zaposlenih: Predrag Jovanović, *Radnopravni tretman zdravstvene, radne sposobnosti i ličnog integriteta zaposlenih*, Zbornik radnova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2014, str. 42

[31] Senad Jašarević, *Usklađenost regulative Srbije o zaštiti na radu sa standardima MOR i EU*, Radno i socijalno pravo, br. 1/2007, str. 293

[32] U ovom postupku, Ujedinjeno kraljevstvo obratilo se Evropskom sudu pravde sa stavom da direktiva Saveta 93/104/EC o organizaciji radnog vremena ne treba da se primenjuje jer nije doneta po odgovarajućoj proceduri. Naime, Jedinstvenim evropskim aktom iz 1986. godine predviđeno je da se direktive iz oblasti bezbednosti i zdravlja na radu više ne donose jednoglasno, već kvalifikovanom većinom što je u mnogome doprinelo široj komunitarnoj akciji u pomenutoj oblasti. Kako je predmetna direktiva usvojena kvalifikovanom većinom, a ne jednoglasno, Ujedinjeno kraljevstvo bilo je stava da direktiva nije doneta u odgovarajućem postupku, jer pitanje organizacije radnog vremena ne spada u oblast bezbednosti i zdravlja na radu. Ipak, Evropski sud pravde pristupio je ekstenzivnijem tumačenju ovih pojmova istakavši da su njima obuhvaćeni ne samo fizički već i svi drugi faktori koji mogu uticati na radnu sredinu, a da je pitanje organizacije radnog vremena itekako povezano sa zdravom radnom sredinom te je s toga, ova direktiva doneta u odgovarajućem postupku i ima se primenjivati i za Ujedinjeno kraljevstvo. Više o ovom slučaju vidi u presudi Evropskog suda pravde C-84/94, *United Kindom vs The Council of the European Union*.

[33] Radi se o ugovorima kojima su osnovane tri evropske zajednice. To su: Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik iz 1951. godine (tzv. Pariski sporazum, stupio na snagu 1952. godine); Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju i Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (tzv. Rimski ugovori, potpisani 1957. godine, a stupili na snagu prvog januara naredne godine).

[34] Malcolm Sargeant, *Employment Law*, Pearson Education Limited, Harlow 2003, str. 14.

[35] Čl. 2 st. 1 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik

govori i o posebnom cilju zajednice koji se manifestuje u unapređivanju životnih i radnih uslova radnika u industrijama uglja i čelika.[36]

Naredni osnivački ugovori bili su mnogo konkretniji kada je u pitanju oblast bezbednosti i zdravlja na radu. Tako, deo III (glava II) *Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju* (iz 1957. godine) posvećen je zdravstvenoj zaštiti. Ipak, oblast bezbednosti i zdravlja na radu ovde je obrađena prevashodno iz ugla zaštite radnika od jonizujućeg zračenja.[37] Takođe, poseban deo (deo III, doduše, moramo priznati, vrlo skroman) *Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice* iz iste godine, posvećen je socijalnoj politici. Članom 117 st. 1 ovog ugovora kao jedan od zadataka Zajednice ustanovljeno je unapređivanje uslova rada i životnih uslova radnika, pri čemu je istaknuto da će se taj napredak ostvarivati kako samim funkcionisanjem zajedničkog tržišta, tako i odgovarajućom akcijom komunitarnih organa predviđenom ovim Ugovorom.[38] Uz to, Ugovorom su određene oblasti socijalne politike, među kojima je i sfera uslova rada i pitanje prevencije povreda na radu i profesionalnih bolesti, u pogledu kojih je ustanovljen zadatak za Komisiju, da zajedno sa državama članicama radi na njihovom unapređivanju i to putem izrade studija i davanja stručnog mišljenja (uz konsultacije sa Komitetom za ekonomska i socijalna pitanja) o problemima sa kojima se u domenu ovih pitanja suočavaju države članice.[39] Ipak, ono što je obeležilo prvih nekoliko decenija Evropske ekonomske zajednice kada je socijalna politika u pitnju, jeste vrlo skromna zakonodavna aktivnost u ovoj oblasti, koja se zapravo javlja kao posledica uverenja da će funkcionisanje zajedničkog tržišta samo po sebi dovesti do poboljšanja uslova života i rada radnika. Jedini izuzeci od ovog trenda manifestuju se na polju regulisanja slobode kretanja radnika i početaka regulisanja bezbednosti i zdravlja zaposlenih.[40] Do komunitarne legislativne aktivnosti na polju bezbednosti i zdravlja na radu dolazi tokom sedamdesetih godina prošlog veka. Najpre je prvim programom socijalne akcije iz 1974. godine zaštita bezbednosti i zdravlja na radu potvrđena kao jedan od prioriteta Evropske ekonomske zajednice, a na osnovu programa iz 1978. godine, kojim se predviđa-

---

[36] Čl. 3 st. 1 tačka e) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik

[37] Tako, članom 30 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju predviđeno je da Zajednica utvrdi osnovne standarde u vezi sa zaštitom zdravlja zaposlenih i javnosti uopšte od opasnosti uzrokovane jonizujućim zračenjem. Pri tome, pod terminom osnovni standardi podrazumeva se: a) utvrđivanje maksimalnih doza zračenja koje odgovara zadovoljavajućem stepenu sigurnosti zdravlja; b) utvrđivanje maksimalnog stepena izloženosti i kontaminacije jonizujućem zračenju; v) utvrđivnje osnovnih principa medicinskog nadzora nad zdravljem radnika.

[38] O tome se govori u čl. 117 st. 2 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice

[39] Pored pitanja uslova rada i prevencije povreda na radu i profesionalnih bolesti sfere socijalne politike na koje se takođe prostire delovanje Komisije su: zapošljavanje, stručno osposobljavanje, socijalna sigurnost i pravo na profesionalno udruživanje i kolektivno pregovaranje. O tome govori čl. 118 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.

[40] Šire o tome u: Lj. Kovačević (1-3/2002), str. 219

ju konkretne legislativne mere, dolazi do usvajanja prvih direktiva u ovoj oblasti, i to uglavnom o upotrebi pojedinih otrovnih agenasa.[41]

Do bitnih promena na polju prisutnosti socijalno-ekonomskih prava u pravnom poretku EU dolazi usvajanjem *Jedinstvenog evropskog akta* 1986. godine, kojim se vrši dopuna Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice odredbama o socijalnoj politici. Ovim aktom predviđa se da države članice rade na unapređivanju zdravlja i bezbednosti radnika i to kroz harmonizaciju standarda u ovoj oblasti, uz istovremeno održavanje postignutog nivoa poboljšanja. U tu svrhu predviđa se i jednostavniji postupak usvajanja direktiva iz ove oblasti što je i ključna stvar kada je u pitanju ovaj segment komunitarne socijalne politike. Naime, do usvajanja Jedinstvenog evropskog akta,[42] direktive iz oblasti bezbednosti i zdravlja na radu usvajale su se jednoglasno, da bi se čl. 118A ovog akta pojednostavila procedura za donošenje direktiva i to zahtevom za kvalifikovanom većinom.[43] Ovako donete direktive sadrže minimalne standarde bezbednosti i zdravlja na radu, dok, države članice mogu same da predvide i više standarde na tom polju.

U ovakvom ambijentu nastaje i najznačajniji komunitarni akt u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu. Reč je o *Direktivi 89/391/EES o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu*.[44] Ova direktiva je od naročitog značaja jer, s jedne strane, odnosi se na poslodavce u svim privrednim oblastima, dok s druge strane, njome su formulisani osnovni principi u regulisanju materije bezbednosti i zdravlja na radu.[45] Takođe, na osnovu čl. 16 Direktive doneto je niz različitih tzv. „direktiva ćerki" kojima se regulišu pojedini aspekti zaštite na radu.[46]

Usvajanje pomenute Direktive nije dovelo do toga da materija bezbednosti i zdravlja na radu nestane iz vidokruga dalje komunitarne akcije. Štaviše, dodatno je razrađivana u aktima koji su usvajani i nakon ove Direktive. Tako, nekoliko meseci nakon njenog usvajanja, donosi se *Povelja zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika*,[47] a njome je kao jedno od osnovnih prava radnika predviđeno upravo pravo na bezbedne i zdrave uslove rada.[48] Povelja nije pravno obavezujući

[41] S. Jašarević (1/2007), str. 290

[42] Jedinstveni evropski akt usvojen je 1986. godine, a na snagu je stupio 01. jula 1987. godine

[43] Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Longman, 2000, str. 11-12

[44] OJ L 183/1 od 29/6/1989

[45] Analiza ove Direktive biće predmet našeg posebnog istraživanja na ovom projektu u narednom istraživačkom periodu.

[46] S. Jašarević (1/2007), str. 291

[47] Povelja je usvojena 09. decembra 1989. godine

[48] Ovom pravu posvećena je tačka 19 Povelje prema kojoj svaki radnik ima pravo na zadovoljavajuće uslove u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti u radnoj sredini, a u vezi s tim i pravo na odgovarajuću obuku, kao i pravo da bude informisan i konsultovan prilikom preduzimanja mera zaštite koje treba da eleminišu ili umanje rizike u toku rada.

akt i njena implementacija zavisi od samih država članica, a mogu je izvršiti zakonima ili kolektivnim ugovorima, shodno nacionalnoj praksi.[49] Pored toga, Poveljom je učinjen „poziv" Evropskoj Komisiji da, u granicama svojih nadležnosti, sama donese odgovarajuće pravne akte u cilju što efikasnije implementacije Povelje. Iako je dosta kritikovana kao programsko-politički akt, doprinos ove Povelje izuzetno je veliki, jer ona predstavlja pobedu u borbi za izjednačavanje značaja socijalnih prava sa građanskim i političkim pravima u EU.[50]

Oblast bezbednosti i zdravlja na radu svoje mesto našla je i u *Sporazumu o socijalnoj politici* koji su 1991. godine potpisale sve države članice, osim Velike Britanije. Tako, ovim Sporazumom, predviđeno je da Zajednica, u cilju zaštite bezbednosti i zdravlja radnika, podržava i dopunjuje aktivnosti država članica u oblasti poboljšanja radne sredine (čl. 2 Sporazuma). Takođe, o značaju ove materije svedoči i podatak da je Komisija 1992. godinu proglasila „Evropskom godinom bezbednosti, higijene i zaštite zdravlja na radu".[51]

Sledeći komunitarni dokument koji je takođe posvetio posebnu pažnju pitanju bezbednosti i zdravlja na radu jeste *Povelja o osnovnim pravima Evropske unije*. Ova Povelja usvojena je još 2000.te godine, zajedno sa Ničanskim sporazumom, ali nije bila njegov integralni deo, te s toga nije imala ni pravno obavezujući karakter za države članice i samu EU, već je predstavljala akt programske prirode. Sadržina Povelje podeljena je na šest delova, od kojih je za našu temu najznačajniji četvrti deo koji nosi naslov – Solidarnost. U okviru tog dela, član 31 Povelje proklamuje pravo na pravične uslove rada, ističući da svaki radnik ima pravo na uslove rada kojima se poštuje njegovo zdravlje, bezbednost i dostojanstvo (stav 1), kao i da svaki radnik ima pravo na ograničeno radno vreme, na dnevni i nedeljni odmor, i na plaćeni godišnji odmor (stav 2). Ovde je bitno istaći način na koji Povelja „vidi" materiju bezbednosti i zdravlja na radu. Najpre, polazeći od čl. 31 st. 2 Povelje, potvrđen je stav Evropskog suda pravde iz prethodno pominjane presude (C-84/94) u kojoj se sud opredelio za ekstenzivno tumačenje pojma bezbednost i zdravlje na radu, u koji je uključeno i pitanje organizacije radnog vremena. Sa druge strane, iz stava 1 ovog člana proizlazi da je vitalan segment bezbednosti i zdravlja na radu i sam moralni integritet čoveka, jer poštovanje ljudskog dostojanstva prepoznaje kao deo pravičnih uslova rada.[52] U pogledu (pravnog) značaja koji ova Povelja ima za socijalno-ekonomska prava radnika, a samim tim

[49] Tačka 27 Povelje

[50] P. Jovanović (1-6/2006), str. 19.

[51] Lj. Kovačević, str. 222

[52] Uostalom ,to je i potvrđeno dokumentom *Objašnjenja u vezi sa Poveljom o osnovnim pravima EU* (objavljen u OJ S 303, od dana 14. 12. 2007. godine), a kojim se ističe da čl. 31 st. 1 Povelje treba tumačiti u kontekstu ideja i normi iz već pominjanih dokumenata: Direktive 89/391/EES o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu; čl. 3 i čl. 26 Revidirane Evrposke socijalne povelje; i čl. 19 Povelje zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika.

i za pitanje bezbedne i zdrave radne sredine, nužno je pomenuti *Lisabonski ugovor* čijim stupanjem na snagu (1. decembar 2009. godine)[53] nastupaju suštinske promene u samoj EU. Ove promene tiču se kako pitanja subjektiviteta EU, tako i okvira za njeno dalje delovanje.[54] Lisabonski ugovor sastoji se iz: **1)** konsolidovanog teksta Ugovora o EU (tzv. Mastrihtski ugovor); **2)** konsolidovanog teksta Ugovora o funkcionisanju EU (radi se o ranije pominjanim tzv. Rimskim ugovorima); i **3)** protokola, priloga i izjava koji su dodati uz ove ugovore – među njima je, što je za ovu temu od naročite važnosti, i Povelja o osnovnim pravima EU koja na taj način dobija obavezujuću pravnu snagu.

Polazeći od svega prethodno navedenog, možemo zaključiti da se u svojoj politici zaštite bezbednosi i zdravlja na radu EU u mnogome oslanja na standarde koje je MOR postavila u ovoj oblasti,[55] čak i da ih je u izvesnoj meri i prevazišla,[56] što i ne treba da čudi imajući u vidu veću ukupnu razvijenost zemalja članica EU u odnosu na zemlje članice MOR-a.[57]

[53] Prethodno je usvojen još decembra meseca 2007. godine.

[54] Detaljnije o stanju u pravu EU pre Lisabonskog sporazuma i promenama koje su usledile nakon njegovog stupanja na snagu vidi u: Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac 2012, str. 27-38.

[55] Sve države članice EU ujedno su u članice MOR.

[56] S. Jašarević (1/2007), str. 289

[57] P. Jovanović (2015), str. 113

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

Darko M. Božičić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs

The Protection of Employees at Work

Abstract: *Question of employee's protection at work has a vital significance for labour relations. When it comes to employee's protection at work it is not just about protection of physical integrity but also moral integrity. This is because not only manpower, as an organic unity of health and work abilities takes part in labour relations, but also the entire personality of employee with the overall personal integrity, which also on its part requires appropriate labour law treatment and protection. Any kind of injury at work or professional illness cause the negative economic and social consequences for both, employee (because only a healthy employee can work and earn for a living) and employer as well (because this situation leads to decrease in profit). Taking into account importance which employee's protection at work has for labour relations, it is not surprising that international and european labour law abound with legislation in this area. That is why substantial part of this paper is dedicated to international and european labour law standards about employee's protection at work.*

Keywords: *protection at work, physical and moral integrity, international and european labour law.*

Datum prijema rada: 18.01.2017.

Originalni naučni rad 340.12:342.2
doi:10.5937/zrpfns50-12877

Dr Gordana R. Vukadinović, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.Vukadinovic@pf.uns.ac.rs

Ilija D. Jovanov, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
I.Jovanov@pf.uns.ac.rs

PRAVNA DRŽAVA I VLADAVINA PRAVA OD ZAČETAKA DO SAVREMENIH IZAZOVA*

Sažetak: *Pravna država i vladavina prava su pojmovi koji su nastali u 19. veku. Međutim, pravni pisci su ispitivali poreklo pojedinih elemenata ovih teorija proučavajući sačuvane izvore iz najstarijeg perioda ljudske civilizacije. Autori prikazuju začetke ideje o pravnoj državi i vladavini prava kao i osnovne elemente razvijenih teorija iz 19. i 20. veka. Takođe, navode neke od savremenih izazova sa kojima se suočavaju pravna država i vladavina prava, čime se stiče jedna zaokružena slika o preobražaju tih pojmova, od same ideje do modernih teorija. Najzad, ukazuju na neke od mogućih pravaca daljeg razvoja pravne države i vladavine prava.*

Ključne reči: *pravna država, vladavina prava, ograničenje državne vlasti*

UVOD

Pravna država i vladavina prava su pojmovi koji se upotrebljavaju svakodnevno. Iako je o njima pisano mnogo, čini se da izmiču jasnom definisanju. Razloga je više, od toga da se pomenutim oblicima država može pristupiti sa različitih strana, do činjenice da promene društvenih okolnosti ponekad presudno utiču na samo određivanje tih pojmova. Zato se nameće potreba ponovnog definisanja pravne države i vladavine prava.

* Rad je deo istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ u 2016. godini, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu. Rukovodilac projekta je prof. dr Dragan Milkov.

Danas je to posebno teško. Pravna država treba da odgovori izazovima koje nameće savremeno doba, pa otuda potreba za stalnim prilagođavanjima države promenjenim društvenim okolnostima. Svaka država pokušava da reši svoje probleme najbolje što može, mada se čini da za određena pitanja zadovoljavajućih rešenja još uvek nema. Zbog toga je jako teško utvrditi osnovne osobine moderne pravne države i izvesti neki opšti zaključak, a još je teže, ako je uopšte i moguće, odrediti jasnu definiciju pravne države koja će biti opšteupotrebljiva.

Ako je već tako, onda treba težiti ka opisivanju pojedinih elemenata pravne države i vladavine prava oko kojih ima što manje sporenja. Nakon toga, treba ispitati kako su se oni menjali tokom vremena, odnosno kako su različite društvene promene uticale na njihovu sadržinu i formu. Najzad, treba odgovoriti na pitanje na koji način će se razvijati današnji modeli pravne države i vladavine prava.

1. ZAČECI UČENJA O PRAVNOJ DRŽAVI

Iako je ideja o pravnoj državi proizvod liberalne ideologije, a sam pojam u teoriji definisan u prvoj polovini 19. veka, ipak u savremenoj literaturi snažno je izraženo nastojanje da se začeci učenja o pravnoj državi i vladavini prava traže u političkoj praksi i pravnoj doktrini starog veka. U stvarnosti antičkog atinskog državnog uređenja mnogi pisci prepoznaju elemente pravne države i vladavine prava: načelo podele vlasti, nezavisnog sudstva, načelo zakonitosti, načela *non bis in idem crimen iudicetur* i *res iudicata* i u određenoj meri garantovanje izvesnih sloboda i prava građana.[1] Tako je dobro poznato Platonovo insistiranje na poštovanju zakona, uključujući i upravljače u državi, tj. vlast, čak iako su oni u nekoj konkretnoj situaciji nepravedni. Tu se rađa ideja o nužnosti ograničenja državne vlasti, što kasnije postaje suština formalnog pojma pravne države.[2] I Aristotel je smatrao da zakoni moraju da vladaju državom jer su bez strasti, dok svaka ljudska duša mora da ih ima, iako je bio svestan da zakon, zbog svoje opštosti, ne može u potpunosti da isključi vladavinu ljudi.[3] Najzad, Ciceron je smatrao da ni kraljevstvo, ni aristokratija ni demokratija nisu sami po sebi najbolji oblici vladavine, zato što se uzurpacijom vlasti svaki od njih može pretvoriti u veliko zlo. Zbog toga državom treba da upravljaju zajednički kralj, aristokratija i narod, čime se postiže odmerenost državnog poretka i njegova postojanost.[4]

---

[1] Čak i pre razvijenih misli Platona i Aristotela, na primer kod Hesioda, bili su postavljeni neki temelji buduće teorije pravne države. Hesiod je smatrao da su pravo i pravda božanskog porekla, odbacujući nasilje nad kojim pravda odnosi pobedu. Hesiod, *Poslovi i dani,* prevod Marko Višić, Beograd, 2006, 275-281.

[2] Platon, *Zakoni,* prevod dr Albin Vilhar, Beograd 2004, 715 C, D.

[3] Aristotel, *Politika*, prevod Ljiljana Crepajac, Beograd 2003, 1286a.

[4] Ciceron, *Država*, prevod Bojana Šijački-Manević, Beograd 2002, 44.

Istorijske okolnosti u srednjem veku nametale su drugačije stavove o pravu i državi. Kako je srednjovekovna politička i pravna misao bila prilagođena postavkama hrišćanskih dogmi, ostale su privlačne Platonove i Aristotelove misli o idealnoj državi i vladaru, pravdi i pravičnosti, ali je njihova interpretacija bila drugačija.[5] Ipak, za razliku od srednjovekovne Nemačke u kojoj nije bilo uslova za nastanak čak ni obrisa ideje pravne države, pojam i doktrina *rule of law* predstavlja dugi, kontinuirani, evolutivni proces koji se u Engleskoj pokreće još u srednjem veku institucionalizacijom ideje o ograničenju vlasti monarha i neophodnosti garantovanja osnovnih sloboda i prava.[6] *Velika povelja sloboda,* na koju je bio primoran Jovan Bez Zemlje, predstavlja materijalizaciju razmišljanja o postojanosti prava i ograničenju državne vlasti.[7] Da to nije išlo ni lako ni brzo, svedoči postupanje Džemsa I iz dinastije Stjuarta, koji je pokušao da zajedno sa svojim kancelarom Frensisom Bekonom razvije teoriju o prirodnopravnom utemeljenju apsolutističke vlasti, što je naišlo na otpor Parlamenta i sudova, naročito sudije Edvarda Kouka. On je bio dosledan u stavu da se pravom i zakonom mora ograničavati politička vlast, a njegove presude nagovestile su da istinska vladavina prava podrazumeva ograničenje svake samovolje, te da je pored Parlamenta i kralja neophodna i treća vlast koja će kontrolisati akte ove dve.[8]

2. PRAVNA DRŽAVA I VLADAVINA PRAVA KAO RAZVIJENE TEORIJE

U literaturi se teorija o pravnoj državi najčešće vezuje za Nemačku 19. veka, konkretno za prilike u Pruskoj monarhiji. Istaknuti su liberalni zahtevi, kao što su sloboda, ograničenje državne vlasti, sigurnost, što je bilo posledica naprednih ideja iz drugih zapadnoevropskih zemalja, pre svega iz Enleske i Francuske. Ipak, Pruski apsolutizam je bio vođen vladajućom željom za ujedinjenjem rascepkanih nemačkih zemalja, pa nemačka buržoazija nije imala istu snagu kao francuska ili engleska. Imajući u vidu jaku državnu vlast s jedne strane i liberalne zahteve s druge, izvestan kompromis je morao da se postigne sa ciljem ograničenja jakog državnog aparata i zaštite prava koja su došla kao rezultat revolucija u drugim

[5] Videti Vujadinović-Milinković, D., *Političke i pravne teorije*, Beograd 1996, 95-121.

[6] Delimično sledeći konstrukciju francuskog pravnika iz 16. veka Kloda d'Sejsela, Srđan Šarkić ističe tri važne činjenice koje su u srednjovekovnim monarhijama doprinosile ograničenju nosilaca javne vlasti (pre svih monarha): 1. Stvaranje prava spada u sferu narodnih običaja; 2. Jaka tendencija ka stvaranju samostalnog sudstva; 3. Religija. Šarkić, S., „Elementi pravne države u srednjem veku", *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, Novi Sad, 7-8/1989, 23.

[7] O pravnoj prirodi *Magna Carta Libertatum* videti Avramović, S., „Magna Carta Libertatum", *Temelji moderne demokratije*, ur. Dušan Mrđenović, Beograd 2011, 119-127.

[8] Basta Flajner, L. R., *Politika u granicama prava – studija o anglosaksonskom konstitucionalizmu*, Beograd 2012, 39.

zemljama. Tako je nastala teorija pravne države, kao plod nastojanja nemačke teorije da državnu vlast, koja je vremenom počela da se koncentriše u rukama uprave, učini zakonitom, racionalnom i predvidljivom.

Ipak, Radomir Lukić temelje pravne države vidi već u *Deklaraciji prava čoveka i građanina* od 1789, imajući u vidu da je osnovni cilj pravne države ostvarivanje ovih prava. Kako je pravo, po *Deklaraciji*, izražavanje volje naroda, pravna država je istovremeno i demokratska država. Dakle, iako Francuski proglas prava ne spominje eksplicitno pravnu državu, nesumnjivo je da sadrži i pravo na pravnu državu, jer je ona nerazdvojna od ljudskih prava i demokratije. Pravna država i ne znači ništa drugo do demokratsku državu – vladavinu volje naroda, pa ispada da je pravna država u stvari narodna država, tj. demokratska država. Na ovom mestu, poznati autor pravi razliku u obimu pojma pravna država. U birokratskoj Nemačkoj, gde nije bilo revolucije, a pravna država se nije shvatala kao demokratija nego kao prevlast zakonodavne vlasti nad izvršnom, pre svega nad policijom, stvoren je jedan uži pojam pravne države. Tamo je pravna država bila shvaćena kao država u kojoj su svi akti (prvenstveno) upravne vlasti morali biti u skladu sa zakonom, kao simbolom prava. Međutim, samo pravo nije moralo biti – i nije bilo – narodno pravo, pošto narod nije imao državnu vlast. Tu je vladala birokratija, pa stoga Lukić zaključuje da je pojam pravne države prema Proglasu prava Francuske revolucije znatno širi i dublji od nemačkog pojma pravne države, koja ograničava samo vlast policije, a ne i ostale vlasti.[9]

Vidljivo je da se već u vreme nastajanja razvijenog razmišljanja o pravnoj državi, javljaju različite materijalne i formalne koncepcije. Tako Kare de Malber pravi razliku između pravne i zakonske države. Pravna država se ustanovljava radi zaštite individualnih prava, dok je zakonska država vezana za političku koncepciju potčinjavanja administracije zakonodavnom organu. Zatim, pravna država je rasprostranjena, dok se zakonska država vezuje samo za demokratiju. Najzad, sistem pravne države je širi jer podrazumeva ograničenje ne samo upravne vlasti, već putem individualnih prava predviđenih ustavom i zakonodavne.[10] Od nemačkih autora, Robert fon Mol je imao liberalno-konzervativan pristup, jer je prihvatao slobodu ali i ograničenja koja nisu primerena liberalnoj političkoj misli. Ipak, on je nastojao da odredi i sadržinu ovih pojmova, za razliku od Fridriha Juliusa Štala koji je imao čisto formalni pristup pravnoj državi. Možda najobuhvatnije objašnjenje pravne države u tom periodu može da se pronađe kod Ota Bera, koji je ukazivao na jednu liberalnu teoriju lišenu apsolutističkih ostataka prakse pruske policijske države. On je praktično objedinio određenu formu i zahteve liberalnog građanstva i buržoazije.[11]

---

[9] Lukić, Radomir D., „Francuska revolucija i pravna država“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1989, 237 – 241.

[10] Vukadinović, G., *Pravna država*, Novi Sad 1995, 24.

[11] Šarčević, E., „Pojam pravne države – ka razumijevanju pravne države“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/1989, 416. i dalje.

U Vajmarskoj republici dolazi do recepcije formalnog pojma pravne države i čitava ideja o vladavini zakona ne ide dalje od vladavine pravosuđa. Tako se pravna država od zakonodavne razvija ka sudskoj, očišćenoj od svih materijalnih elemenata, čime se došlo do izvesne redukcije tog pojma. Takva ogoljena pravna država javila se kasnije i kod Hitlera, sa već poznatim posledicama, jer forma bez sadržine, cilja i suštine, vrlo često može da stvori privid objektivnosti i nepristrasnosti. Zbog toga danas postoji zalaganje za integralistički pojam pravne države uz uvažavanje osnovnih principa: vladavine opštih pravnih normi, ograničenosti uprave, zakonitosti, političkog pluralizma, slobode, pravne jednakosti, podele vlasti, nezavisnog sudstva.

Za razliku od nemačkog pojma pravne države, u engleskoj pravnoj i političkoj misli razvijala se teorija o vladavini prava. Dajsi je pod tim pojmom podrazumevao odsustvo arbitrarnog odlučivanja vlasti i pravnu jednakost, uz isticanje da su osnovni ustavni principi u Engleskoj rezultat sudskih odluka kojima su utvrđena individualna prava u konkretnim slučajevima iznetim pred sudove.[12] Suprematiju prava u Engleskoj nameće i suverenitet Parlamenta, jer odluka Parlamenta može biti izražena samo zajedničkom delatnošću njegova tri sastavna elementa: monarha, Donjeg doma i Doma lordova. Dajsi navodi da vladavina prava zahteva parlamentarnu suverenost, ali striktnost prava stalno otežava delovanje egzekutive. Zbog toga vlada mora da traži rešenje u dobijanju dozvole od Parlamenta za diskreciono odlučivanje, a sudovi bi trebalo da spreče bilo kakvo delovanje vlade na osnovu diskrecione odluke ako postoji bojazan za lične slobode. Tako se vlada stavlja pod nadzor sudova.[13]

Vladavina prava i pravna država su u suštini imali isti cilj – ograničenje državne vlasti. Međutim, Nemačka je u 19. veku bila rasparčana i težilo se njenom ujedinjenju uz pomoć jake državne vlasti, sa izvesnim rezervama prema ljudskim pravima. Ideja je bila da građani u takvim uslovima ipak na neki način budu zaštićeni od nezakonitih akata uprave, dok se manja pažnja poklanjala samim ljudskim pravima. Tako pravna država postaje materijalno neodređena, svedena na prosto poštovanje zakona ma kakvi oni bili. U tom momentu, pravna država i vladavina prava, dva slična koncepta, nastavljaju različitim putevima. Najznačajniji predstavnik ovakvog pozitivističkog pristupa pojmu pravne države bio je Hans Kelzen. On je smatrao da nema pravednog poretka koji će da pruži sreću svakom njegovom članu, jer je ljudska sreća ono što sam pojedinac smatra da je sreća. To je lična stvar, determinisana ličnim faktorima, predmet subjektivnog suda.[14] Uopšte, država koja nije potčinjena pravu i nije moguća, jer država i postoji samo u pravnim aktima. Zato Kelzen definiše pravnu državu kao specifičan pravni po-

[12] Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1950, 183-196.
[13] Isto, 406-414.
[14] Kelzen, H., *Opšta teorija prava i države*, prevod dr Slavko Kiršner, Beograd 1998, 58-59.

redak, u kojem su pravosuđe i uprava vezani zakonima koje donosi parlament izabran od naroda, a izvesne slobode i prava građana zajemčene.[15]

Nakon čisto pozitivističkog pogleda na pravnu državu, stupanjem na snagu Ustava Nemačke iz 1949. godine, ljudska prava dolaze u centar interesovanja nemačkog društva. Formalnom pojmu pravne države dodaje se sadržina, a jedan od najznačajnijih autora na tom zadatku bio je Gustav Radbruh. On je tvrdio da je bolji bilo kakav zakon od nepostojanja zakona, jer u najmanju ruku donosi pravnu sigurnost. Međutim, pravo treba da ostvari i druge vrednosti: svrsishodnost i pravdu. Zbog toga Radbruh navodi da treba iznova graditi pravnu državu koja će zadovoljiti i pravnu sigurnost i pravdu, jer će se u suprotnom „zakonsko nepravo" ponoviti.[16] Tako dolazi do ponovnog približavanja pravne države i vladavine prava, naročito zahvaljujući Delhijskoj deklaraciji (1959) i Lagoškom dokumentu (1961), kojima je prihvaćen stav da između pravne države i vladavine prava ne postoje suštinske razlike čime je otpočelo njihovo unifikovanje.[17]

Nemački autori su usled određenih istorijskih okolnosti, u drugoj polovini 20. veka insistirali na jedinstvu materijalnih i formalnih elemenata pravne države. Nasuprot njima, savremeni anglosaksonski pisci posebno razmatraju materijalni i formalni pojam pravne države, odnosno vladavine prava, koristeći izraze *thick* i *thin rule of law*.[18] Tanka koncepcija naglašava formalne aspekte vladavine prava, odnosno postojanje određenih pravila koja su nužna za funkcionisanje jednog pravnog sistema: određivanje ko stvara pravo, na koji način, pravna jednakost, jasnoća i konzistentnost zakona, nepostojanje retroaktivnog važenja pravnih propisa (osim u izuzecima) i njihova ostvarivost, što podrazumeva da budu građanima prihvatljivi. U principu, ovi zahtevi nikada ne mogu u potpunosti da se ostvare, ali njima treba da se teži. Ukoliko se u većoj meri ostvaruju, postojaće stabilan pravni sistem, ograničenje arbitrarnog odlučivanja organa vlasti, pravni mehanizmi za rešavanje pravnih sporova, povećan legitimitet vlasti.[19]

Thick varijanta vladavine prava popunjava prethodnu elementima političkog morala, ekonomskog života i ljudskim pravima. Upravo u zavisnosti od korpusa ljudskih prava, na primer, Pirenbum spominje liberalno-demokratsku varijantu koja podrazumeva kapitalizam slobodnog tržišta, višestranačku demokratiju i liberalnu interpretaciju ljudskih prava koja stavlja akcenat na građanska i politička prava.[20] Za razliku od jedne krajnosti (*the thinnest* vladavina prava), Tamanaha

---

[15] Kelzen, H., *Čista teorija prava*, prevod Danilo N. Basta, Beograd 2000, 241.

[16] Radbruh, G., „Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo", *Filozofija prava*, prevod Dušica Guteša, Beograd 1998, 222. i dalje.

[17] Videti Mitrović, D. M., *Teorija države i prava*, Beograd 2010, 233-234.

[18] Peerenboom, R., "Varieties of Rule of Law", *Asian Discourses of Rule of Law*, London 2004; Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge 2004.

[19] Peerenboom, nav. delo.

[20] Isto.

odlazi u suprotnu stranu sa *the thickest* teorijom, koja podrazumeva formalnu zakonitost, demokratiju i individualna prava, ali i poseban skup srodnih prava koja obezbeđuju visok nivo socijalne sigurnosti građana (pravna država socijalne sigurnosti, socijalno-pravna država ili država blagostanja).[21]

Nasuprot svim izloženim liberalno-demokratskim varijantama vladavine prava, odnosno pravne države, u literaturi je zapažen i pokušaj uspostavljanja državno-socijalističke pravne države. Dolazak Mihaila Gorbačova na čelo Sovjetskog Saveza trebalo je da označi kraj poluvekovnog diktatorskog režima. Radi daljeg opstanka države bilo je neophodno učiniti duboke rezove u svim oblastima državnog i društvenog života. Zadatak sovjetske teorije države je bio da odgovori po čemu bi se socijalistička pravna država razlikovala od obične socijalističke države, ili jednostavno pravne države (nesocijalističke). Drugim rečima, kakve nove političke principe i političko-pravne institute treba uvesti u praksu socijalizma kako bi se došlo do socijalističke pravne države. Odgovor na ovo pitanje može se sažeti u rečima G. N. Manova: „Svaka od varijanti pravne države mora u krajnjoj liniji ispuniti tri osnovna kriterijuma: vrhovništvo zakona; razgraničenje zakonodavnih, upravnih funkcija i funkcija zaštite prava (sudskih funkcija); vezanost države i građana uzajamnim pravima i obavezama."[22] U formulisanju teorije nove socijalističke pravne države, nalazi se neka vrsta zahteva za povratak Lenjinu, odnosno predstaljinističkom socijalizmu, saradnji između klasa a ne njihovom sukobljavanju. Time bi se ostvarila emancipacija društva od svemoćne države, odnosno neka vrsta socijalističkog građanskog društva u socijalističkoj pravnoj državi. Ipak, usled raspada Sovjetskog Saveza, do blagovremenog i efikasnog ostvarivanja ideje o socijalističkoj pravnoj državi nije došlo.[23]

Sve navedene koncepcije pravne države i vladavine prava su analitička sredstva koja služe da teorija dođe do odrđenih zaključaka o postojanju i primeni vladavine prava. U realnosti, ne postoji koncepcija pravne države ili vladavine prava koja je potpuno nezavisna od političkog, ekonomskog, socijalnog konteksta. Svaki pravni sistem mora uzimati u obzir i određeni sistem vrednosti. Dakle, iako rasprava o *thin* teoriji ne može u potpunosti da zaobiđe probleme *thick* koncepcije, može da ih suzi na nivo koji neće izazivati direktne ideološke konflikte. Na primer, može da postoji saglasnost da treba da se štite individualna prava, ali ne mora da postoji saglasnost oko stava koja će to prava biti. Tako se može doći do nekih rezultata koji će biti primenjivi u stvarnosti.[24]

---

[21] Tamanaha, nav. delo, 112.

[22] G. N. Manov, „Socialističeskoe pravovoe gosudarstvo: problemi i perspektivi", *Savjetskoje gosudarstvo i pravo*, 6/89, 3, citirano prema Prodanović, D., „Ideja o socijalističkoj pravnoj državi u okviru perestrojke", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1994, 407.

[23] Isto, 413 – 414.

[24] Peerenboom, nav. delo.

3. SAVREMENA PRAVNA DRŽAVA – SAVREMENI PROBLEMI

U teoriji, kao i u praksi, pravna država je doživela velike promene u poslednja dva veka, stalno se suočavajući sa novim izazovima. Danas, jedan od najznačajnijih problema pravne države je ekološke prirode.[25] Nekada se izvor pretnji po ljudsko čovečanstvo mogao tražiti u prirodnm katastrofama, dok je ubrzana industrijalizacija i stalna težnja za stvaranjem sve većeg profita dovela do današnjih opasnosti koje prirodi stvara čovek. Dovoljno je podsetiti na razorne cunamije, globalno otopljavanje, katastrofalne zemljotrese, da bi se uočilo dejstvo čoveka na prirodu. A ono više nije lokalno, već ima globalne razmere, pa samim tim i lek mora biti jačanje svesti svake individue kako bi nešto za prirodu moglo da se uradi lokalno, ali i na međunarodnom planu. „Vladavina prava i pravna država, a naročito opstanak planete, ne trpe izuzetke u korist ekonomski najmoćnijih država i ne poznaju kategoriju nedodirljivog ekonomskog interesa. Jednako postupanje svih zajednica u skladu s međunarodnim standardima koji bi mogli garantovati opstanak Zemlje jeste imperativ pravne države i vladavine prava. Na tom fonu se približavamo ekokomunitarističkoj kritici liberalizma, identifikujući doktrinu *laissez-faire* kao jednu od glavnih potencijalnih, ali i realnih uzročnika velikih ekoloških katastrofa.“[26]

Drugi izazov sa kojim se suočava savremena pravna država je visokotehnološki kriminal. Razvoj novih informacionih tehnologija, što ima za posledicu rasprostranjivanje informatičkog kriminala i sajber terorizma, stavlja pravnu državu pred nove izazove.[27] S obzirom da visokotehnološki kriminal često ima oblik transnacionalnog kriminaliteta, otuda i pokušaji normiranja na međunarod-

---

[25] Videti *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo*, Zbornik sažetaka sa naučnog skupa, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2016.

[26] Avramović, D., *Savremena pravna država – pravnoteorijski aspekti*, doktorska disertacija, Novi Sad 2011, 88.

[27] Jednu od najčešće navođenih definicija sajber terorizma dala je Deningova: „Sajber terorizam predstavlja spoj terorizma i informatičkog prostora. Pod njim se obično podrazumevaju protivpravni napadi ili zastrašivanje napadima prema kompjuterima, mrežama i informacijama pohranjenim u njima, kada se to čini da bi se zastrašile ili prinudile vlade ili njeni građani na ostvarivanje političkih ili društvenih ciljeva. Nadalje, da bi bio kvalifikovan kao sajber terorizam, napad mora da rezultira u nasilju prema ličnosti ili imovini, ili barem da izaziva štetu koja uzrokuje strah. Ozbiljni napadi na kritičnu infrastrukturu mogu biti akt sajber terorizma, zavisno od njihovog uticaja. Napadi koji remete nesuštinske službe ili koji samo izazivaju neprilike to nisu.“ Denning, D., *„Cyberterrorism“,* Testimony before the Special Oversight Panel of Terrorism Committee on Armed Services, US House of Representatives, 23 May 2000. http://www.stealth-iss.com/documents/pdf/CYBERTERRORISM.pdf. Ova definicija pokazuje brojne pravne probleme koji mogu da nastanu pri određivanju šta spada u pomenutu oblast. O sajber terorizmu videti detaljnije: Colarik, A., *Cyberterrorism – Political and Economic Implications*, London 2006; Weimann. G., *Terror on the Internet: The New Arena*, *the New Challenges*, Washington DC 2006; Clough, J., *Principles of Cybercrime*, Cambridge 2010.

nom nivou.[28] Takođe, još uvek je otvoreno pitanje u koje se sve svrhe mogu koristiti nove tehnologije, što otvara filozofsko-etičku dimenziju, naročito u kontekstu zaštite osnovnih ličnih prava. Tako i ne treba posebno ukazivati na moć koju napredne tehnike nadgledanja omogućavaju državi da zaviri u svaki kutak i svaki delić privatnih života svojih građana.[29] Uz sve to, usavršavanje nuklearnog, biološkog, hemijskog oružja, genetičkog inženjeringa i sličnih revolucionarnih tehnoloških dostignuća, otvaraju veliki spektar novih izazova i neizvesnosti sa kojima se suočava savremena pravna država.[30]

Borba protiv terorizma potencijalno može doći u sukob sa jednom od vrednosti koja čini sam temelj pravne države – neprikosnovenom zaštitom ljudskih prava.[31] Postavlja se pitanje da li je dobro odmeren odnos garancija osnovnih ljudskih prava i sloboda s jedne, i bezbednosti, s druge strane. U svetskom javnom mnjenju počinje da dominira osećanje da je legitimno žrtvovati manju vrednost – ljudska prava, kako bi se zaštitila veća vrednost – nacionalna sigurnost. Time se stvara atmosfera u kojoj je borba protiv terorizma načelno instrument za opravdanje različitog nivoa suspendovanja ljudskih prava.

Kao poseban oblik pretnji po savremenu pravnu državu pojavljuju se migacije, što sa sobom donosi i kulturološke različitosti stanovništva.[32] Događaji u

[28] Vasić, D., „Neka otvorena pitanja primene Konvencije Saveta Evrope o visokotehnološkom kriminalu“, *Srpska politička misao*, 2/2010, 233–250; Lepojević, B., Kovačević Lepojević, M., „Međunarodni standardi u suprotstavljanju kompjuterskom (syber) kriminalu i njihova primena u Srbiji“, *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 1-2/2007, 265-292.

[29] O globalizaciji u sferi komunikacija videti: Šolte, J. A., *Globalizacija*, Podgorica 2009, 101–104.

[30] Ferguson, C., Potter, W., *The Four Faces of Nuclear Terrorism*, Monterey 2004; Jenkins, B. M., *Will Terrorists Go Nuclear?*, New York 2008. O etici genetskog inženjeringa videti: Hodge, R., *Genetic Engineering*, New York 2009, 150–180; Sandel, M., *The Case against Perfection*, Cambridge MA–London 2007. O pravu i bioetici videti: Spielman, B., *Bioethics in Law*, New Jersey 2007; Johnson, S., Iltis, A., Hinze, B., „Law and bioethics“, *Legal Perspectives in Bioethics* (ed. Iltis, A., Johnson, S., Hinze, B.), London–New York 2008; Moreno, J., „Bioethics and Bioterrorism“, *The Oxford Handbook of Bioethics* (ed. Steinbock, B.), Oxford 2007, 732.

[31] Ako se stave po strani već pomenute posebne vrste terorizma, terorizam sam po sebi, koji takođe nije lako ni teorijski definisati ni pravno normirati, je velika pretnja pravnoj državi i vladavini prava. Literatura o terorizmu je nepresušna: Hoffman, B., *Inside terrorism*, New York 2006; Laqueur, W., *A History of Terrorism*, New Jersey 2001; Laqueur, W., *No End To War: Terrorism In The Twenty-first Century*, New York 2004; Schmid, A. P., Jongman, A. J., *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature*, New Jersey 2005; Schmid, A. P., Jongman, A. J., Price, E., *Handbook of Terrorism Research: Research, Theories and Concepts*, London 2010; Stajić, Lj., „Postmoderni terorizam, organizovani kriminal i korupcija kao savremeni bezbednosni izazovi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2006, 379-404; Lukić, T., „Borba protiv terorizma na nivou Evropske unije i osnovna ljudska prava i slobode“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2006, 447-462.

[32] Migracije koje su se dešavale iz Arapskih zemalja u Evropu bile su prisutne i mnogo pre rata u Siriji, a neki su predviđali da će se one pojačavati. Videti više Fargues, P., “Arab Migration to Europe: Trends and Policies”, *International Migration Review*, 4/2004, 1348 – 1371. O migra-

nedavnoj prošlosti pokrenuli su veliki migracioni tok ka zemljama Evrope, ali migracije su stare koliko i samo čovečanstvo i dešavale su se iz vrlo različitih razloga. Tako, na primer, Filip Farž govori o kružnoj migraciji koja treba da zadovolji određene kriterijume, a dešava se zbog potrebe za radnom snagom.[33] Sa druge strane, Hajn de Has primećuje nekoliko razloga za migracije u Mediteranskoj oblasti: ekonomski, politički, pitanja migracione politike, demografski faktori i uticaj životne sredine.[34] U poslednje vreme kao poseban vid opasnosti za bezbednost pravne države, pojavljuju su lica koja su provela izvesno vreme u drugim državama kao najamnički vojnici, odnosno plaćenička paravojska. Oni koji se vrate u zemlju porekla, po pravilu, bivaju podvrgnuti posebnoj kontroli, jer uvek postoji sumnja da su prihvatili radikalna učenja i da predstavljaju potencijalnu pretnju po bezbednost zemlje i njenih građana.[35] Najzad, već se pokazalo da i među samim migrantima, kojima je pruženo utočište u nekoj od zemalja Evrope ili koji su u tranzitu, mogu da se nađu lica koja su indoktrinirana radikalnim verskim učenjima i koja su u stanju da ugroze bezbednost građana, pa samim tim i ostvarivanje pravne države, odnosno vladavine prava.[36]

Države se sa pomenutim izazovima bore različitim sredstvima, uključujući i uvođenje vanrednog stanja. Međutim, može se polemisati da li je to adekvatno rešenje. S jedne strane, vanredno stanje možda može da predstavlja rešenje određenih bezbednosnih problema, ali čini se da je istovremeno i novi izazov pravnoj državi. Ima mišljenja da je u društvu zasnovanom na ideji ljudskih prava i pravne države neophodna izgradnja mehanizama kontrole policije zbog njenih širokih diskrecionih ovlašćenja, koja naročito dolaze do izražaja u situacijama kada je u državi uvedeno vanredno stanje. Kontrola rada policije predstavlja najvažniji aspekt problema odnosa policije prema zaštiti ljudskih prava u pravnoj državi. Iako se najbolji rezultati kontrole mogu postići racionalnom kombinacijom mehanizama unutrašnje i spoljne kontrole, to nije jednostavno. Jedan od najznačajnijih

---

cijama uopšte videti *Controling Immigration: A Global Perspective*, ed. James F. Hollifield, Philip L. Martin, Pia M. Orrenius, Stanford, California, 2014. Takođe videti *Worlds on the Move:Globalization,Migration,and Cultural Security*, ed. Jonathan Friedman, Shalini Randeria, London 2004.

[33] Fargues, P., "Circular Migration: Is it Relevant for the South and East of the Mediterranean?", *CARIM AS* 2008/40, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2008.

[34] de Hass, H., "Mediterranean migration futures: Patterns, drivers and scenarios", 2011. O migracijama u Mediteranu videti *Mediterranean Transit Migration*, ed. Ninna Nyberg Sorensen, Copenhagen 2006.

[35] Po priznanju sopstvenih obaveštajnih agencija, naročito su ugrožene Austrija, Belgija, Francuska, Holandija, Nemačka, Italija, Španija i Velika Britanija. Videti Bakker, E., Paulussen, C., Entenmann, E., "Dealing with European Foreign Fighters in Syria: Governance Challenges & Legal Implications", 2013.

[36] Iako se i u našoj zemlji beleži kriminalna delatnost migranata u tranzitu, medijski je najviše pažnje posvećeno napadima azilanata u Francuskoj i Nemačkoj.

razloga u sporom razvijanju institucija kontrole je u tome da je svaki savremeni policijski sistem zasnovan na kompromisu suprotstavljenih ideja i potreba: potrebom za efikasnim radom policije i potrebom za kontrolom i ograničenjem njenog rada.[37] Međutim, postoji i stav da je za ispravno razumevanje uloge policije u pravnoj državi nedovoljna konstatacija da policija krši pravo, a zatim pronalaženje načina utvrđivanja njene odgovornosti, sistema kontrole i samo sankcionisanje. Neophodna je i sociološka analiza policijske funkcije i njenog odnosa prema pravu uopšte, analiza specifičnosti socijalno-političkog okruženja u kojem policija radi, razloga zbog kojih policija dolazi u iskušenja da krši pravo, kao i brojna druga pitanja.[38] Uvođenje vanrednog stanja, u kojem policija dobija posebna ovlašćenja usmerena na još veću njenu efikasnost, može dovesti do značajnih posledica po ljudska prava i pravnu državu. S toga ne čudi što se nomativno regulisanje ove materije u savremenom društvu nije prepustilo samo nacionalnim zakonodavstvima, već je uzdignuto i na nadnacionalni nivo. Najznačajnije takve odredbe sadrži *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (član 15.), a takođe i *Međunarodni pakt o građanskim i političkom pravima* (član 4.). Međutim, bez obzira na međunarodnopravnu regulativu, kao i korisna preciziranja koja je dala praksa Komisije za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, ostaje činjenica da postoji relativno visok stepen diskrecione slobode svake države u proceni postojanja okolnosti koje opravdavaju uvođenje vanrednog stanja i derogaciju pojedinih ljudskih prava i sloboda.[39]

ZAKLJUČAK

Očigledno je da su pravna država i vladavina prava, kao realni oblici država imali bogatu istoriju. Još je duži put imala filozofska ideja o ograničenju vlasti, što je sama suština oba koncepta. Danas se postavlja pitanje njihovog opstanka i daljeg prilagođavanja savremenim okolnostima. U tom smislu moguće je zamisliti više različitih scenarija.

Jedan je nastanak svetske pravne države. Ovo je ideja koja bi objedinila misao o nastanku svetske države i u okviru nje ustanovljavanje određenih elemenata koji bi takvoj državi obezbedili atribut „pravna“. Svetska pravna država se tako ponekad nameće kao logični nastavak razvoja savremenog sveta, na način kako je bilo pokušano još sa Ligom naroda. Međutim, imajući u vidu aktuelna dešavanja,

[37] Feješ, I., „Položaj policije u pravnoj državi – problem kontrole policije“, *Zbornik radova*, Pravni fakultet u Novovm Sadu, 1-3/2002, 251-252.

[38] Zekavica, R., *Položaj i uloga policije u pravnoj državi*, doktorska disertacija, Beograd 2008, 134.

[39] Isto, 265. O stvaranju države nacionalne sigurnosti u SAD-u kao reakciju na izazove terorizma videti Avramović, D., nav. delo, 113 – 142.

čini se da će svetska pravna država još dugo ostati samo utopistička ideja da je moguće u svakoj državi poznatog sveta obezbediti makar minimum elemenata „najtanje“ verzije pravne države. Za to su zaslužne pojedine države članice OUN, ali čini se i ostatak sveta koji nije bio u stanju da obezbedi dosledno sprovođenje procedura same Organizacije.

Zbog toga je, čini se, izvesniji drugi pravac: redefinisanje pravne države u nacionalnim okvirima. Po svemu sudeći, države ne žele baš tako lako da se odreknu osnovnih prerogativa suverenosti, pa će suverenost izgleda ostati jedna od osnovnih karakteristika države. S toga je za očekivati da, u skladu sa određenim smernicama koje daje međunarodna zajednica, svaka država spram svoje kulture, tradicije i svih drugih okolnosti, odredi koji oblik pravne države je za nju najprihvatljiviji. Tako će izučavanje pravne države, naročito njenog materijalnog aspekta, biti interesantno još mnogo godina. Formalni elementi koji daju okvir su nužni, ali ne i dovoljni. Sadržina je ono što čini razliku, a ako ne dođe do stvaranja svetske pravne države, onda će materijalni element uvek u manjoj ili većoj meri da se razlikuje od države do države. Zbog toga, imajući u vidu da je etički neutralan pristup praktično neostvariv, autori ukazuju na „ekvilibrijumsku“ pravnu državu, odnosno neku vrstu *light thick* vladavine prava. Ona bi ostala otvorena prema različitim *thick* varijantama vladavine prava, ali je neophodno postići saglasnost ne samo oko minimuma vrednosti, nego i oko njihovog pravog značenja.[40]

Najzad, iako na prvi pogled nezamislivo, možda bi moglo da se razmišlja i u negativnom smislu. Poslednji izazovi u vidu masovnih imigracija u evropske zemlje pokazuje da države u kojima se najviše priča o vladavini prava ne mogu da se dogovore o elementarnim stvarima. Izgleda da pravna država danas nema kapacitet da se izbori sa dinamičnim i višeslojnim problemima, pa se možda može reći i da je pravna država danas u silaznoj putanji. Ali možda i ne treba strahovati. *In rebus adversis meliora sperare memento*.[41]

[40] Avramović, D., nav. delo, 244.

[41] U nevolji ne zaboravi da će doći bolja vremena (latinska izreka).

Gordana R. Vukadinović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Vukadinovic@pf.uns.ac.rs

Ilija D. Jovanov, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Jovanov@pf.uns.ac.rs

Legal State and the Rule of Law from the Beginnings to modern Challenges

Abstract: *Legal state and the Rule of law are terms created in the 19th century. Nevertheless, legal writers researched the origins of individual elements of these theories studing preserved texts from the oldest period of human civilisation. The autors represent the beginning of idea of legal state and the rule of law and the major elements of developed theories in the 19th and the 20th century. In addition, the autors point out some of the modern challenges that the legal state and the rule of law are faced to, thus acquires rounded picture about transformation of those terms, from the basic idea to the modern theories. Finally, the autors indicates some of the possible tendencies in further development of legal state and the rule of law.*

Keywords: *Legal State, Rule of Law, Limitation of State Power.*

Datum prijema rada: 06.01.2017.

Originalni naučni rad 347.26:347.922(497.11)
doi:10.5937/zrpfns50-12755

Dr Danica D. Popov, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
dpopov@pf.uns.ac.rs

KONFESORNA TUŽBA ZA ZAŠTITU STVARNIH SLUŽBENOSTI*

Sažetak: *Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, propisao je mogućnost podizanja dve tužbe za zaštitu stvarne službenosti. Tužbom za utvrđenje, vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti. U drugom slučaju, vlasnik povlasnog dobra koji se neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti može tužbom zahtevati prestanak radnji kojima se sprečava ili ometa u vršenju službenosti. Predmet razmatranja u ovom radu je i publicijanska konfesorna tužba koju predviđa Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije. Pored petitorne zaštite titular prava starne službenosti ima pravo i na državinsku zaštitu (samopomoć i državinske tužbe) jer je stvarna službenost državina prava, kao i obligacionopravne tužbe za naknadu štete prouzrokovane radnjama vlasnika poslužnog dobra ili trećih lica i tužbe za izvršenje obaveze iz ugovornog odnosa o ustanovljenju službenosti. Predmet ovog rada je zaštita stvarne službenosti konfesornim tužbama i to: tužbom za utvrđenje stvarne službenosti, publicijanskom konfesornom tužbom i negatornom konfesornom tužbom.*

Ključne reči: *stvarna službenost, konfesorna tužba, tužba za utvrđenje stvarne službenosti, publicijanska konfesorna tužba, negatorna konfesorna tužba.*

ZAŠTITA SLUŽBENOSTI U RIMSKOM PRAVU

Zaštita službenosti u rimskom pravu vršila se posebnim tužbama i interdiktima. Osnovna tužba za zaštitu službenosti u rimskom pravu koja se i danas koristi je *actio confessoria* (*confessio* – priznanje, znači tužba za priznavanje službenosti). Ona se najpre koristila za zaštitu plodouživanja, i u početku se zvala

* Rad je deo projekta, *Pravna tradicija i novi pravni izazovi,* čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

vindicatio servitutis, analogno sa *rei vindicatio*. Titular službenosti podizao je ovu tužbu protiv vlasnika ili držaoca kao i protiv trećih lica koja ga ometaju u korišćenju svog prava.[1]

Tužba *vindicatio servitutis* koja potiče iz klasičng perioda rimske države od Justinijanovog doba naziva se *actio confessoria*.[2]

Ako je službenost bila zasnovana na pretorskom pravu (*pactionibus et stipulationibus*), tada je titular službenosti imao pravo da se služi ovom tužbom kao *vindicatio utilis*. U vreme Justinijana nestala je razlika između pretorskog i civilnog prava, tako da je za zaštitu titulara službenosti uvedena jedinstvena tužba, koja se zvala *actio confessoria*.

Za zaštitu službenosti postojale su stvarne tužbe (*actio in rem*) po uzoru na one kojima se štiti pravo plodouživanja, i to kako *actio confessoria* tako i *actio negatoria*. *Actio confessoria* pokretao je onaj ko tuži da bi se utvrdilo da ima pravo službenosti, a *actio negatoria* vlasnik koji to osporava. A ova *in rem actio confessoria*, ne daje se nikom drugom osim vlasniku zemljišta: službenost može vindicirati samo onaj ko ima u svojinu zemljište koje je susedno (poslužnom dobru) i za koje tvrdi da je povlasno dobro.[3]

Isto tako, ako neko pokreće spor da bi dokazao da, na primer, ima službenost plodouživanja na nekom zemljištu, ili prolaza za teranje stoke ili odvođenja vode sa tuđeg zemljišta – radi se o stvarnoj tužbi (*actio in rem*). U istu vrstu spada i tužba koja se tiče prava na gradske službenosti, na primer, kada neko (tužbom) dokazuje da ima pravo svoju zgradu višom podići (nadzidati), ili da ima pravo na pogled, ili da nešto može isturiti, ili da nešto naslanja na susednu zgradu. Nasuprot tome, i kod plodouživanja, te poljskih i gradskih službenosti uvedene su tužbe, kojima neko dokazuje da njegov parnični protivnik nema pravo plodouživanja, prolaza, prolaza za teranje stoke, ili odvođenja vode, kao i pravo nadziđivanja, pravo na pogled, isturanje, naslanjanje; sve su to takođe stvarne tužbe, ali negirajuće.[4]

Cilj tužbe *actio confessoria in rem* je da tužilac izdejstvuje sudsku odluku kojom se utvrđuje da ima pravo službenosti na stvari tuženog i da sud naloži tuženom da prestane dalje da ometa tužioca tokom izvršavanja sadržaja službenosti, na primer, da ukloni kapiju koju je na svom zemljištu postavio, a koja tužioca ometa prilikom prolaženja. Ako tužilac smatra da tuženi neće poštovati sudsku odluku već da će nastaviti sa smetanjem, mogao je zahtevati od suda da tuženom

---

[1] O. Stanojević, Rimsko pravo, Beograd, 1999, 228.

[2] Ž. Bujuklić, *Forum romanum,* Rimska država, pravo, religija i mitovi, Beograd, 2006, 99.

[3] *"De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum aerarum que ad usum fructum pertinent,tam confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat". D. 8,5,2. pr. Ulpianus libro septimo decimo et edictum.* J. Danilović, O. Stanojević, Tekstovi iz rimskog privatnog prava, Beograd, 1996, 188.

[4] *Justiniani, Inst. 4.6.2.* A. Romac, 267.

naloži da da garancije da daljeg smetanja neće biti, tzv. *cautio de non am plius turbando*.[5] Ova garancija je podrazumevala obećanje tuženog da će platiti novčanu kaznu ako bude ponovio isto smetanje.

Službenosti su se štitile i interdiktima i to: a) seoske zemljišne službenosti, *interdictum de itinere actuque privato* kao i *inredictae de aqua de rivis et de fonte*; b) gradske službenosti,*interdictum de cloacis, sa operis non vi nuntiatio, sa cautio damni infecti sa intredictum quo vi aut clam*, i v) *interdictum uti possidetis* ako je u pitanju službenost naslanjanja.

ZAŠTITA STVARNIH SLUŽBENOSTI U POZITIVNOM PRAVU

Zaštita službenosti pripada bilo aktivnoj ili pasivnoj strani, pre svega, putem opštih tužbi, kao kod zaštite prava svojine, odnosno državine, kao i zaštite drugih stvarnih prava. To su: 1. posesorna tužba za smetanje državine, 2. obligatorna tužba (na osnivanje ugovorene službenosti) i 3. prejudicijalna tužba (na utvrđenje postojanja ili nepostojanja službenosti). Osim ovih opštih tužbi postoje i dve specifične tužbe o pravu službenosti, koje označavaju zaštitu službenosti u užem smislu. To su: 1. *actio confessoria* i 2. *actio negatoria*.[6]

Slično ovoj definiciji prof. Nikola Gavela navodi da, titular službenosti ima za zaštitu svoga prava na raspolaganju opšta sredstva kao i nosioci stvarnih prava, te zahtev (tužbu) specifičnu za zaštitu službenosti. Opšta sredstva: a) samopomoć i tužba zbog smetanja državine, kojom se zapravo štiti državina prava službenosti, ali time posredno i samo pravo; b) obligacionopravni zahtev radi ispunjenja ugovora o zasnivanju službenosti (kada pasivno legitimisani odugovlači ili odbija zasnivanje ugovorene službenosti); v) prejudicijelna tužba (radi utvrđivanja da službenost postoji), kada je dopuštena po pravilima procesnog prava i g) sredstva za zaštitu knjižnih prava po pravilima zemljišnoknjižnog prava.

Specifična tužba kojom titular štiti svoje pravo službenosti naziva se u teoriji *actio confessoria*. Njome titular prava službenosti zahteva od vlasnika poslužnog dobra da prizna postojanje službenosti ili da trpi izvršavanje na svojoj stvari odn. da propušta na njoj činiti ono što je na osnovu te službenosti dužan propuštati.[7]

Pored petitorne zaštite, titular prava službenosti pod određenim uslovima ima pravo i na sredstva državinske zaštite (samopomoć i državinske tužbe) i obligacionopravne tužbe za naknadu štete prouzrokovane radnjama vlasnika poslužnog

[5] Gai.4,3 citirano prema J. Danilović, O. Stanojević, Tekstovi iz rimskog prava, Beograd, 1996, 188.

[6] Č. Rajačić, Stvarno pravo, Zagreb, 1956, 370.

[7] Nikola Gavella, redaktor, Stvarno pravo, Zagreb, 2007, svezak 2, 25.

dobra ili trećih lica, kao i za izvršenje obaveze iz ugovornog odnosa o ustanovljenju službenosti.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, predviđa mogućnost podizanja tužbe za zaštitu stvarne službenosti u dva slučaja:

1. Vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti.[8]

2. Ako se vlasnik povlasnog dobra neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti, on tužbom može zahtevati da to sprečavanje ili ometanje prestane.[9]

Prema odredbama citiranih članova, Zakon, daje vlasniku povlasnog dobra dve tužbe za zaštitu prava stvarne službenosti, odstupajući od dosadašnje klasične konfesorne tužbe (*actio confessoria*) tj. one petitorne sveobuhvatne tužbe čiji je tužbeni zahtev bio uperen na priznanje stečenog prava službenosti, na zabranu daljeg sprečavanja ili ometanja vršenja tog prava i na uspostavljanje pređašnjeg stanja uz mogućnost traženja i naknade štete. Tuženi je mogao biti ne samo vlasnik poslužnog dobra, nego i svako lice koje je sprečavalo ili ometalo vršenje službenosti, zbog čega je ova tužba imala stvarnopravni karakter *erga omnes*.[10]

TUŽBA ZA UTVRĐENJE POSTOJANJA STVARNE SLUŽBENOSTI

Vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti. Ovom tužbom vlasnik povlasnog dobra, kao tužilac, zahteva da se prema tuženom, vlasniku poslužnog dobra, utvrdi postojanje njegove stvarne službenosti. Ovde je reč o petitornoj tužbi kojom se zahteva utvrđivanje već stečenog prava službenosti prema vlasniku poslužnog dobra.[11] Ovom tužbom titular prava službenosti zahteva od vlasnika poslužnog dobra da prizna postojanje stvarne službenosti i da trpi vršenje te službenosti, odnosno da se uzdržava od radnji kojima bi onemogućavao ili ograničavao prava koje ima titular službenosti.

Ova tužba koja je predviđena čl. 56. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predstavlja samostalnu prejudicijelnu konfesornu tužbu deklarativnog karaktera, koju podiže titular povlasnog dobra protiv vlasnika poslužnog dobra radi utvrđenja postojanja već stečene stvarne službenosti. Ovu tužbu će podizati

---

[8] Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, „Sl. list SFRJ, br. 6/1980, sa izmenama i dopunama „Sl. list SFRJ“, br. 36/1990, i „Sl. list SRJ“, br. 29/1996. čl. 56. st. 1.

[9] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 57.

[10] B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb 1980, 352.

[11] „Zahtev za ustanovljenje službenosti provođenja elektroenergetskog voda mogu podneti sudu i Elektroprivredna organizacija i novi potrošači električne energije“ (Sednica građanskog odelenja Vrhovnog suda Srbije od 04.12.1985. Načelni stavovi i pravna shvatanja, Pravo 2000.)

vlasnik povlasnog dobra ukoliko na njegovoj strani postoji određeni pravni interes da se pravosnažno utvrdi postojanje u njegovu korist već stečene stvarne službenosti putem održaja (čl. 54). U tom slučaju, titular službenosti ima pravni interes da tako vanknjižno stečeno pravo stvarne službenosti dobije i prema spolja, vidljivo stvarnopravno dejstvo prema svima – *erga* omnes, a za upis te službenosti u javnu knjigu mu nedostaje tzv. tabularna isprava. Proizilazi, prema tome, da je na ovakvu tužbu aktivno legitimisan samo vlasnik povlasnog dobra, a pasivno legitimisan samo vlasnik poslužnog dobra.[12]

Ova tužba se ne podiže zbog povrede prava postojeće službenosti od strane tuženog, nego zbog postojećeg opravdanog interesa tužioca za utvrđenje svog prava stvarne službenosti.[13]

„Za ovaj vid pravne zaštite posebno je naglašen njen preventivni značaj. Odlučivanjem o ovoj vrsti zahteva sud unosi izvesnost u odnose među stankama. Time se utiče na to da njihovo buduće ponašanje bude usklađeno sa odlukom suda o postojanju ili nepostojanju određenih prava ili pravnog odnosa. U slučaju povrede prava utvrđenog u deklaratornoj presudi, ta presuda ima prejudicijelan značaj za odlučivanje u postupku pokrenutom povodom povrede. Kod ovog vida pravne zaštite ne pretpostavlja se pravni interes tužioca za podnošenje tužbe. On mora biti dokazan. Tu vrstu interesa tužilac će imati u svim slučajevima u kojima se na osnovu ponašanja druge strane može zaključiti da je među strankama sporno postojanje određenog prava ili pravnog odnosa, i da je realno pretpostaviti povredu prava u budućnosti.“[14]

Tužba za utvrđenje stvarne službenosti podiže se u slučaju kada na strani vlasnika povlasnog dobra postoji određeni pravni interes da se pravosnažno utvrdi postojanje već stečene stvarne službenosti čiji je on titular. Uobičajeno je da ovu tužbu podiže titular povlasnog dobra koji je već stekao stvarnu službenost po pravilima za sticanje putem održaja. Titular ovog prava ima pravni interes da ovako stečeno vanknjižno pravo dobija na publicitetu, kako bi mogao da ga suprotstavi svim trećim licima (*erga omnes*). Stvarna službenost stečena održajem može se isticati prema trećem savesnom licu od trenutka upisa u katastar nepokretnosti.[15] Iako je prvenstveno vezana za slučaj sticanja stvarne službenosti putem održaja, ne treba isključiti mogućnost podizanja ove tužbe i u drugim slučajevima postojanja pravnog interesa.

Aktivno legitimisan za podnošenje ove tužbe je titular službenosti – vlasnik povlasnog dobra. Pored vlasnika povlasnog dobra, tužioci mogu da budu i suvlasnici i zajednički vlasnici povlasnog dobra, kao i držalac koji ima pravo da se koristi datom službenošću, kao što je na primer, plodoužuvalac ili imaoci drugih

[12] B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, 1980, 352.
[13] *Ibidem*, 353.
[14] R. Keča Građansko procesno pravo, Beograd 2014, 196.
[15] Z. Rašović, Stvarno pravo, Podgorica, 2002, 311.

ličnih službenosti. Pasivno legitimisani je vlasnik poslužnog dobra, odn. suvlasnici i zajednički vlasnici kao nužni suparničari.

Tuženi može isticati negatorni prigovor da tužiocu ne pripada pravo stvarne službenosti, zbog toga što ga nije ni stekao ili zato što se pravo u međuvremenu prestalo kao i prigovorom da službenost nije više potrebna ili da je zbog nevršenja prestala.

Pored prigovora tuženi može podneti protivtužbu[16] kojom formuliše sopstveni tužbeni zahtev i dovodi tužioca u položaj tužene strane. Prejudicijelnom protivtužbom tuženi zahteva utvrđenje određenog prava ili pravnog odnosa od čijeg postojanja ili nepostojanja u celini ili delimično zavisi odluka o tužbenom zahtevu. Prejudicijelna protivtužba podrazumeva određeni koneksitet zahteva tužbe i protivtužbe. Ova protivtužba redovno pretpostavlja postavljanje zahteva negativnog utvrđenja, a samo sporadično utvrđenje određenog prava ili pravnog odnosa.[17]

U slučaju kada, dva lica kao sukorisnici po odluci suda koriste određene delove jedne jedne iste parcele, onda oni jedan prema drugome ne mogu zahtevati da se utvrdi postojanje prava službenosti, jer se ovo može konstitituisati samo u odnosu na vlasnika druge parcele kao stvarno pravo.[18]

U pravnoj teoriji je sporno da li tužba za utvrđenje može da se pokrene ukoliko se povreda već ostvarila, jer zahtev prestaje da bude preventivan." Utvrđenje postojanja odn. nepostojanja određenog prava ili pravnog odnosa tužilac može ostvariti isticanjem deklaratornog, incidentalnog zahteva za utvrđenje (zahteva za utvrđenje tokom vođenja parnice). Time se obezbeđuje da odluka o postojanju uslovljavajućeg pravnog odnosa bude obuhvaćena izrekom presude i tužilac je može upotrebiti povodom svih budućih povreda određenog prava ili pravnog odnosa. Zahtev za utvrđenje može se postaviti ako tokom parnice koja se već vodi postane sporno postojanje pravnog odnosa od kojeg zavisi odluka u sporu. Zauzimanje stava po navedenom pitanju po definiciji se vezuje za zahteve kondemnatorne prirode. Odlučivanju o ovoj vrsti zahteva prethodi zauzimanje stava o postojanju uslovljavajućeg pravnog odnosa. Tužilac ne mora da dokazuje postojanje pravnog interesa. Ne zahteva se ni saglasnost tužene strane, jer dodavanje novog uz postojeći (kondemnatorni) zahtev ne smatra se preinačenjem tužbe".[19]

Prema čl. 56. st. 2. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, na ovu tužbu shodno se primenjuju odredbe čl. 37 st.2. Zakona, pa će u skladu sa tim vlasnik povlasnog dobra kao i vlasnik u slučaju podizanja svojinske tužbe za povraćaj stvari (*actio rei vindicatio*), dokazati: a) postojanje već stečene stvarne

---

[16] „Tužba radi utvrđenja prava službenosti na osnovu održaja ne sprečava protivtužbu radi ukidanja istog prava zbog toga što vršenje istog nije potrebno". (presuda Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. Br. 163/90. od 7. 03. 1990).

[17] R. Keča, *op. cit*, 217.

[18] Okružni sud u Kragujevcu, Gž. 1629/80. Od 15. 02. 1980.

[19] R. Keča, *op. cit*, 196.

službenosti na određenom poslužnom dobru – da je on vlasnik povlasnog dobra, a tuženi vlasnik poslužnog dobra; b) da je tužbeni zahtev usmeren na utvrđenje, odn. da se tužba ne podiže zbog povrede prava postojeće službenosti od strane tuženog, (vlasnika poslužnog dobra), nego samo radi postojanja opravdanog interesa tužioca, (vlasnika povlasnog dobra), da se utvrdi njegovo pravo stvarne službenosti.[20]

KONFESORNA TUŽBA

Ako se vlasnik povlasnog dobra neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti, on tužbom može zahtevati da to sprečavanje ili ometanje prestane[21]. Vlasnik povlasnog dobra ima pravo da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da poštuje i trpi njegovo pravo službenosti, kao i da ga ne uznemirava u vršenju prava službenosti. Pravo vlasnika povlasnog dobra da zahteva poštovanje njegovog prava službenosti i da ga ne uznemirava u vršenju svog prava može se isticati i prema trećim licima.

Isto pravo kao i vlasnik imaju suvlasnici i zajedničari povlasnog dobra kao i lica koja imaju pravo plodouživanja ili imaoci drugih ličnih službenosti.[22]

Za razliku od Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, koji poznaje dve tužbe za zaštitu stvarne službenosti, predviđenih u članovima 56. i 57, Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije ne pravi ovu razliku nego na sumaran način, petitornom sveobuhvatnom tužbom, reguliše zaštitu stvarne službenosti. Mislimo da je ovaj način regulisanja zaštite stvarne službenosti, potpuno prihvatljiv.

Sličnu odredbu, ali konkretizovaniju, sadrži i Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske. „Ovlašćenik (titular) prava službenosti ima pravo da zahteva od vlasnika poslužne stvari da prizna i trpi njegovo pravo službenosti kao teret na poslužnoj stvari, da trpi izvršavanje ovlašćenikovog prava na njoj, odnosno da propušta činiti na njoj ono što je zbog ovlašćenikovog prava dužan propuštati, ovlašćenik ima pravo zatevati i od svakog drugog lica koja svojim radnjama poriču njegovo pravo službenosti ili ga samovlasno onemogućuje ili uznemirava u izvršavanju tog prava“.[23]

---

[20] „Pravo svojine na povlasnom dobru je bitna činjenica za postojanje stvarne službenosti. Prema čl. 56, ZOSPO, vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti, a na tužbu se shodno primenjuju odredbe čl. 37. st. 2. ZOSPO. Saglasno čl. 37. st. 2, vlasnik je dužan da dokaže da na stvari ima pravo svojine. Iz navedenog proizlazi da je pravo svojine na povlasnom dobru – nepokretnosti bitna činjenica za postojanje prava službenosti u korist poslužnog dobra“. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 3851/2014 (1) od 5.2.2015. god, ParagrafLex)

[21] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 57.

[22] Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije, čl. 1958.

[23] Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 248 (1).

Titular prava stvarne službenosti uživa pravnu zaštitu ne samo protiv vlasnika poslužnog dobra nego i protiv svakog trećeg lica, s obzirom da pravo službenosti kao apsolutno stvarno pravo deluje *erga omnes*.

Na konfesornu tužbu za zaštitu službenosti predviđenoj Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa primenjuju se pravila o reivindikacionoj tužbi za zaštitu prava svojine.

U slučaju konfesorne tužbe tužilac, titular službenosti, da bi uspeo sa svojim tužbenim zahtevom, mora da dokaže da ima pravo stvarne službenosti (analogno reivindikacionoj tužbi kod koje tužilac, koji je vlasnik stvari dokazuje svoje pravo svojine), kao i činjenicu da tuženi ne poštuje to njegovo pravo ili da ga uznemirava ili onemogućava u njegovom vršenju.[24]

Tuženi koji tvrdi da ima pravo da preduzima radnje koje označavaju nepoštovanje prava, uznemiravanje ili onemogućavanje, dužan je dokazati postojanje tog prava.[25]

Svoje pravo službenosti tužilac može steći pravnim poslom, odlukom nadležnog državnog organa ili održajem.[26] Nacrt Građanskog zakonika je nešto detaljnije regulisao ovo pitanje, pa se navodi da se „stvarna službenost stiče na osnovu ugovora između vlasnika povlasnog i poslužnog dobra, na osnovu testamenta, održajem, odlukom suda ili drugog nadležnog organa i na osnovu zakona.[27] Titular stvarne službenosti, treba da dokaže kako pravni osnov tako i način sticanja na povlasnom dobru. Ako je službenost stekao pravnim poslom sa prethodnim vlasnikom dužan je da dokaže da je njegov prethodnik bio vlasnik.

Na osnovu pravnog posla stvarna službenost se stiče upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom.[28] Ugovor između vlasnika povlasnog i poslužnog dobra kojim se stiče stvarna službenost mora biti zaključen u pismenoj formi. Vlasnik povlasnog dobra stiče pravo stvarne službenosti na osnovu punovažnog ugovora upisom u katastar nepokretnosti. Da bi ugovor kojim se stiču stvarna prava na nepokretnostima bio punovažan mora biti zaključen u formi javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave, ako se zakonom izričito ne zahteva forma javnobeležničkog zapisa. U katastar nepokretnosti stvarna službenost se upisuje na teret jedne nepokretnosti (poslužno dobro), a u korist druge nepokretnosti (povlasno dobro). Pri upisu stvarne službenosti ne upisuju se podaci o licima koja su imaoci prava svojine na poslužnom i povlasnom dobru.[29]

Tužilac će svoje pravo stvarne službenosti dokazati izvodom iz katastra nepokretnosti. Iz baze podataka izdaje se list nepokretnosti, kao osnovni dokument

---

[24] Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, čl. 1960. st. 1.

[25] *Ibidem*, čl. 1960. st. 2.

[26] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 51.

[27] Nacrt građanskog zakonika čl. 1934.

[28] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 52.

[29] Pravilnik o katastarskom premeru i karastru nepokretnosti, čl. 145. st. 3.

o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima, u propisanom obliku i sadržaju za: 1) nepokretnost i 2) imaoca prava.[30]

Postavlja se pitanje, da li tužba za zaštitu stvarne službenosti zastareva? Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, predviđa da „pravo na zahtev sopstvenika povlasnog dobra (i drugih ovlašćenih lica) zastareva po proteku roka od dvadeset godina".[31] Za razliku od Nacrta Građanskog Zakonika Republike Srbije, kojim nije precizirano od kada teče dvadesetogodišnji rok zastarelosti, Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske (čl. 234) se navodi da tužba zastareva u roku od dvadeset godina, a rok počinje da teče od dana kada je titularu službenosti oduzet posed tog prava. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske ovu tužbu ograničava rokom od 10 godina koji počinje da teče od dana kada je titular prestao da vrši svoje pravo.[32]

U Zakonodavstvima Hrvatske i Republike Srpske predviđena je i slučaj „zaštite od povrede upisom u zemljišnu knjigu" u slučaju ako je neko lice steklo pravo korisnika stvarne službenosti, nevaljanim upisom u zemljišnu knjigu, titular prava službenosti ima pravo da se zaštiti od toga sredstvima koja mu stoje na raspolaganju za zaštitu knjižnih prava po pravilima zemljišnoknjižnog prava.[33]

PUBLICIJANSKA KONFESORNA TUŽBA

U pravnoj teoriji ima mišljenja da bi i držaocu čija je državina podobna za održaj prava službenosti trebalo dati mogućnost podizanja konfesorne tužbe. Osnov za ovakvu tvrdnju postoji u Austrijskom građanskom zakoniku (par. 523) kao i Grčkom građanskom zakoniku (čl. 1133).[34] Prema par. 523 Austrijskog građanskog zakonika bilo je predviđeno da se službenosti štite tako što se tužbom može" prema vlasniku tvrditi postojanje prava službenosti. U ovom slučaju tužilac mora dokazati pribavljanje službenosti, ili bar *državinu* službenosti kao stvarnog prava." Srpski građanski zakonik o ovome nema zakonskih odredbi.

Nacrt Građanskog Zakonika Republike Srbije, predvideo je, pravo na zaštitu licu koje dokaže pravni osnov i način sticanja državine prava stvarne službenosti

[30] Zakon o državnom premeru i katarstu, „Sl. glasnik RS, br.72/2009, i 18/2010. Čl. 2 (17) i čl. 72.

[31] Nacrt Građanskog zakonika, čl. 1959.

[32] Zakon o stvarnim pravima R. Srpske, čl. 248 (2). Ima mišljenja da bi u Republici Srpskoj rok od 20 godina bio primereniji jer tada službenost prestaje zbog zastarelosti, D. Medić, Novo Stvarno pravo Republike Srpske, Banja Luka 2011, 191.

[33] Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske, čl. 236, Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 251.

[34] O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1999, 205.

(*actio confessoria publiciana*).[35] Za razliku od Nacrta građanskog zakonika, Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, ne poznaje posebnu konfesornu tužbu za zaštitu stvarne službenosti nego predviđa da se shodno primenjuju odredbe za zaštitu svojine.[36]

Publicijansku konfesornu tužbu može podići kvalifikovani držalac prava službenosti. Publicijansku *actio negatoria* podiže kvalifikovani držalac poslužnog dobra.[37]

Zakon o stvarnim pravima Republike Srske publicijansku konfesornu tužbu naziva tužbom pretpostavljenog ovlašćenika službenosti. Naziv „pretpostavljeni ovlašćenik službenosti" smatramo neadekvatnim jer on nije pretpostaljeni ovlašćenik službenosti nego uzukapioni držalac prava stvarne službenosti.

„Pravo na zaštitu pretpostavljenog prava službenosti ima i onaj koji je dokazao svoje pravo službenosti, i onaj koji u postupku pred sudom ili drugim nadležnim organom dokaže svoj pravni osnov ili istiniti način sticanja državine te službenosti (pretpostavljeni ovlaštenik službenosti). Na pravo pretpostavljenog ovlašćenika na zaštitu, na odgovarajući način, primenjuju se pravila o tužbi pretpostavljenog vlasnika".[38]

Aktivno legitimisani u publicijanskoj konfesornoj tužbi je držalac prava službenosti koji je da bi uspeo sa svojim tužbenim zahtevom dužan da dokaže pravni osnov i istinit, način sticanja državine. Ako dokaže ove činjenice za njega se pretpostavlja (oboriva pravna pretpostavka) da je imalac prava službenosti koju vrši. U pogledu odlučivanja o tužbenom zahtevu na odgovarajući način primeniće se pravila o tužbi pretpostavljenog vlasnika.

Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, (čl. 235) takođe poznaje publicijansku konfesornu tužbu, ili kako je Zakon naziva tužba predmnijevanoga (pretpostavljenog) ovlašćenika službenosti. Podiže je držalac prava službenosti koji mora dokazati pravni osnov i istiniti način svog sticanja državine te službenosti. Ako pred sudom dokaže te činjenice za njega se pretpostavlja da je ovašćenik samog prava službenosti pa se na njegovu tužbu dalje primenjuju pravila o tužbi pretpostavljenog vlasnika.

Time se olakšava zaštita titularu prava stvarne službenosti koji je u državini prava službenosti, a koji ne može dokazati pravni osnov sticanja svog prava ili pravo svojine prethodnika ili svoje pravo svojine povlasnog dobra.[39]

U pravnoj teoriji ima mišljenja da se ne može tražiti zaštita prava službenosti putem tzv. *actio Publicianae*. "Obzirom na zauzeto stanovište Zakona o osnov-

---

[35] Nacrt Građanaskog zakonika, čl. 1961.

[36] Nacrt Zakonika o svojini i drugim stavrnim pravima, čl. 329.

[37] Č Rajačić, Stvarno pravo, Zagreb, 1956, 371.

[38] Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, čl. 250.

[39] N. Gavella, redaktor, Stvarno pravo , Zagred, 2007. svezak 2. str. 25.

nim vlasničkopravnim odnosima, koji u odredbama čl. 54. više ne zahteva postojanje pretpostavke za valjano sticanje stvarnih službenosti: zakonit i savjestan posjed uzukapienta – smatramo da se danas više ne može tražiti zaštita prava službenosti putem tzv. *actio Publicianae*, koja je bila analogna takvoj vlasničkoj tužbi po osnovu jačeg prava na posjed (čl. 41), a koju su poznavali naši predratni građanski zakonici, bivši O.g.z. u par. 372. i 373, a bivši S.g.z. u par. 223. Pošto ovde uspeh zatražene zaštite prava službenosti zavisi o dokazu zakonitog i savjesnog posjeda tužitelja, kao njegovog jačeg prava".[40]

NEGATORNA KONFESORNA TUŽBA

Titular prava stvarne službenosti kao vlasnik povlasnog dobra ima pravo da podnese tužbu protiv svakog lica koje ga neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti i zahtevati da to sprečavanje ili ometanje prestane.[41]

Aktivno legitimisano lice (tužilac) je titular stvarne službenosti, vlasnik ili suvlasnik povlasnog dobra, ali i imalac užeg prava kao što su, plodouživalac ili zakupac povlasnog dobra.

Pravo na korišćenje stvarne službenosti, osim vlasniku povlasnog dobra pripada i licima koja povlasno dobro koriste u interesu vlasnika povlasnog dobra i po njegovom ovlašćenju. Smetanje ovih lica u vršenju prava stvarne službenosti predstavlja i ometanje vlasnika povlasnog dobra kao držaoca prava stvarne službenosti.[42]

Da bi uspeo sa tužbenim zahevom tužilac mora da dokaže: a) da je titular prava odgovarajuće stvarne službenosti (vlasnik ili suvlasnik povlasnog dobra) ili da na povlasnom dobru ima određeno stvarno (plodouživanje) ili obligaciono (zakup) pravo, i b) radnju tuženog kojom se neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti.

Tužilac će svoje pravo svojine dokazati tako što će potvrditi pravno valjan pravni osnov i način sticanja na povlasnom dobru na jedan od zakonom predviđenih načina sticanja, i svojinu prethodnika ako je službenost stečena na osnovu pravnog posla.

Uznemiravanje može biti faktičko, a može se vršiti i na osnovu pravne pretenzije tuženog[43]. Tuženi na primer, može tvrditi da ima službenost prolaza, a da

[40] B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb, 1980, 354-355.

[41] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 57.

[42] Z. Rašović, Komentar Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Podgorica, 2007, 706.

[43] „Stranka koja nije znala da na nepokretnosti koju kupuje postoji službenost u korist trećeg lica, ne gubi pravo na smanjenje kupoprodajne cene u roku od godinu dana od dana saznanja za postojanje prava trećeg lica i u roku od šest meseci od pravosnažnosti presude u parnici koju je treće

tužilac netačno kvalifikuje njegovo ponašanje kao nedozvoljeno smetanje. Uznemiravanje treba da ima trajan karakter[44], a to znači: a) da je postupkom tuženog zasnovano trajno stanje, b) da se postupak koji znači uznemiravanje ponavlja i v) da se prema prilikama osnovano može očekivati da će se uznemiravanje ponoviti.[45]

Ova tužba se ne koristi za zaštitu od uznemiravanja koje je okončano i neće se ponoviti, nego od postupaka tuženog koji traju ili se mogu ponoviti.[46]

Pasivno legitimisano (tuženi) je ono lice koje neosnovano sprečava ili onemogućava vršenje službenosti. To je najčešće vlasnik poslužnog dobra, ali i lice po čijem nalogu se vrši sprečavanje vršenja službenosti, kao i onaj u čiju korist (a nije nalogodavac) se ometanje vrši, a koji se nakon saznanja za ometanje sa tim složio.

Tuženi može imenovati onog po čijem nalogu je vršeno ometanje titulara službenosti, i pozvati ga da zauzme njegovo mesto u parnici (imenovanje prethodnika – *nominatio auctoris*). Ima autora koji zastupaju suprotno mišljenje.

Složili bismo se sa mišljenjem autora koji imenovanje prethodnika dopuštaju i kod negatorne tužbe. Na primer, zakupac njive vrši po odobrenju vlasnika, službenost puta preko susedne parcele. Kada sused podigne negatornu tužbu, opravdano je dopustiti zakupcu da imenovanjem prethodnika prepusti vlasniku da u parnici sa susedom raspravi pitanje postojanja ili nepostojanja službenosti.[47]

Tuženi prema tužiocu može da ističe prigovore i protivtužbu sa ciljem da dokaže da stvarna službenost koja je predmet spora ne pripada tužiocu, nego da ga tužilac ometa u vršenju svog prava svojine.

Prema Zakonu o parničnom postupku "lice koje je tuženo kao držalac neke stvari ili korisnik nekog prava, a tvrdi da stvar drži ili pravo vrši u ime trećeg lica dužno je da u odgovoru na tužbu pozove preko suda to treće lice (prethodnika) da umesto njega stupi kao stranka u parnicu. Pristanak tužioca da na mesto tuženog u parnicu stupi prethodnik potreban je samo ako tužilac protiv tuženog ističe i takve zahteve koji ne zavise od toga da li tuženi u ime prethodnika drži stvar ili vrši pravo. Ako prethodnik koji je uredno pozvan ne dođe na ročište ili odbije da stupi u parnicu, tuženi ne može da se protivi upuštanju u parnicu."[48]

---

lice pokrenulo za zaštitu svog prava". (Presuda opštinskog suda u Kraljevu, P.1034/94. od 28.02.1995. i rešenje Okružnog sud u Kraljevu, Gž.br.588/95 od 6.11.1995).

[44] „Jednokratni pokušaj izvršen u svrhu sticanja prava službenosti koji je vlasnik sprečio a protivnik se tome pokorio ne može se smatrati prisvajanjem prava službenosti i taj pokušaj ne daje vlasniku pravo na tužbu" Odluka Okružnog suda u Zagrebu, Gž-546/53, citirano prema B. Vizner, *op. cit*, 355.

[45] O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1999, 141.

[46] Negatorna tužba „štiti vlasnika od nečega što traje ili se može ponoviti, a ne štiti od nečega što je bilo pa prošlo". Č. Rajačić*, op. cit*, 220.

[47] Č. Rajačić*, op.cit*, 221.

[48] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, „Sl. glasnik R. Srbije" br. 55/2014. od 31.05.2014. čl. 220.

Tužbeni zatev usmeren je na prestanak radnji kojima se sprečava ili ometa vršenje stvarne službenosti i povraćaj u pređašnje stanje. Uspostavljanje pređašnjeg stanja koje je postojalo pre povrede, dužan je da izvrši tuženi o svom trošku. Ukoliko tuženi na osnovu presude ne uspostavi prvobitno stanje, sud će u izvršnom postupku ovlastiti tužioca ili treće lice, da povraćaj u pređašnje stanje izvrše na teret tuženog. Troškovi povraćaja u pređašnje stanje uvek padaju na teret tuženog bez obzira na krivicu.

Sud će presudom tuženom zabraniti ponavljanje istog ili sličnog postupka smetanja. Ako tuženi protivno odluci suda ponovi smetanje, sud će mu u izvršnom postupku, izreći kaznu, a za svako naredno uznemiravanje izrećiće mu kaznu u većem iznosu.

Ukoliko je titular prava stvarne službenosti zbog neovlašćenog sprečavanja ili ometenja pretrpeo štetu ima pravo da podnese odštetni zahtev prema licu koje je štetu učilo i da traži da je nadoknadi.

Prema Austrijskom građanskom zakoniku iz odnosa službenosti proizilazi je dvojako tužbeno pravo. Može se prema vlasniku tvrditi postojanje prava službenosti, ili vlasnik može podići tužbu zbog prisvajanja službenosti. U prvom slučaju tužilac mora dokazati pribavljanje službenosti, ili bar državinu službenosti kao stvarnog prava; u drugom slučaju tužilac mora dokazati da neko prisvaja službenost na njegovoj (tužiočevoj) stvari.[49] Sličnu, ali ne tako jasnu odredbu sadržao je i Srpski građanski zakonik iz 1844. godine, u pogledu zaštite stvarne službenosti.[50]

„Suvlasnik poslužnog dobra može podići tužbu za utvrđenje ništavosti ugovora kojim je bez njegove saglasnosti zasnovana stvarna službenost ugovorom zaključenim između drugog suvlasnika poslužnog dobra i vlasnika povlasnog dobra, jer kao suvlasnik koji je povređen u svom pravu predstavlja zainteresovano lice u smislu čl. 109, Zakona o obligacionim odnosima".[51]

Zahtev za zaštitu od uznemiravanja po svojoj pravnoj prirodi predstavlja kondemnatorni zahtev.

Kondemnatorni zahtev tako podnete tužbe mora da ima određen i jasan sadržaj radnji, koje predstavljaju uznemiravanje prava svojine tužioca, kao i katastarsku oznaku nepokretnosti na kojoj je izvršeno uznemiravanje.

„Vlasnik poslužnog dobra može podneti tužbu protiv vlasnika povlasnog dobra zahtevajući od suda da istom zabrani prolaz preko poslžnog dobra, u takvom

[49] Austrijski građanski zakonik, par. 523.

[50] „Kao god što svaki, koji misli da ima pravo na službenost čije stvari, može takvo od gospodara stvari zahtevati, i ako mu ovaj ne dopusti, putem sudskim tražiti, tako i gospodar stvari ima pravo nepravednog prisvojitelja iz službenosti svoje stvari isključiti, i ako ovaj neće da odustane, putem sudskim njega i stvari svoje izbiti" par. 386.

[51] Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Gzz. 161/2002 od 12. 2. 2003. Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br.2/2003. str. 51, Paragraflex

slučaju vlasnik povlasnog dobra ne mora da podnosi protivtužbu za konstituisanje službenosti zato što nema drugog puta do svog dobra, dovoljno je samo da o tome istakne prigovor po kome će sud raspravljati po službenoj dužnosti".[52]

Vlasniku povlasnog dobra stoji na raspolaganju i lična obligacionopravna tužba *(actio in personam)* protiv vlasnika poslužnog dobra, u slučaju kada je stvarna službenost među njima nastala ugovorom, ali mu vlasnik poslužnog dobra to osporava pa se zbog toga ne može izvšiti upis u katastar nepokretnosti. S obzirom da se stvarna službenost na osnovu Zakona stiče upisom u odgovarajući registar nepokretnosti, vlasnik povlasnog dobra podiže ovu tužbu radi utvrđenja zasnivanja već ugovorene službenosti i njenog upisa u odgovarajući registar.

ZAKLJUČAK

Titularu stvarne službenosti za zaštitu svoga prava stoje na raspolaganju opšta sredstva zaštite kao i nosiocima stvarnih prava uopšte, ali i posebna tužba za zaštitu službenosti. Specifična tužba kojom titular štiti svoje pravo službenosti još od rimskog prava do danas naziva se *actio confessoria* – konfesorna tužba. Njome titular prava službenosti zahteva od vlasnika poslužnog dobra da prizna postojanje službenosti ili da trpi vršenje službenosti na svojoj stvari.

Tužbom za utvrđenje, vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti i da vlasnik poslužnog dobra prizna postojanje stvarne službenosti kao i da trpi vršenje te službenosti. Ova tužba koja je predviđena čl. 56. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predstavlja samostalnu prejudicijelnu konfesornu tužbu deklarativnog karaktera, kojom je posebno naglašen njen preventivni značaj.

Ako se vlasnik povlasnog dobra neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti, on tužbom može zahtevati da to sprečavanje ili ometanje prestane. Vlasnik povlasnog dobra ima pravo da zahteva od vlasnika poslužnog dobra da poštuje i trpi njegovo pravo službenosti, kao i da ga ne uznemirava u vršenju prava službenosti. Pravo vlasnika povlasnog dobra da zahteva poštovanje njegovog prava službenosti i da ga ne uznemirava u vršenju svog prava može se isticati i prema trećim licima.

Nacrt Građanskog Zakonika Republike Srbije, predvideo je, pravo na zaštitu licu koje dokaže pravni osnov i način sticanja državine prava stvarne službenosti (*actio confessoria publiciana*). Publicijansku konfesornu tužbu može podići kvalifikovani držalac prava službenosti. Publicijansku *actio negatoria* podiže kvalifikovani držalac poslužnog dobra.

---

[52] Odluka Vrhovnog suda Srbije Gzz. 82/97, od 11. 11. 1997. Paragraflex

Titular prava stvarne službenosti kao vlasnik povlasnog dobra ima pravo da podnese tužbu protiv svakog lica koje ga neosnovano sprečava ili ometa u vršenju stvarne službenosti i zahtevati da to sprečavanje ili ometanje prestane (negatorna konfesorna tužba).

Za razliku od Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, koji poznaje dve tužbe za zaštitu stvarne službenosti, predviđenih u članovima 56. i 57, Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije, sasvim ispravno, ne pravi ovu razliku nego na sumaran način, petitornom tužbom, reguliše zaštitu stvarne službenosti.

Danica D. Popov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
dpopov@pf.uns.ac.rs

Actio Confessoria for Protection of Easement

Abstract: *The Law on Fundamentals of Property Relations, prescribes the possibility of raising two lawsuits to protect the easement. The lawsuit for the establishment, the owner of the dominant tenement may demand that according to the owner of the servient tenement, establish the existence of easements. In another case, the owner of the dominant tenement which unreasonably prevents or obstruct easement with lawsuit to demand termination of acts which prevents or disturbed, while performing easement. In addition to the petitory protection, the right holder of easements, has the right to the protection of possession, and obligation lawsuits for damages caused by the actions of the owner of the servient tenement or any third persons, and lawsuit for enforcement of obligations under the contractual relationship of the establishment of easement. The subject of this work is the protection of real easement confessoria lawsuits as follows: Lawsuit to establish easement, actio confessoria publiciana and actio negatoria confessoria.*

Keywords*: real easement, confessoria lawsuit, a lawsuit for establishing real easement, actio confessoria publiciana, actio confessoria negatoria.*

Datum prijema rada: 19.12.2016.

Originalni naučni rad 347.918:347.957(497.11)
doi:10.5937/zrpfns50-12192

Dr Maja D. Stanivuković, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

JEDNOSTEPENOST ILI DVOSTEPENOST U POSTUPKU PONIŠTAJA ARBITRAŽNE ODLUKE?*

Sažetak: *Autor se u ovom radu bavi pitanjem da li su potrebne zakonodavne promene odredaba o poništaju arbitražne odluke donete u Srbiji. Izlažu se razlozi zbog kojih je u Zakonu o arbitraži propušteno da se pitanje postupka po tužbi za poništaj u potpunosti uredi, a posebno zbog čega nije usvojena jednostepenost u odlučivanju. Opovrgava se teza o obaveznoj dvostepenosti odlučivanja primenom jezičkog i ciljnog tumačenja Ustava i Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i uporednopravnim istraživanjem. Na kraju se daje predlog kako bi se ovo pitanje moglo urediti u Srbiji. Zaključak autora je da Zakon o arbitraži treba menjati da bi se omogućilo upotpunjavanje zakonskih normi odgovarajućom sudskom praksom i da bi se povećala efikasnost arbitraže kao načina rešavanja sporova. Osnovni pravci zakonodavne promene su sledeći: u Zakon o arbitraži uvrstiti i odredbe o stvarnoj nadležnosti suda za odlučivanje o tužbama za poništaj; predvideti jednostepenost odlučivanja o takvim tužbama; odlučivanje o poništaju poveriti najvišoj sudskoj instanci – Vrhovnom kasacionom sudu.*

Ključne reči: *Zakon o arbitraži, poništaj arbitražne odluke, pravo na pravno sredstvo.*

Ove godine Zakon o arbitraži Republike Srbije navršio je deset godina. Nada da će ovaj propis dovesti do ubrzanog napretka unutrašnje arbitraže nije se ostvarila.[1] Bum unutrašnje arbitraže se nije desio u Srbiji, nasuprot nekim drugim zemljama koje su bile u tranziciji kao što su Češka i Poljska, gde se na stotine, a

---

* Ovaj rad napisan je u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ na temu „Međunarodna arbitraža i izazovi novog veka“.

[1] Pod unutrašnjom arbitražom podrazumevamo rešavanje spora između domaćih stranaka, odnosno arbitražnog spora bez inostranog elementa.

prema nekim izvorima i hiljade domaćih predmeta godišnje rešava arbitražom.[2] Umesto da napreduje, unutrašnja arbitraža se kod nas ugasila, što je simbolično obeleženo i ukidanjem Stalnog izbranog suda pri Privrednoj komori Srbije.[3]

Arbitraža je realna alternativa suđenju. Širim ugovaranjem arbitraže, sudovi mogu da se rasterete rešavanja jednog dela građanskopravnih i privrednopravnih predmeta. Ovo nije jedini razlog zbog kojeg zakonodavac i sudovi treba da budu zainteresovani za napredak arbitraže uopšte i unutrašnje arbitraže posebno. Svaka zemlja u kojoj je arbitraža razvijena ubira od toga veliku korist. Od toga profitira ne samo pravnička profesija, u okviru koje su sudije i advokati potencijalni arbitri na osnovu svog znanja i iskustva, već i hotelijeri, ugostitelji, prevodioci, prevoznici, bankari i drugi.

Zašto unutrašnja arbitraža nije uznapredovala za ovih deset godina? Jedan od razloga nalazi se možda i u pogrešnom shvatanju pravnog sredstva za ispitivanje domaće arbitražne odluke – tužbe za poništaj. To sredstvo se posmatra kao nova parnica. Takvo shvatanje onemogućava da arbitraža postane efikasan način rešavanja sporova kod nas. O tome će biti reči u ovom radu.

ULOGA DRŽAVNOG SUDA U ARBITRAŽI

Uloga državnog suda u arbitražnom postupku regulisana je članom 7 Zakona o arbitraži koji preuzima rešenje iz Model zakona UNCITRAL-a (1985). Prema ovoj odredbi, državni sud može, u vezi arbitraže, da preduzima samo one radnje koje su izričito određene ovim zakonom. Mada su upotrebljene dve ograničavajuće reči: „samo“ i „izričito“ – ipak uloga državnog suda nije nimalo beznačajna. Da bi se sagledali svi njeni aspekti, bilo bi potrebno upustiti se u detaljnu analizu zakona i drugih izvora i sudske prakse, za šta ovde nemamo prostora.

Konstatovaćemo samo to da sud u arbitraži igra dve osnovne uloge: pomoćnu i nadzornu. Prva podrazumeva pomoć u konstituisanju ad hok arbitražnog suda i u obezbeđenju potraživanja koje je predmet spora,[4] a druga je provera nadležnosti arbitražnog suda i ograničeno ispitivanje arbitražne odluke. Sudovi u ovoj drugoj ulozi koju po pravilu obavljaju po tužbi za poništaj arbitražne

[2] Češki autor Belohlavek daje procenu da se svake godine u Češkoj Republici donosi oko 150.000 arbitražnih odluka, uglavnom u potrošačkim sporovima. A. J. Bélohlávek, “Class Actions & Arbitration Procedures – Czech Republic”, u knjizi: *Class Actions & Arbitration in the European Union* (eds. P. Billiet, D. Hensler, I. Tzankova), Maklu 2013, 64.

[3] Zakon o privrednim komorama, „Sl. glasnik R. Srbije“ br. 112/2015, čl. 51, st. 2: „Stalni izbrani sud Privredne komore Srbije u roku od devet meseci od dana stupanja na snagu ovog zakona prestaje da postoji, uz ustupanje predmeta Arbitraži Privredne komore Srbije.“

[4] Pomoćna uloga suda obuhvata i odlučivanje o izuzeću arbitara u ad hok arbitraži kao i pomoć u izvođenju dokaza, na zahtev arbitražnog suda, ali se potreba za tim javlja relativno retko u praksi.

odluke[5] imaju delikatan zadatak: s jedne strane, nemaju ovlašćenje da ispituju odluku o predmetu spora; s druge strane, treba da obezbede da stranka u arbitražnom postupku ne bude lišena minimalnih standarda pravne zaštite i pravnog sredstva. Dalje ćemo pažnju usredsrediti na tužbu za poništaj koja služi za sprovođenje nadzorne uloge suda u arbitraži i na potrebu da se to pravno sredstvo kod nas prilagodi potrebama razvoja unutrašnje i međunarodne arbitraže na teritoriji Srbiji.

NADZORNA ULOGA SUDA

Donošenjem Zakona o arbitraži u našem zakonodavstvu je na relativno celovit i sistematičan način uređena arbitražna materija. Kao obrazac za donošenje ovog propisa poslužio je Model zakon UNCITRAL-a iz 1985. godine. Međutim, određena pitanja koja Model zakon UNCITRAL-a prepušta nacionalnom zakonodavcu, nisu na najbolji način regulisana, zbog pogrešnog shvatanja cilja arbitraže i nadzorne uloge suda.

Prema članu 57, stav 1 Zakona o arbitraži, tužba za poništaj može da se podnese samo protiv domaće arbitražne odluke. Domaća arbitražna odluka[6] je po zakonu izjednačena sa pravnosnažnom sudskom odlukom i može se izvršiti prinudnim putem.[7] Strana arbitražna odluka mora prethodno da se prizna da bi se izjednačila sa sudskom odlukom. Za priznanje strane arbitražne odluke je isključivo nadležan sud. [8]

Dalje Zakon uređuje razloge za podnošenje tužbe[9] i rok u kome stranka to može učiniti. Određen je kratak prekluzivni rok za podnošenje tužbe – samo tri meseca od datuma kada je tužilac primio arbitražnu odluku, ili odluku o ispravci, tumačenju ili dopuni odluke.[10] Pravo stranaka da ospori arbitražnu odluku zaštićeno je pravnom normom koja predviđa da nije punovažno prethodno odricanje od prava na tužbu za poništaj.[11] Posledice odluke suda da se arbitražna odluka poništava uređene su članom 63 Zakona o arbitraži.

---

[5] Zakon o arbitraži, „Sl. glasnik R. Srbije“ br. 46/2006, čl. 57-63 (u daljem tekstu: Zakon o arbitraži). Pored tužbe za poništaj postoji mogućnost provere odluke arbitražnog suda o nadležnosti kao o prethodnom pitanju na osnovu člana 30 stav 2 Zakona o arbitraži. Takođe, u postupku priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke moguća je provera nadležosti i ograničeno ispitivanje strane arbitražne odluke.

[6] Domaća arbitražna odluka je odluka koja je doneta u unutrašnjoj ili međunarodnoj arbitraži na teritoriji Srbije; Zakon o arbitraži, čl. 57, st. 2.

[7] Zakon o arbitraži, čl. 64, st. 1.

[8] Zakon o arbitraži, čl. 64, st. 2.

[9] Zakon o arbitraži, čl. 58.

[10] Zakon o arbitraži, čl. 59.

[11] Zakon o arbitraži, čl. 62.

Model zakon UNCITRAL-a ne uređuje postupak odlučivanja o poništaju arbitražne odluke i ne sadrži odredbu kojom bi se predvidelo pravo na žalbu protiv odluke suda o poništaju domaće arbitražne odluke. Regulisanje ovog pitanja prepušteno je nacionalim zakonodavcima da ga urede prema sopstvenom nahođenju i prema sopstvenoj zakonodavnoj politici. Naš zakon međutim, ne sadrži detaljne odredbe o tome, već samo jednu opštu normu, koja po našem mišljenju, usvaja neodgovarajuće rešenje. To je član 61 Zakona o arbitraži koji predviđa da se na postupak po tužbi za poništaj arbitražne odluke primenjuju odredbe zakona koji uređuje parnični postupak. Uređena je i mesna nadležnost tako što je data sudu u mestu arbitraže, ali je propušteno da se uredi stvarna nadležnost i pitanje pravnog leka, a oba problema su od suštinskog uticaja na to kako će izgledati sudska praksa o poništaju arbitražnih odluka. Primenom pravila Zakona o parničnom postupku, dolazimo do dvostepenosti, a ponekad i do faktičke trostepenosti odlučivanja o poništaju arbitražne odluke.[12]

UZROCI USVAJANJA NEODGOVARAJUĆEG REŠENJA

Tokom rada radne grupe za izradu Zakona o arbitraži postojala je svest da rešenje iz ranijeg zakona, kojim je bila omogućena puna primena Zakona o parničnom postupku na parnicu po tužbi za poništaj arbitražne odluke nije dobro.[13] Sudska praksa pre donošenja zakona bila je detaljno proučena i otkrila je slabosti tadašnjih zakonskih rešenja. Mada je u malom broju slučajeva ishod tužbe za poništaj arbitražne odluke bio uspešan za tužioca, sudska praksa je pokazala da se u našem pravnom sistemu u postupku za poništaj arbitražne odluke koriste sva redovna i vanredna pravna sredstva parničnog postupka i da taj postupak može veoma dugo da traje. Takav pravni režim narušio je jednu od osnovnih prednosti arbitražnog načina rešavanja sporova zbog koje se privrednici i opredeljuju za arbitražu, a to je efikasnost i brzina konačnog rešenja spora. Nažalost, taj režim je zadržan usvajanjem člana 61 Zakona o arbitraži.

Jedan od osnovnih argumenata koji je u okviru radne grupe za izradu zakona naveden za zadržavanje ranijeg rešenja, uprkos predlozima da se materija drukčije reguliše u Zakonu o arbitraži, bila je teza da se u sudskom postupku za poništaj arbitražne odluke mora obezbediti pravo na žalbu. Podrška za to tražena je u zaštiti ljudskih prava, pa je tako navedeno da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih

[12] Iako je naš parnični postupak nominalno dvostepen, jer je revizija vanredni pravni lek, ona je po pravilu dostupna u sporovima veće vrednosti koji se rešavaju arbitražom. O faktičkoj trostepenosti našeg parničnog postupka videti: Borivoj Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd 2009, str. 873, 953-954.

[13] Maja Stanivuković, Poništaj arbitražne odluke u domaćoj sudskoj praksi, Arbitraža 2006, str. 167-201, dostupno na adresi: http://www.pf.uns.ac.rs/images/maja/26.pdf; G. Knežević, Poništaj odluka spoljnotrgovinskih arbitraža, Međunarodna privredna arbitraža – stanja i perspektive, Beograd 1997, str. 246-250.

prava i osnovnih sloboda zahteva dvostepenost u članu 13 koji predviđa pravo na delotvorno pravno sredstvo.[14]

Drugi razlog nalazio se u nespremnosti da se u Zakon o arbitraži uvrste odredbe koje su neophodne da bi se postupak poništaja arbitražne odluke u celosti regulisao. Uneta je samo odredba da je za odlučivanje o tužbi za poništaj mesno nadležan sud mesta arbitraže, a sve ostalo je prepušteno drugim zakonima. Ovim je primenjena škola sistematizacije pravnog sistema prema kojoj se stvarna nadležnost i postupak ne uređuju materijalno-pravnim zakonima, već posebnim procesnim zakonima o uređenju sudova ili samo o nadležnosti.[15] Pri tom je Zakon o arbitraži tretiran kao „materijalno-pravni" zakon, mada on to po svojoj suštini i prirodi odredaba koje sadrži, u najvećem delu nije. Ovakav pristup imao je za posledicu da je pravna regulativa arbitraže „rasuta". Različiti zakoni koji uređuju delove arbitražnog mozaika (na primer: Zakon o arbitraži, Zakon o parničnom postupku, Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Zakon o stečaju, Zakon o uređenju sudova i Zakon o sedištima i područjima sudova i javnih tužilaštava) pripadaju u delokrug različitih ministarstava, što u najmanju ruku otežava usvajanje celovitih izmena i dopuna zakona koje bi bile u interesu razvoja arbitraže.

OPOVRGAVANJE TEZE O OBAVEZNOJ DVOSTEPENOSTI

Pokušaćemo da opovrgnemo tezu o tome da je u postupku za poništaj arbitražne odluke neophodna dvostepenost, odnosno da je obavezno obezbediti pravo na žalbu. Učinićemo to, prvo, tumačenjem ustavne i konvencijske norme, a zatim i pogledom na uporedno pravo koji će pokazati da teza zagovornika dvostepenosti zasnovana na Evropskoj konvenciji nije tačna, inače bi mnoge države u Evropi bile odgovorne pred Sudom za ljudska prava zbog povrede tog načela svojim nacionalnim arbitražnim zakonodavstvom.

Jezičko tumačenje ustavne norme je jednostavno. Ustav pominje žalbu ili drugo pravno sredstvo pojedinca.[16] Takvo pravno sredstvo mora da postoji protiv

---

[14] Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Sl. list SCG – Međunarodni ugovori", br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i "Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 12/2010 i 10/2015, čl. 13: „Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu."

[15] To možemo uporediti sa zemljama germanskog pravnog kruga u kojima je u Zakoniku o građanskom parničnom postupku, u delu koji reguliše arbitražu, uređena i stvarna nadležnost sudova u vezi sa arbitražnm postupkom (§ 1062 Nemačkog zakona o građanskom parničnom postupku i § 615 Austrijskog zakona o građanskom parničnom postupku).

[16] Ustav Republike Srbije, čl. 36 st. 2: „Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu." Norma je široko formulisana („svako") tako da obuhvata domaća i strana fizička i pravna lica.

odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Ustav ne ograničava to pravo na osporavanje sudske odluke nego garanguje mogućnost osporavanja bilo koje odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Naslov iznad člana 36 Ustava koji sadrži ovu odredbu glasi: „Pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo". Nameće se sledeći zaključak: budući da je odluka arbitara doneta u Srbiji po zakonu izjednačena sa pravnosnažnom odlukom suda tu odluku treba smatrati „odlukom kojom se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu pojedinca" u smislu člana 36, stav 2 Ustava. Protiv te odluke zakonom je predviđeno pravno sredstvo: tužba za poništaj arbitražne odluke. Zahtevi pravne zaštite i postojanja prava na pravno sredstvo zadovoljeni su postojanjem tog pravnog sredstva. Nije nužno da se predvidi više od toga (pravo na žalbu protiv odluke suda o poništaju).

Ciljno tumačenje vodi nas do istog zaključka. Vladajuće shvatanje o smislu prava na pravno sredstvo kod nas može da se sublimira ovako: prvo, pravo na pravno sredstvo je garantija dvostepenosti, a ne trostepenosti; drugo, smisao prava je da se obezbedi kontrola rada sudećeg tela i otklanjanje njegovih grešaka.[17] Praksa Ustavnog suda je takođe na poziciji da trostepenost nije ustavnopravno zagarantovana.[18] Međutim, ni garancija dvostepenosti nije apsolutna, odnosno stranka je se može odreći.

Arbitraža se ugovara u sporovima o pravima kojima stranke slobodno raspolažu. Zakon dopušta strankama da u takvim sporovima sporazumno isključe nadležnost državnog suda, odnosno da se odreknu svog prava na pristup državnom sudu garantovanog članom 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i članom 32 Ustava. To proističe iz obaveze suda da se oglasi nenadležnim i da odbaci tužbu u stvari koja je predmet arbitražnog sporazuma.[19] Shodno tome, u predmetima koji su obuhvaćeni arbitražnim sporazumom o pravima i obavezama stranaka o njihovim na zakonu zasnovanim interesima ne rešava sud već arbitri.[20] Arbitražnu odluku stoga moramo posmatrati kao ekvivalent sudske odluke, što je zakonodavac i predvideo za domaće arbitražne odluke. Štaviše, zakonodavac je priznao ovoj odluci svojstvo pravnosnažnosti, mada u arbi-

---

[17] Marko Knežević, O žalbi protiv presude u postupku u sporu male vrednosti , Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 4/2012, p. 385, 393 i sled. = M. Knežević, Zur Berufung gegen das Urteil im serbischen Bagatellverfahren, in: FS für Simotta, Wien 2012, 317 ff.

[18] Za presek stanja o doktrini Ustavnog suda videti Marko Knežević, Umešač s položajem običnog suparničara, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 2013, p. 616-625. Videti takođe Odluku Ustavog suda IUz-2/2010 od 14.03.2013. godine: „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." Odluka Ustavog suda IUz-2/2010 od 14.03.2013.godine.

[19] Zakon o arbitraži, član 14. Slična obaveza suda postoji na osnovu člana II Njujorške konvencije.

[20] Zakon o arbitraži, član 4.

tražnom postupku po pravilu nije predviđeno pravo na žalbu, odnosno dvostepenost odlučivanja. To znači da se ugovaranjem arbitraže, ugovorne strane odriču i žalbe koja inače postoji u građanskom parničnom postupku. Ovo je moguće jer u sporovima o pravima kojima stranke slobodno raspolažu ne postoji javni interes koji bi sprečio odricanje od žalbe u korist efikasnosti.

Svakako, i u odnosu na arbitražnu odluku mora da se ostvari cilj proklamovan Ustavom, odnosno da se obezbedi pravno sredstvo protiv te odluke jer se njome „odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu pojedinca". Međutim, to pravno sredstvo ne mora biti žalba budući da se cilj ustavne norme da se stranci pruži prilika da ospori odluku, što se može ostvariti i drugim pravnim sredstvom, a ne samo žalbom – u ovom slučaju tužbom za poništaj.

Predmet spora po tužbi za poništaj je ispitivanje jedne pravnosnažne odluke, pa postupak po toj tužbi nije klasična parnica definisana u smislu člana 1 Zakona o parničnom postpupku, već nešto drugo. To što ima formu „tužbe", i što se njome inicira parnični postupak nije relevantno za određivanje suštine ovog instrumenta. Presudom se može usvojiti tužbeni zahtev i arbitražna odluka delimično ili u celini poništiti, ali se ne može preinačiti. Ne može se meritorno rešavati o sporu. Činjenica da je reč o postupku osporavanja i ispitivanja pravnosnažne odluke navela je pojedine autore da tretiraju tužbu za poništaj arbitražne odluke kao vanredni pravni lek.[21] Bez obzira na neke sličnosti sa postupkom po vanrednim pravnim lekovima, čini nam se da više osnova ima za to da se tužba za poništaj posmatra kao posebno pravno sredstvo ustanovljeno upravo za potrebe specifičnog (arbitražnog) postupka.

U svakom slučaju, bez obzira na to da li je reč o posebnom ili vanrednom pravnom sredstvu, cilj ustavne norme je njime zadovoljen, jer neko drugi, i to ovde sud, pa još i najviši po našem predlogu,[22] dolazi u situaciju da ispita odluku i reaguje na greške arbitražnog suda koji je doneo odluku. Razlozi zbog kojih se arbitražna odluka može pobijati po tužbi za poništaj, mada jesu ograničeni, ipak su dovoljni da obezbede zaštitu osnovnih prava stranke i proveru postojanja arbitražnog sporazuma. Više od toga bi bilo suvišno jer se stranka (pod pretpostavkom da je arbitražni sporazum punovažan) odrekla svog prava na pristup pravosuđu koristeći ovlašćenje koje joj je zakonodavac dao. Prema tome, zahtev člana 36, stav 2 Ustava, da stranka ima pravno sredstvo protiv arbitražne odluke, zadovoljen je u ovom specifičnom slučaju, postojanjem tužbe za poništaj.

Sličan zaključak može se izvesti iz člana 13 Konvencije o zaštiti ljudskih prava. Ova odredba reguliše pravo na delotvorno pravno sredstvo koje se mora predvideti pred nacionalnim organima vlasti u slučaju da su prava i slobode pojedinca garantovani tom Konvencijom povređeni. U srpskom prevodu ove odredbe

[21] Videti Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku, Beograd 2009, 1194.

[22] Naš je predlog da o toj tužbi odlučuje najviši sud – Vrhovni kasacioni sud, po ugledu na savremena rešenja iz uporednog prava o kojima će dalje biti reči.

potkrala se greška jer se navodi da svako „ima pravo na delotvoran pravni lek" (bolje bi bilo delotvorno pravno sredsvo), „bez obzira na to jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu", a u originalu piše i trebalo je prevesti „bez obzira što su povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu".[23] Čak i ako bi se tvrdilo da pravno sredstvo za zaštitu prava garantovanih konvencijom mora da postoji i kada su povredu konvencije izvršila lica koja ne postupaju u službenom svojstvu kao što su arbitri,[24] tužba za poništaj sama po sebi ispunjava uslov postavljen u članu 13 Konvenije, jer bi protiv eventualne povrede prava garantovanih Konvencijom u arbitražnom postupku u Srbiji postojalo pravno sredstvo – na povredu takvih prava sud bi se mogao pozvati kao razlog za poništaj arbitražne odluke usled povrede javnog poretka.[25] Nema sumnje da norme Evropske konvencije obuhvataju osnovne vrednosti domaćeg poretka koje bi sud morao da zaštiti po službenoj dužnosti, pozivanjem na klauzulu javnog poretka u odluci o poništaju. Delotvoran pravni lek protiv eventualnih povreda Konvencije u arbitražnom postupku je na taj način obezbeđen.[26]

U tom kontekstu, može se postaviti pitanje da li je u postupku za poništaj ipak neophodno predvideti žalbu upravo da bi se obezbedilo delotvorno pravno sredstvo protiv odluke suda u smislu člana 13 Evropske konvencije. Naime, za eventualne povrede Konvencije koje učini sud odlučujući o poništaju arbitražne odluke svakako se može reći da ih je učinilo lice koje je postupalo u službenom svojstvu, te tako one ulaze u polje primene člana 13. Po našem mišljenju, Evropska konvencija ne obavezuje državu da predvidi pravo na žalbu protiv svake odluke suda, pa ni protiv odluke suda u postupku za poništaj arbitražne odluke.[27] Dvostepenost sudskog postupka nije jedini način da se zaštiti konvencijska garancija delotvornog pravnog sredstva.[28] Ukoliko bi sud, odlučujući po tužbi za poništaj, eventualno povredio

---

[23] U originalu „*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*."

[24] Ima mišljenja u hrvatskoj doktrini da arbitri postupaju kao nosioci javnih ovlašćenja. Videti Krešimir Musa, Tužba radi poništaja presude izbranog suda, p. 26 http://vtsrh.hr/uploads/Dokumenti/Tuzba_radi_ponistaja_presude_izbranog_suda1.pdf

[25] Zakona o arbitraži, čl. 58, st. 2, t. 2.

[26] Prema praksi Evropskog suda za ljudska prava ispunjen bi bio osnovni uslov, a to je podobnost pravnog sredstva da dovede do uklanjanja povrede ljudskog prava, s obzirom na to da se arbitražna odluka poništava. O toj doktrini vidi Aleksadar Jakšić, *Evropska Konvencija o ljudskim pravima,* Komentar, Beograd 2006, br. 30 i sled. uz čl. 13.

[27] Opširnije o smislu pojma delotvorno pravno sredstvo iz člana 13 Evropske konvencije: Sanja Đajić, Victims and Promise of Remedies: International Law Fairytale Gone Bad, 9 San Diego Int'l L.J. 329 2007-2008, p. 336-337.

[28] Videti o tome opširnije: Rodoljub Etinski, Pravo na delotvoran pravni lek u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2004, p. 429. Prema praksi Evropskog suda, *right to remedy* ne znači pravo na žalbu (p. 430), pravno sredstvo ne mora nužno da bude sredstvo pred sudom (p. 456) i ne zahteva se neposredna primena ove odredbe u unutrašnjem pravnom sistemu (p. 457).

prava i slobode pojedinca garantovane Konvencijom, opet bi u domaćem pravnom sistemu postojalo delotvorno pravno sredstvo protiv takve povrede – ustavna žalba.[29] Ustavnom žalbom mogu se osporavati odluke Vrhovnog kasacionog suda usled povrede ljudskih prava nezavisno od toga da li su ta prava izričito predviđena Ustavom ili su u domaći pravni sistem uneta ratifikacijom međunarodnog ugovora, kao što je Evropska konvencija.[30] Ustavna žalba je dostupna kako domaćim tako i stranim fizičkim licima i predstavlja značajno pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava.[31] Prema odluci Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Vinčić protiv Srbije, ustavna žalba predstavlja delotvorno pravno sredstvo.[32]

U praksi Suda za ljudska prava se ne može naći nijedna odluka kojom bi država bila proglašena odgovornom za kršenje člana 13 zbog toga što nije obezbedila pravo na žalbu protiv odluke suda o poništaju arbitražne odluke. Moguće je da takvo pitanje nije ni postavljeno, jer je odgovor unapred jasan. Naime, nedavno je Sud za ljudska prava doneo odluku da se čak ni pravo na odricanje od zahteva za poništaj arbitražne odluke na osnovu člana 192 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu, ne može smatrati suprotnim članu 13 Evropske konvencije.[33] Tim pre se ne može smatrati da je jednostepeno odlučivanje o poništaju protivno Konvenciji.

UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

Još jedan, posredan dokaz da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava ne obavezuje na dvostepenost u sudskom odlučivanju o poništaju arbitražne odluke nalazimo u zakonodavstvu više evropskih država koje propisuju koncentraciju nadležnosti kod samo jednog (obično vrhovnog) suda za odlučivanje o ovoj vrsti stvari ili ograničavaju pravo na žalbu protiv odluke prvostepenog suda pravom na diskrecionu ocenu dopuštenosti žalbe od strane višeg suda.

Iznećemo četiri primera, za koje mislimo da ubedljivo dokazuju da je strah naših stručnjaka da će jednostepeno odlučivanje o poništaju arbitražne odluke predstavljati kršenje međunarodnih obaveza naše zemlje, neopravdan.

---

[29] Bosa Nenadić, Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, 17,02.2010,

http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=383%3Austavna-alba-kao-pravno-sredstvo-za-zatitu-ljudskih-prava-i-osnovnih-sloboda-urepublici-srbiji-link&catid=83%3Aopte&Itemid=1

[30] Ibidem.

[31] Sanja Đajić, Ustav, sudovi i međunarodno pravo: kritički osvrt na tumačenje međunarodnog prava Ustavnog suda Republike Srbije, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava, ur. Ranko Keča, Novi Sad, 2013, str. 363-381.

[32] *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 44698/06..., 2.03.2010, pasus 51.

[33] Vidi o tome opširnije u daljem tekstu.

Polazimo od Švajcarske, omiljene arbitražne destinacije naših privrednika (uprkos velikoj skupoći), jer je to jedna od prvih zemalja koja je oslobodila arbitražu zagrljaja suda i tereta dugotrajnog parničenja. Zakon o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske (1987), uređuje između ostalog i međunarodnu arbitražu, u članovima 176-194.[34] Član 191 Zakona predviđa da je arbitražna odluka doneta u Švajcarskoj, u međunarodnoj arbitraži konačna (*définitif*). Jedino pravno sredstvo (*recours*) protiv nje postoji pred Saveznim sudom Švajcarske koji je nadležan da odlučuje o njenom poništaju u postupku koji je uređen posebnim Zakonom o Saveznom sudu od 17. juna 2005. godine. Član 192 predviđa mogućnost da se i ovo pravno sredstvo isključi sporazumom stranaka, pod uslovom da je reč o „potpuno međunarodnoj arbitraži", odnosno kada nijedna od stranaka nema prebivalište, sedište ili uobičajeno boravište u Švajcarskoj. Takav sporazum o isključenju nadležnosti suda može biti sastavni deo arbitražnog sporazuma ili se nalaziti u kasnijem pisanom ugovoru. Takođe, ugovorne strane mogu da ograniče razloge iz kojih se može tražiti poništaj koji su navedeni u članu 190, stav 2. Međutim, ako takva odluka, kasnije treba da se izvrši u Švajcarskoj, tretira se kao inostrana arbitražna odluka i neophodno je da bude prvo priznata da bi mogla da se prinudno izvrši. O priznanju se, na osnovu izričite zakonske odredbe (član 192, stav 2 Švajcarskog ZMPP), rešava shodnom primenom Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (1958). Naravno, ne treba posebno napominjati da je Švajcarska članica Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i da ima dugu ustavnu tradiciju garantovanja delotvornog pravnog sredstva. Treba dodati da je švajcarski Savezni sud, odlučujući po zahtevima za poništaj arbitražnih odluka, stvorio respektabilnu sudsku praksu koja se uvažava u inostranstvu i vrši uticaj na druge pravne sisteme ne samo u Evropi nego i u celom svetu.[35] Njegove odluke su dobro obrazložene kako to dolikuje vrhovnom sudu jedne zemlje i po pravilu su u korist arbitraže. Poništaji švajcarskih arbitražnih odluka su retki. Nema sumnje da je i ta sudska praksa doprinela pravnoj sigurnosti arbitraže u Švajcarskoj. Zahvaljujući tome se jedan veliki broj subjekata iz drugih zemalja odlučuje za Švajcarsku kao mesto arbitraže, što značajno doprinosi zaposlenosti i prosperitetu tamošnje advokatske i pravničke profesije.

Nedavno je pred Sudom za ljudska prava pokrenut postupak protiv Švajcarske u predmetu vezanom za poništaj arbitražne odluke.[36] Tužilac je bio Nuredin

[34] Loi fédérale sur le droit international privé dostupan na adresi: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html

[35] Sudska praksa dostupna je besplatno, u punom tekstu na francuskom i nemačkom jeziku na vebsajtu Saveznog suda http://www.bger.ch/fr/jurisdiction-recht, a švajcarski pravnici su se postarali da ona bude dostupna i na engleskom jeziku. Jedan vebsajt sadrži preko 200 prevoda odluka Saveznog suda o arbitraži http://www.swissarbitrationdecisions.com/. Takođe, odluke Saveznog suda redovno se komentarišu u časopisu Švajcarskog udruženja za arbitražno pravo, *ASA Bulletin* http://www.arbitration-ch.org/en/publications/asa-bulletin/index.html.

[36] Tabbane c. Suisse, requête n o 41069/12, 24 mars 2016.

Taban (*Noureddine Tabban*), državljanin Tunisa koji se pozvao na kršenje prava na pravično suđenje do koga je došlo usled uskraćivanja prava na poništaj arbitražne odluke MTK (ICC) donete u Švajcarskoj. Arbitražni spor je bio vezan za ugovor o ortakluku koji su on i njegovi sinovi zaključili sa francuskim privrednim društvom Kolgejt-Palmoliv. Arbitražno veće koje su činili državljani Ujedinjenog Kraljevstva, Irske i Tunisa, donelo je odluku u korist francuskog društva 2011. godine. Nuredin Taban je pokrenuo postupak za poništaj arbitražne odluke pred Švajcarskim saveznim sudom, ali je zahtev odbačen, s pozivom na član 192 Švajcarskog zakona o međunarodnom privatnom pravu, jer su se stranke u ugovoru sporazumele da se odriču prava na osporavanje arbitražne odluke pred sudom. Taban je zatim podneo predstavku Sudu za ljudska prava, pozivajući se na povrede članova 6 i 13 Evropske konvencije, odnosno na povrede prava na pristup sudu, na pravično suđenje i na delotvorno pravno sredstvo. Sud za ljudska prava je odbacio predstavku kao nedopuštenu sa obrazloženjem da član 192 Švajcarskom ZMPP ne obavezuje stranke da se odreknu prava da traže ispitivanje arbitražne odluke, već im samo daje pravo na odricanje. Po mišljenju Suda, član 192 Švajcarskog ZMPP ima legitiman cilj koji je izraz zakonodavne politike da se poveća privlačnost i efikasnost međunarodne arbitraže u Švajcarskoj i da se Savezni sud Švajcarske rastereti predmeta. Ova odluka je jasan pokazatelj da Evropski sud za ljudska prava ne smatra da je apsolutno neophodno da stranka ima delotvorno pravno sredstvo protiv arbitražne odluke: ako je zakonodavna politika koja omogućava odricanje od prava na ispitivanje arbitražne odluke legitimna, tim pre je legitimna zakonodavna politika koja to ispitivanje ograničava na jedan pokušaj, doduše pred najvišim sudom u zemlji.

Sledeći primer je Engleska, zemlja koja je donela Zakon o arbitraži 1996. godine.[37] Na osnovu člana 68, stav 3 i člana 69, stav 7, sud svoju nadležnost da oglasi odluku ništavom ili bez dejstva sme da koristi samo ako je utvrdio da bi bilo necelishodno vratiti sporno pitanje na ponovno razmatranje arbitražnom sudu. Vraćanje predmeta na ponovno razmatranje arbitražnom sudu je po zakonu preferirana odluka. To je deo engleske pravne tradicije koja predstavlja pandan članu 34, stav 4 Model zakona UNCITRAL-a. Smatra se da odluka o vraćanju ima manje drastične posledice i da se njome nanosi manja šteta strankama nego poništajem arbitražne odluke.[38] U odluci engleskog suda o vraćanju predmeta navodi se da li se od arbitražnog suda traži da preispita samo određene delove arbitražne odluke ili odluku u celini u roku od tri meseca, s tim da sud može odrediti i duži ili kraći rok. Deo odluke koji treba preispitati gubi pravno dejstvo, te

[37] Zakon je dostupan u originalu na vebstranici: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/68. Za srpski prevod videti: Maja Stanivuković, Engleski zakon o arbitraži, Arbitraža 2001, str. 121-178;

[38] V. V. Veeder; Ricky H. Diwan, National Report for England and Wales (2015), p. 68.

arbitražni sud mora ponovo da odluči o pitanjima koja su mu vraćena. Preostali delovi odluke koji nisu vraćeni na ponovno odlučivanje, ne mogu se preispitivati.[39]

Ako ipak bude doneta odluka suda o poništaju arbitražne odluke donete u Engleskoj, protiv te odluke postoji pravo žalbe samo ako to dozvoli sud.[40] Protiv odluke suda o vraćanju predmeta arbitražnom sudu na ponovno preispitivanje takođe se može uložiti žalba samo uz dozvolu suda. U oba slučaja, ako sud dozvoli žalbu, o žalbi odlučuje engleski apelacioni sud (*Court of Appeals*). Napominjemo da i naš Zakon sadrži odredbu kojom se sudu omogućava da vrati predmet na odlučivanje arbitražnom sudu,[41] ali koliko nam je poznato ova odredba, preneta iz Model zakona UNCITRAL-a i inkorporisana u domaći pravni sistem, nije do sada našla primenu praksi.

U Austriji je jednostepenost postupka za poništaj arbitražne odluke odskora uvedena – tek 1. januara 2014. godine, paragrafom 615 Austrijskog zakona o građanskom parničnom postupku. UNCITRAL-ov Model zakon usvojen je u ovoj zemlji relativno kasno – 2006. godine, kao sastavni deo nacionalne procesnopravne kodifikacije.[42] U cilju promovisanja Austrije i Beča, kao arbitražnih lokacija, vrlo brzo je novi zakon ponovo menjan, da bi se trostepenost odlučivanja o poništaju arbitražne odluke zamenila jednostepenošću i koncentracijom postupka kod Vrhovnog suda. Za tužbu za poništaj arbitražne odluke kao i za tužbu za utvrđivanje postojanja ili nepostojanja arbitražne odluke kao i za pomoć u konstituisanju arbitražnog suda, nadležan je isključivo Vrhovni sud Austrije. U okviru Vrhovnog suda formirano je novo (18.) veće koje je nadležno za arbitražne predmete.[43] Preduslov za odlučivanje Vrhovnog suda jeste da su austrijski sudovi međunarodno nadležni što se utvrđuje na osnovu paragrafa 577, stavova 1-3 Zakona o građanskom parničnom postupku. Komentatori austrijskih arbitražnih propisa navode da je ovo veoma progresivno rešenje koje je uz to i „*arbitration friendly*“.[44] Postoje ipak neki izuzeci od jednostepenosti: potrošačke arbitraže na osnovu paragrafa 617 Zakona o građanskom parničnom postupku i radnopravne arbitraže, na osnovu paragrafa 618, gde je zadržano ranije trostepeno odlučivanje. Pored toga,

---

[39] Ibidem, p. 69.

[40] Engleski zakon o arbitraži, čl. 67, st. 4 i čl. 68 st. 4, čl. 69 st. 8.

[41] Zakon o arbitraži, član 60: „Sud pred kojim je podneta tužba za poništaj može da, na zahtev stranke, zastane sa postupkom da bi omogućio arbitražnom sudu da preduzme radnje koje oceni kao potrebne da bi se otklonili razlozi za poništaj.“

[42] Zvaničan naziv novele Zakona o građanskom parničnom postupku glasi: „Savezni zakon kojim se arbitražni postupak u Zakonu o građanskom parničnom postupku nanovo uređuje, odnosno kojim se menjaju Uvodni zakon za Zakon o građanskom parničnom postupku, Juridikciona norma, Zakon o radnim i socijanim sudovima, Zakon o organizaciji sudova i Zakon o sudijskoj službi“. Ovaj pristup austrijskog zakonodavca bi mogao da bude model za promenu domaćeg zakonodavstva koje je od značaja za arbitražu – odnosno, menjanje svih relevantnih normi jednim zakonodavnim aktom.

[43] Gerold Zeiler, Austrian Arbitration Law, Commentary, Vienna, Graz 2016, p.232.

[44] Ibidem, p.233.

jedna odredba ozbiljno dovodi u pitanje isključivu nadležnosti Vrhovnog suda. Naime, prema paragrafu 613 uprkos tome što nije doneta presuda o poništaju, nijedan austrijski sud ili organ uprave u bilo kom postupku, pa ni u izvršnom postupku, neće priznati svojstvo pravnosnažnosti arbitražnoj odluci ukoliko postoji razlozi za poništaj na koje sud pazi po službenoj dužnosti (nearbitrabilnost ili povreda javnog poretka). To znači da i drugi sudovi i organi uprave, a ne samo Vrhovni sud imaju nadležnost da ispituju ova dva razloga za poništaj. Međutim, ako je Vrhovni sud odlučivao o ovim razlozima po tužbi za poništaj i odbio tužbu, ostali sudovi i organi uprave moraju prihvatiti pravnosnažnost date arbitražne odluke.[45]

Poslednji primer koji ćemo navesti je Holandija, takođe jedna od arbitražnih sila u usponu. Često se ističe da je ona međunarodno arbitražno čvorište (*international arbitration hub*). Ova zemlja ima znatne koristi od toga što se u njoj nalazi Stalni arbitražni sud koji poslednjih godina administrira sve veći broj visokoprofilisanih sporova. Pored toga, Holandija ima dugu tradiciju kao arbitražna lokacija zbog razvijenog i stabilnog trgovačkog prava i poliglotskih arbitara i pravnika. Međutim, holandski pravnici i dalje rade na unapređenju svog arbitražnog prava kako bi se još bolje pozicionirali u okolnostima stalnog takmičenja između svetskih arbitražnih centara za što veći udeo u kolaču. Tako su 1. januara prošle godine, posle više internetskih konsultacija, sastanaka i konferencija usvojene izmene Zakona o arbitraži iz 1986. godine. Isto kao i u Austriji, holandski zakon o arbitraži je sastavni deo nacionalnog Građanskog procesnog zakonika.[46] Jedna od najvažnijih novina uvedenih 2015. godine je skraćivanje postupka za poništaj arbitražne odluke.[47] Prvo, raniji trostepeni postupak postao je dvostepen.[48] Drugo, postupak za poništaj se sada pokreće pred apelacionim sudovima kojih ima četiri, dok se po ranijim propisima pokretao pred okružnim sudovima kojih je jedanaest.[49] Treće, protiv odluke apelacionog suda postoji pravo na žalbu Vrhovnom sudu, ali ga ugovorne mogu sporazumno isključiti osim ako je jedna od njih potrošač.[50] Pored toga, pravo na žalbu postoji samo iz pravnih, a ne i činjeničnih razloga. Nije zanemarljiva ni novouvedena mogućnost da sud koji odlučuje o poništaju zastane sa postupkom i vrati predmet arbitražom sudu kako bi mu

[45] Ibidem, p. 219.

[46] Holandski Zakonik o građanskom postupku, Knjiga četiri (članovi 1020-1076). Zakon o arbitraži nije zasnovan na UNCITRAL-ovom modelu.

[47] Barbara Rumora-Scheltema and Bo Ra Hoebeke, The New Dutch Arbitration Act 2015, February 25, 2015, Kluwer Arbitration Blog, http://kluwerarbitrationblog.com/2015/02/25/the-new--dutch-arbitration-act-2015/

[48] Wouter de Clerk, Revised Netherlands Arbitration Act: Ready for 2015 and Beyond – 4 essential changes International Arbitration Newsletter, 22 September 2014
https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2014/09/international-arbitration-newsletter-q3-2014/revised-netherlands-arbitration-act/

[49] Ibidem.

[50] Holandski zakon o arbitraži, član 1064a.

omogućio da otkloni razlog za poništaj i izmeni arbitražnu odluku.[51] Tako izmenjena arbitražna odluka će onda biti predmet odlučivanja suda u nastavku postupka za poništaj. Ističe se da će uvođenje ovih novina skratiti vreme odlučivanja o poništaju za jednu do dve godine. Pored toga, poboljšaće se kvalitet sudske kontrole, jer će u prvom stepenu o tužbenom zahtevu odlučivati tročlano veće apelacionog suda, za razliku od ranije situacije kada je o tome odlučivao sudija pojedinac u okružom sudu. Takođe, smatra se da će smanjivanje broja sudova koji će se baviti ovim tužbenim zahtevima dovesti do veće ujednačenosti sudske prakse.[52]

Navedeni primeri ne samo što opovrgavaju tezu da je dvostepenost nužan uslov zaštite ljudskih prava u postupcima odlučivanja o poništaju arbitražne odluke, već lepo demantuju i drugu pogrešnu tezu, a to je da se odredbe o stvarnoj nadležnosti moraju bez izuzetka sistematizovati u posebnim zakonima da bi pravni sistem bio funkcionalan.

PREDLOG REŠENJA ZA SRBIJU

Naše zakonodavstvo o arbitraži bi takođe trebalo usavršiti po ugledu na novije uporednopravne izvore. Odlučivanje o poništaju arbitražne odluke treba poveriti manjem broju sudova, da se obezbedi specijalizacija i koncentracija nadležnosti[53] i da se onemogući odugovlačenje postupka. Prema važećim propisima, postupak za poništaj se po pravilu pokreće pred privrednim sudovima kojih ima 16.[54] Ukoliko arbitražna odluka nije doneta u privrednopravnoj materiji, nadležan je osnovni ili viši sud što ima za posledicu da je potencijalno nadležno ukupno 91 (66 + 25) sudova u Srbiji.[55] Nadležnost je, shodno tome, i stvarno i mesno previše razuđena. Protiv odluke prvostepenog privrednog suda postoji pravo žalbe Privrednom apelacionom sudu, a protiv odluke osnovnog ili višeg suda Apelacionom sudu. Protiv odluke Privrednog apelacionog suda i Apelacionog suda postoje vanredni pravni lekovi. Ovo u praksi vodi dvostepenom, a ponekad i trostepenom odlučivanju.[56]

---

[51] Holandski zakon o arbitraži, član 1065a.

[52] Wouter de Clerk, Revised Netherlands Arbitration Act: Ready for 2015 and Beyond – 4 essential changes International Arbitration Newsletter, 22 September 2014
https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2014/09/international-arbitration-newsletter-q3-2014/revised-netherlands-arbitration-act/

[53] Koncentracija radi specijalizacije nije strana našem pravnom poretku. Videti Zakon o sedištima i područjima sudova i javnih tužilaštava, čl. 4, st. 2 i 3 i čl. 5 st. 2. Videti takođe stav GO VKS Bilten 1/2015, str. 313-317.

[54] Zakon o sedištima i područjima sudova, čl. 5.

[55] Zakon o sedištima i područjima sudova, čl. 3 U praksi za sada je vrlo mali broj arbitražnih odluka donetih van privrednopravne materije.

[56] Videti na primer odluke Privrednog apelacionog suda (ranije Višeg privrednog suda): Presuda Pž 1619/2015(2) od 21.12.2015. godine, Presuda 8 PŽ 2765/13od 23.01.2014 , Presuda 6 Pž 11019/11od 1.02.2012. godine, Presuda 6 Pž 2545/10od 14.04.2010. godine. Zabeleženo je i nekoliko

Arbitražna odluka doneta u Srbiji je po zakonu pravnosnažna i izvršna (Zakon o arbitraži čl. 64, st. 1). Zbog toga bi sudska provera kojoj se ona podvrgava u postupku za poništaj trebalo da bude jednostepena, a ne dvostepena ili trostepena, kao što je sada predviđeno. U prilog tome govore i razlozi za poništaj iz člana 58, koji se većinom odnose na ocenu pravnih pitanja. U sadašnjim okolnostima se po tužbi za poništaj praktično vodi novi postupak pred sudom, čime se prednosti ugovaranja arbitraže (efikasnost, uštede u troškovima, rasterećenje sudova, neutralnost sudovanja u slučaju stranaka iz različitih država), u velikoj meri anuliraju. Stranka koja je izgubila u arbitražnom postupku može na taj način da nametne svom protivniku nepotrebne dodatne troškove. Privrednici i preduzetnici koje ugovore arbitražu očekuju efikasan sistem rešavanja spora koji će im omogućiti da brzo stave tačku na spor i nastave zajedničko poslovanje.

ZAKLJUČAK

Bez obzira što se načelno protivimo stalnim izmenama zakona, zaključak ovog rada je da Zakon o arbitraži treba menjati da bi se omogućilo upotpunjavanje zakonskih normi odgovarajućom sudskom praksom i da bi se povećala efikasnost arbitraže kao načina rešavanja sporova. Osnovni pravci zakonodavne promene su sledeći:

Najpre, u Zakon o arbitraži treba uvrstiti i odredbe o stvarnoj nadležnosti suda za odlučivanje o tužbama za poništaj. Zatim, treba predvideti jednostepenost odlučivanja o takvim tužbama. Konačno, odlučivanje o poništaju treba poveriti najvišoj sudskoj instanci – Vrhovnom kasacionom sudu. To proističe ne samo iz uporednopravnog argumenta, već i iz funkcije Vrhovnog kasacionog suda u domaćem pravnom sistemu. Bilo koji drugi sud, ukoliko bi se prihvatila jednostepenost, ne bi došao u obzir jer bi se time onemogućio Vrhovni kasacioni sud da obavlja svoju funkciju ujednačavanja sudske prakse.

Poboljšanjem pravne regulative u ovoj oblasti, stvoriće se uslovi za dobru sudsku praksu i porašće poverenje u arbitražu u Srbiji. Na taj način, omogućiće se privrednim društvima koja imaju sedište u Srbiji da u pregovorima sa domaćim i stranim partnerima ponude stvarnu alternativu ugovaranju arbitraže u inostranstvu. Pored toga, možda će se ostvariti i neke druge koristi. Srbija ima određene predispozicije da postane regionalni centar za arbitražu: saobraćajno je povezana, jezički je raznolika, ima solidno zakonodavstvo o arbitraži i veliki broj dobrih poznavalaca arbitražnog prava. Nedostaje samo razvijena sudska praksa o primeni tog prava. Jednostepenost odlučivanja o poništaju i koncentracija nadležnosti kod najvišeg suda pomogle bi da se i ova poslednja karika popuni.

---

odluka Vrhovnog kasacionog suda: Rešenje Prev 66/12 od 30. maja 2013. godine, Presuda Prev 483/10 od 8.12.2011. godine i Vrhovnog suda Srbije: Presuda Prev 350/08 od 1.10. 2008. godine.

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

How Many Court Instances Should Decide on Setting Aside of Arbitral Awards?

Abstract: *In this paper, the author considers the arguments for introducing new solutions in the present Arbitration Act of Serbia (2006) with regard to proceedings for setting aside of an arbitral award. It explains the main reasons that lead to the current situation where jurisdiction for setting aside is largely regulated by provisions of other statutes rather than the Arbitration Act. The current legislative framework indirectly provides for two, and possibly three instances of judicial review of an arbitral award. The author challenges the belief that the right to effective legal remedy provided in the Constitution and the Convention on the Protection of Human Rights requires the existence of the right of appeal against the first instance decision on the request for setting aside. She draws attention to advantages of conferring jurisdiction for setting aside to the highest court of the country. The proposed provisions should be included in the Arbitration Act rather then left to other statutes. Such legislative change will be conducive to uniformity of decision and will enhance development of domestic arbitration.*

Keywords: *Arbitration Act, Setting aside proceedings, Effective legal remedy.*

Datum prijema rada: 24.10.2016.

Originalni naučni rad 347.626:347.235
doi:10.5937/zrpfns50-12901

Dr Radenka M. Cvetić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

ZAJEDNIČKA SVOJINA SUPRUŽNIKA I SAVESNO STICANJE POUZDANJEM U KATASTAR NEPOKRETNOSTI*

Sažetak: *U radu je, polazeći od opšteg pojma zajedničke svojine i zajedničke svojine (imovine) supružnika, pažnja posvećena pravilima koja se odnose na raspolaganje nepokretnostima na kojima supružnici imaju zajedničku svojinu. Razmotreno je pitanje da li se bez postojanja izričitog pravila o zaštiti savesnog sticaoca u slučaju neovlašćenog raspolaganja zajedničara, može pružiti zaštita pozivom na načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti. Odnosno, da li je radi zaštite poverenja u pravnom prometu, izuzetno dozvoljeno sticanje prava svojine i drugih stvarnih prava od strane savesnog trećeg lica, kada su ispunjene opšte pretpostavke pod kojima se štiti pouzdanje u tačnost i potpunost javnog registra prava na nepokretnostima, a svojina nije bila upisana u javnom registru kao zajednička. Odgovor je dat u kontekstu nedostatka opštih pravila o zajedničkoj svojini imajući u vidu važeća pravila u zemljama u okruženju, načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti i stav najviše sudske instance u Republici Srbiji. Zaključak je da supružnik koji nije upisan u javni registar nije zaštićen u odnosu na savesnog sticaoca.*

Ključne reči: *zajednička svojina supružnika, pouzdanje u katastar nepokretnosti, savesno sticanje, sigurnost pravnog prometa.*

1. ZAJEDNIČKA SVOJINA

Uređenje međusobnih odnosa subjekata tzv. složenih svojinskih zajednica[1] veoma je odgovoran zadatak, jer se, u mnogim slučajevima, radi o odnosima nagla-

* Ovaj članak sadrži rezultate istraživanja u okviru projekta *Pravna tradicija i novi pravni izazovi,* koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

[1] Tradicionalno, reč je o susvojini, zajedničkoj svojini i etažnoj svojini. U određenom smislu, tu spada i zajednica nastala po osnovu tajm šeringa *(time-sharing),* koja se zasniva na podeli vremena

šene lične prirode. To dodatno otežava utvrđivanje pravila koja će omogućiti da se odnosi ne naruše, odnosno sporovi reše uz jednak tretman svih zainteresovanih subjekata. Latentna konfliktnost složenih svojinskih zajednica dodatno pojačava odgovornost za njihovo adekvatno uređenje u cilju predupređenja učestalih sporova, ali i obezbeđenja jasnih i preciznih pravila za njihovo rešavanje.

Zajednička svojina najčešće se određuje kao pravo svojine dva ili više lica (zajedničari) na nepodeljenoj stvari, pri čemu njihovi udeli nisu određeni, ali su odredivi.[2] Neopredeljenost udela zajedničara ima za posledicu poseban režim upravljanja i raspolaganja zajedničkom stvari i nemogućnost raspolaganja udelom dok postoji režim zajedničke svojine. Za razliku od susvojine, koja predstavlja čisto imovinsku zajednicu, zajednička svojina je uvek više od toga. Zajedničari su uvek u nekom vrlo bitnom ličnom odnosu, kako za njih same, tako i za društvenu zajednicu. Na sklad i postojanost njihovih ličnih odnosa najmanje bi trebala da ima uticaja pravna regulativa i zato se i predviđa poseban pravni režim u pogledu imovinskih dobara koja im pripadaju.

Zajednička svojina može nastati isključivo na osnovu zakona. Zakonodavac određuje koja lica i pod kojim uslovima mogu biti zajedničari, te kakav je njihov pravni položaj u toj zajednici. Zajedničkoj svojini u Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa[3] posvećena je jedna odredba (čl. 18). Određen je pojam zajedničke svojine i propisano da zajednička svojina može postojati u slučajevima i pod uslovima određenim zakonom. Najznačajniji slučajevi uređeni su Porodičnim zakonom[4] u okviru zajedničke imovine supružnika,[5] vanbračnih partnera[6] i članova porodične zajednice.[7] Pored toga, postoji zajednička svojina sanaslednika od momenta smrti ostavioca do deobe zaostavštine,[8] zatim zajednička svojina ostaviočevih potomaka, njegovog bračnog druga i roditelja na predmetima doma-

korišćenja određene stvari (otuda i naziv) između velikog broja lica. Bez obzira o kojem vidu se radi, složene svojinske zajednice su primer kolektivnog vršenja prava svojine, uprkos isključivosti ovog prava, kao njegove pojmovne karakteristike. Vid. Radmila Kovačević Kuštrimović u Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* Niš 2006, 208-210.

[2] Nikola Gavella u: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo,* Zagreb 2007, 721: „Kada više lica ima zajedničko vlasništvo neke stvari, ono im pripada svima zajedno, a niti jednome pojedinačno. Sva ta lica imaju zajedno to pravo vlasništva – među njima nije podeljena stvar, a ni pravo vlasništva, nego sva ona učestvuju u nepodeljenom subjektu prava vlasništva nepodeljene stvari kao da su svi oni zajedno jedan subjekt – kao da su svi zajedno jedan vlasnik."

[3] *Službeni list SFRJ,* br. 6/1980, 36/1990, *Službeni list SRJ,* br. 29/1996.

[4] *Službeni glasnik RS,* br. 18/2005, 72/2011-dr. zakon, 6/2015.

[5] Porodični zakon, čl. 171-181.

[6] Porodični zakon, čl. 191.

[7] Porodični zakon, čl. 195.

[8] Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS,* br. 46/1995, 101/2003-odluka USRS, 6/2015. Vid. čl. 229 *(Naslednička zajednica)* i čl. 231 *(Ustupanje naslednog dela pre deobe).*

ćinstva manje vrednosti, ako su sa ostaviocem živeli u istom domaćinstvu,[9] pravo zajedničke svojine roditelja na stvarima namenjenim detetu, ako vrše roditeljsko pravo zajednički,[10] pravo zajedničke (nedeljive) svojine vlasnika posebnih delova zgrade (etažnih vlasnika) na zajedničkim delovima zgrade i uređajima u zgradi.[11]

Pravila o zajedničkoj svojini, nezavisno od određenog vida, u Republici Srbiji već dugo postoje samo u vidu nacrta. U ovom momentu postoje dve radne verzije pokušaja kodifikacije stvarnog prava, u čijem sklopu se nalaze i opšta pravila o zajedničkoj svojini. Jedna je data u vidu zakona koji reguliše samo stvarnopravne odnose, *Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*[12], a druga u okviru kodifikacije građanskopravne materije, *Nacrt Građanskog zakonika*.[13] Imajući u vidu temu ovog rada, pažnju ćemo usmeriti samo na pravila o zajedničkoj svojini koja su od značaja za mogućnost savesnog sticanja pouzdanjem u registar nepokretnosti, u slučaju neovlašćenog raspolaganja od strane zajedničara.

Pravilo o sticanju svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnoj stvari od neovlašćenog zajedničara iz čl. 232, st. 1, tač. 2 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, glasi: *Savestan sticalac upisom u javnom registru stiče pravo svojine na nepokretnosti, koju je pravnim poslom pribavio uz naknadu od zajedničara koji su bili upisani kao vlasnici u javnom registru.*[14] Isto pravilo se primenjuje i na zasnivanje ograničenog stvarnog prava u odnosu na celu stvar (čl. 232, st. 2). Za temu ovog rada bitna su i pravila da za međusobne odnose zajedničara nije od značaja da li je zajednička svojina upisana u javni registar (čl. 226, st. 4), kao i da svaki zajedničar ima pravo da zahteva da pravo zajedničke svojine bude upisano u javnom registru (čl. 226, st. 5). Smatramo da u tom smislu treba posmatrati odnos važećih pravila o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom supružnika i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti, te sporove u kojima je angažovan interes trećeg lica rešavati isključivo na osnovu savesnosti ili nesavesnosti tog lica. O tome će biti reči u ovom radu.

---

[9] Zakonom o nasleđivanju, čl. 1, st. 3. Ovi predmeti domaćinstva (pokućstvo, nameštaj, posteljina i slično) koji služe svakodnevnim potrebama navedenih lica, ne čine zaostavštinu.

[10] Porodični zakon, čl. 183, st. 2.

[11] Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, čl. 19, st. 2.

[12] http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html, 20. decembar 2016, 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. Pravila o zajedničkoj svojini sadržana su u okviru Dela III *(Svojina),* glava E. *(Pravo zajedničke svojine),* čl. 226-240.

[13] http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php, 20. decembar 2016. Knjiga treća *(Stvarno pravo),* Deo prvi *(Pravo svojine),* Odeljak peti *(Modaliteti prava svojine / Pravo svojine više lica na jednoj stvari),* glava II *(Zajednička svojina),* čl. 1857-1867.

[14] Zajedničar koji je neovlašćeno raspolagao zajedničkom stvari odgovara svakom zajedničaru u dvostrukom iznosu štete koju trpi (čl. 229, st. 2).

Navedena pravila smatramo preciznijim od onog koje je sadržano u Nacrtu Građanskog zakonika (čl. 1862, st. 2): *Ako prilikom upisa prava svojine u zemljišnu knjigu okolnosti upućuju na mogućnost postojanja zajedničke svojine, zemljišnoknjižni sud može naložiti tražiocu da pruži dokaze da postoji isključiva, a ne zajednička svojina.* Ovakvo pravilo ostavilo bi previše prostora za procenu i odlučivanje organa nadležnog za vođenje javnog registra o pravima na nepokretnostima. Takva situacija dodatno postaje problematična u odnosu na realnost da je taj registar (katastar nepokretnosti) u Republici Srbiji u nadležnosti specijalizovane upravne organizacije (Republički geodetski zavod), a ne suda. Adekvatniji je, i kao što ćemo videti, zastupljeniji pristup da režim zajedničke svojine pruža dovoljno zaštite zajedničarima, a da se pri tome ne ugrozi sigurnost pravnog prometa.

I u Nacrtu Građanskog zakonika predviđeno je pravilo kojim se svakom zajedničaru priznaje pravo da zahteva upis zajedničke svojine na nepokretnosti u javni registar (zemljišnu knjigu) na ime svih zajedničara, kao njihovo zajedničko pravo svojine (čl. 1862, st. 1). Zakonom kojim se taj upis reguliše[15] predviđeno je da se zajednička svojina upisuje na ime svih zajedničara (čl. 76, st. 4) i da upis zajedničkih prava može zahtevati bilo koji od zajedničara u korist svih, na osnovu overenog ovlašćenja ostalih zajedničara (čl. 123, st. 4). Izostanak ovlašćenja od bilo kog zajedničara, predstavljao bi legitimaciju za vođenje spora, o čemu bi se mogla upisati zabeležba (čl. 82, st. 1, tač. 2 i st. 2-3). Time bi se sprečilo da treće lice savesno stekne pravo na nepokretnosti od zajedničara koji je upisan kao isključivi vlasnik.[16]

2. ZAJEDNIČKA SVOJINA SUPRUŽNIKA

2.1. Važeća regulativa u Republici Srbiji

Zajednička svojina supružnika je najčešći i u tom smislu najznačajniji vid zajedničke svojine. Naglašeni značaj ličnih odnosa supružnika, potreba očuvanja međusobnog poverenja i nezamenljivost učesnika zajednice, uslovili su potrebu propisivanja posebnog režima njihove zajedničke svojine (zajedničke imovine), povrh posebnog režima zajedničke svojine u odnosu na isključivu (individualnu) svojinu.

Bez pretenzije da se daju sveobuhvatni odgovori na brojna važna i interesantna pitanja vezana za režim zajedničke imovine supružnika, analiziraćemo samo ona pravila koja svoj značaj crpe iz teme ovog rada, tj. pravila koja se od-

[15] Zakon o državnom premeru i katastru, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015-odluka US, 96/2015.

[16] Vid. Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd 1996, 355: „Ako bračni drug koji nije upisan u zemljišne knjige pokrene tužbu za utvrđenje da je nepokretnost u zajedničkoj svojini, sudovi mu dozvoljavaju da zabeleži spor u zemljišne knjige i na taj način onemogući da treće lice savesno stekne pravo svojine na nepokretnosti od uknjiženog bračnog druga. Sudska praksa je u ovom pogledu potpuno ujednačena i izražena u dugom nizu odluka.“

nose na raspolaganje nepokretnostima na kojima supružnici imaju zajedničku svojinu.

Radi se, pre svega o pravilima iz čl. 174 Porodičnog zakona: (1) *Zajedničkom imovinom supružnici upravljaju i raspolažu zajednički i sporazumno.* (2) *Smatra se da poslove redovnog upravljanja supružnik uvek preduzima uz saglasnost drugog supružnika.* (3) *Supružnik ne može raspolagati svojim udelom u zajedničkoj imovini niti ga može opteretiti pravnim poslom među živima.* Režim zajedničke svojine podrazumeva nemogućnost za bilo kog zajedničara da raspolaže svojim udelom (otuđenje ili opterećenje), jer udeli, iako odredivi, nisu određeni. Momenat njihovog određenja na bilo koji način (idealno ili realno) znači kraj režima zajedničke svojine. Zbog neodređenosti udela upravljanje i raspolaganje vrši se zajednički i sporazumno.

Postavlja se pitanje sudbine raspolaganja koje je učinjeno protivno navedenom pravilu. Ograničićemo se samo na otuđenje ili opterećenje stvari koja je u zajedničkoj svojini supružnika. Odgovor bi trebao da bude jednostavan: raspolaganje je suprotno imperativnoj normi i to povlači njegovu ništavost.[17] Pravo svojine ili ograničeno stvarno pravo na stvari u zajedničkoj svojini kojom je jedan zajedničar neovlašćeno raspolagao ne može se steći na osnovu tog pravnog posla, već samo prema opštim pravilima o sticanju prava svojine od nevlasnika ili putem održaja.[18] Budući da je sticanje od nevlasnika ograničeno na sticanje prava svojine na pokretnim stvarima,[19] kada je u pitanju nepokretna stvar, savestan držalac bi se mogao pozvati samo na održaj kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi.[20]

Instituti sticanje od nevlasnika (neovlašćenog) i održaj zasnovani su na zaštiti savesnih učesnika pravnog prometa. Radi se o podrednim ili alternativnim načinima sticanja, koje zakonodavac izuzetno dopušta kada nedostaju uslovi za redovno sticanje, radi zaštite, po pravilu, savesnog sticaoca.[21] „Svaki vid podrednog sticanja služi ostvarenju nekog interesa za koji zakonodavac nalazi da preteže

---

[17] To dalje znači obavezu povraćaja u pređašnje stanje za slučaj da je došlo do izvršenja prestacija koje proističu iz ništavog pravnog posla, budući da ne postoji osnov takvog davanja, i pravo savesne strane na naknadu štete. Vid. opšta pravila o ništavim ugovorima, Zakon 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 – Ustavna povelja), čl. 103, 104, 108-110.

[18] Vid. Marija Draškić, *Porodično pravo i prava deteta,* Beograd 2005, 401-402.

[19] Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, čl. 31.

[20] Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, čl. 28, 30.

[21] Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2014, 29: „Kada se izjalovi neki redovni vid sticanja, najčešću alternativu čine slučajevi u kojima se savesnost pribavioca javlja kao zajednički uslov za sticanje *(savesno sticanje).* Ako je pribavilac savestan (tj. da ne zna i ne može znati za nedostatak zbog kog je u konkretnom slučaju izostalo redovno sticanje), omogućuje mu se da pravo stekne uprkos tome što nije ispunjen neki uslov za redovno sticanje.“ Na istom mestu, navedeni su neki podredni (rezervni, alternativni) vidovi sticanja.

nad interesima koji se ostvaruju ispunjenjem uslova za redovno sticanje."[22] Postavlja se pitanje da li se bez postojanja izričitog pravila o zaštiti savesnog sticaoca u slučaju neovlašćenog raspolaganja zajedničara, može pružiti zaštita pozivom na načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti? Odnosno, da li je radi zaštite poverenja u pravnom prometu, izuzetno dozvoljeno sticanje prava svojine i drugih stvarnih prava od strane savesnog trećeg lica, kada su ispunjene opšte pretpostavke pod kojima se štiti pouzdanje u tačnost i potpunost javnog registra prava na nepokretnostima, a svojina nije bila upisana u javnom registru kao zajednička? Odgovor na postavljeno pitanje pokušaćemo da damo nakon prikaza pravila kojima se data situacija reguliše u pravnim porecima država nastalih raspadom nekadašnje SFRJ, kao i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti.

Pravilo koje štiti supružnika koji nije upisan u javni registar kao titular zajedničke svojine, sadržano je u čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona: *Smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika i kada je izvršen na ime samo jednog od njih osim ako nakon upisa nije zaključen pismeni sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine odnosno bračni ugovor, ili je o pravima supružnika na nepokretnosti odlučivao sud.* Radi se o pravilu koje je 1980. godine ustanovljeno u Republici Srbiji Zakonom o braku i porodičnim odnosima.[23] Ovim pravilom „Zakon uvodi oborivu zakonsku pretpostavku da nepokretnost, iako upisana na ime jednog bračnog druga, pripada bračnim drugovima kao zajedničarima, čime se na planu dokazivanja iz osnova menja položaj bračnog druga koji u zemljišne knjige nije upisan kao vlasnik (on ne mora dokazivati da je zajedničar, već bračni drug na čije ime je nepokretnost upisana mora dokazivati da je isključivi vlasnik). Po našoj ranijoj praksi, ako je nepokretnost upisana na ime jednog bračnog druga, drugi bračni drug može dokazivati da je ta nepokretnost stečena radom u toku braka, i da kao takva pripada bračnim drugovima kao njihova zajednička svojina na neopredeljenim delovima."[24]

Za međusobne odnose zajedničara nije od značaja upis u javni registar. Za opredeljenje da li se radi o zajedničkoj svojini bitno je da se radi o stvari koja je stečena radom u toku trajanja zajednice života u braku,[25] a ne da li je u javni registar upisano da se radi o zajedničkoj svojini. Ako nije izvršen upis zajedničke svojine već isključiva svojina jednog supružnika (u našim uslovima, po pravilu, muža), navedeno pravilo omogućava zaštitu onog supružnika koji je doprineo

---

[22] *Ibid.*

[23] *Službeni glasnik SRS,* br. 22/1980, 11/1988, *Službeni glasnik RS,* br. 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995, 29/2001. Član 322, st. 2: „Ako je u zemljišne ili druge javne knjige upisan kao vlasnik na zajedničkoj imovini samo jedan bračni drug, smatraće se kao da je upis izvršen na ime oba bračna druga, ukoliko do upisa nije došlo na osnovu pismenog ugovora zaključenog između bračnih drugova."

[24] Obren Stanković u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd 1996, 164, fn.483.

[25] Porodični zakon, čl. 171, st. 1. Vid. M. Draškić, 397-400, Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo,* Novi Sad 2007, 114-115.

sticanju nepokretnosti, a koji, najčešće iz tradicionalnih razloga, nije upisan kao jedan od titulara zajedničke svojine.[26] Upis nepokretnosti, koja je stečena radom tokom trajanja zajednice života u braku, na ime jednog supružnika ne utiče na primenu režima zajedničke svojine. Međutim, osnov zaštite savesnog trećeg lica, u nedostatku izričitog pravila za situaciju kada je upisani zajedničar neovlašćeno raspolagao, je u načelu pouzdanja u javni registar o pravima na nepokretnostima.

2.2. Režim zajedničke svojine (supružnika) u bivšim Jugoslovenskim republikama

Zakonska pravila kojima se regulišu stvarnopravni odnosi i imovinski odnosi supružnika u Republici Hrvatskoj, usklađena su sa pravilom o pravnoj zaštiti sticaoca koji je u dobroj veri postupao s poverenjem u zemljišne knjige.

Zakonom kojim su uređeni stvarnopravni odnosi,[27] propisano je pravilo da kada je stvar na osnovu zakona u zajedničkoj svojini više lica, na to nema uticaja činjenica da je u zemljišnim knjigama prikazano da je u svojini samo nekog od zajedničara, osim prema trećim licima čije se poverenje u prometu štiti.[28] Stvarima koje su u zajedničkoj svojini zajedničari raspolažu zajednički. Kada raspolaganje vrši samo jedan od zajedničara, potrebno mu je ovlašćenje ostalih. U protivnom, ugovor će biti ništav. Radi zaštite poverenja u pravnom prometu, izuzetno je dozvoljeno sticanje prava svojine i drugih stvarnih prava od strane savesnog trećeg lica i kada je raspolaganje učinjeno bez saglasnosti svih zajedničara. Kada je u pitanju raspolaganje nepokretnošću, potrebno je da se ispune dva uslova: da su ispunjene opšte pretpostavke pod kojima se štiti poverenje u zemljišne knjige i da svojina niji bila upisana u zemljišnoj knjizi kao zajednička.[29]

Što se tiče imovine koju su bračni drugovi stekli radom za vreme trajanja bračne zajednice (bračna stečevina), u Republici Hrvatskoj, od 1999. godine, ona nije u režimu zajedničke svojine, već susvojine.[30] Važeći zakon kojim su reguli-

---

[26] Bez posebnog naglašavanja, jasno je da se u našim uslovima radi o zaštiti žene zbog njenog tradicionalno podređenog položaja u braku. Činjenica je da su žene veoma retko upisane kao vlasnice porodične imovine. Ozbiljnost posledica je uočena i priprema se, uz pomoć Svetske banke, izmena regulative koja će olakšati i znatno pojeftiniti upis supružnika kao titulara zajedničke svojine ili suvlasnika. Time se želi doprineti rodnoj ravnopravnosti i povećanju broja žena upisanih u katastar nepokretnosti, što će dovesti ne samo do osnaženja položaja žene, već i bračne zajednice. Izvor informacije *http://www.rgz.gov.rs/default.asp*, 4. januar 2017.

[27] Prečišćen tekst Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima *http://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2015_07_81_1548.html*, 20. decembar 2016.

[28] Član 57, st. 3 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

[29] Član 61 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Ako se radi o pokretnim stvarima u zajedničkoj svojini, potrebno je da je sticalac savestan i da je sticanje zasnovano na teretnom pravnom poslu. Vid. Nikola Gavella, 728-729.

[30] N. Gavella, 567-570, 725, fn. 23. Obiteljski zakon iz 1999. godine izmenio je imovinski režim u braku. Stvari koje ulaze u bračnu stečevinu nisu u zajedničkoj svojini bračnih drugova, već

sani porodični odnosi, zadržava režim susvojine bračne stečevine.[31] U kontekstu teme kojom se bavimo, iako se ne radi o zajedničkoj svojini već susvojini supružnika, skrećemo pažnju na pravilo čija je svrha da se obezbedi pouzdanje u javni registar o nepokretnostima. Naime, za valjanost poslova faktičkog ili pravnog raspolaganja nepokretnostima[32] koje čine bračnu stečevinu bračnih drugova, zahteva se da su ga zajednički preduzeli ili pisana saglasnost drugog bračnog druga, uz overu potpisa kod javnog beležnika. Međutim, nepostojanje takve saglasnosti ne utiče na prava i obaveze savesnog trećeg lica.[33]

U Republici Sloveniji zakonska regulativa stvarnopravnih odnosa,[34] predviđa među osnovnim načelima poverenje u zemljišnu knjigu, pravilom da savesno lice koje se u pravnom prometu pouzdalo u podatke o pravima koja su upisana u zemljišnu knjigu, zbog toga ne sme trpeti štetne posledice.[35] Identično pravilo se nalazi u Zakonu o zemljišnim knjigama, a pored toga izričito je propisano da onaj ko ispuni uslove za upis prava ili pravne činjenice u zemljišnu knjigu, a ne zahteva upis, snosi sve štetne posledice takvog propusta.[36] Logična posledica takvog pristupa je pravilo o zaštiti savesnih trećih lica pri raspolaganju titulara zajedničke svojine. Naime, kada jedan od zajedničara samostalno raspolaže, smatra se da treće lice nije savesno (nije u dobroj veri) samo ako je znalo da je stvar u zajedničkoj svojini i da je raspolaganje izvršeno bez saglasnosti zajedničkog vlasnika.[37]

Zakonom kojim su regulisani brak i porodični odnosi,[38] među odredbama kojima se uređuje zajednička imovina supružnika (čl. 51-62) ne nalazi se posebno pravilo o raspolaganju pravom svojine na stvarima koje ulaze u zajedničku imo-

---

su bračni drugovi suvlasnici tih stvari. O neadekvatnosti označavanja bračne stečevine kao neke specifične imnovine bračnih drugova, nakon što je napušten ražim zajedničke svojine, a bračna stečevina podvedena pod režim susvojine, vid. N. Gavella, 569, fn.524.

[31] Obiteljski zakon (Porodični zakon), *Narodne novine,* br. 103/2015. Član 36, st. 3: „Bračni drugovi su u jednakim delovima suvlasnici bračne stečevine, ako nisu drukčije ugovorili." Svoje imovinske odnose bračni drugovi mogu urediti bračnim ugovorom, ali ne mogu ugovoriti režim zajedničke svojine. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (čl. 57, st. 2) propisano je da stvar može biti u zajedničkoj svojini samo na osnovu zakona.

[32] Ako se radi o promeni namene, većim popravkama, dogradnji, nadogradnji, preuređenju, otuđenju cele stvari, davanje cele stvari u zakup ili najam na duže od jedne godine, zasnivanje hipoteke, stvarne ili lične službenosti, stvarnog tereta ili prava građenja na celoj stvari.

[33] Bračni drug bez čije saglasnosti je posao preduzet ima pravo na naknadu štete koja mu je od strane drugog bračnog druga time prouzrokovana. Vid. čl. 37 Obiteljskog zakona.

[34] Stvarnopravni zakonik, *Uradni list R Slovenije,* br. 87/2002, 91/2013.

[35] To pravilo sadržano je u čl. 10 Stvarnopravnog zakonika.

[36] Zakon o zemljišnim knjigama, *Uradni list R Slovenije,* br. 58/2003, 45/2008, 28/2009, 25/2011, čl. 8.

[37] Stvarnopravni zakonik, čl. 72.

[38] Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Zakon o braku i porodičnim odnosima), prečišćen tekst dostupan na *http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=200469&stevilka=309*, 20. decembar 2016.

vinu. To čini mogućim zaštitu savesnog trećeg lica pozivom na načelo poverenja u zemljišnu knjigu bez izuzetka.

U Republici Makedoniji, stupanjem na snagu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima,[39] prestale su da važe odredbe Porodičnog zakona kojima su bili uređeni imovinski odnosi bračnih drugova.[40] Prema opštem pravilu koje se odnosi na zajedničku svojinu,[41] kada je stvar u zajedničkoj svojini na to nema uticaja činjenica što je u javne knjige ta stvar upisana kao svojina samo nekog od zajedničara. Međutim, to ne utiče na prava trećih lica koja to nisu znala i nisu bila dužna znati (čl. 59, st. 3). Na osnovu tog pravila očuvano je poverenje savesnih lica u katastar nepokretnosti,[42] bez obzira na pravila koja se odnose na zajedničku svojinu u bračnoj i vanbračnoj zajednici. Interesi bračnih drugova kao zajedničara zaštićeni su sledećim pravilima: a) za vršenje poslova koji prelaze okvire redovnog upravljanja i raspolaganja potrebna je saglasnost drugog bračnog druga izražena u formi koja se zahteva za punovažnost datog posla (čl. 72); b) ako je u javne knjige kao vlasnik zajedničke imovine upisan samo jedan od bračnih drugova smatra se da je upis izvršen na ime oba bračna druga (čl. 69, st. 2).

U Republici Crnoj Gori, Zakon o svojinsko-pravnim odnosima,[43] u okviru dela kojim je regulisana zajednička svojina, sadrži pravilo o raspolaganju i opterećenju stvari u zajedničkoj svojini uz saglasnost svih zajedničara. Izuzetno, treće lice može na osnovu pravnog posla koji nije zaključen sa svim zajedničarima, steći pravo svojine na nepokretnostima ako je savestan i ako pravo svojine nije bilo upisano u katastar nepokretnosti na ime svih zajedničara (čl. 157). Iako nema izričite odrebe o tome da savesno treće lice pod istim uslovima može steći neko drugo (ograničeno) stvarno pravo na nepokretnosti kojom je zajedničar neovlašćeno raspolagao,[44] to je svakako moguće, jer ako može otuđiti stvar, tim pre je može opteretiti *(argumentum a maiore ad minus)*. Porodični zakon Republike Crne Gore[45]

---

[39] Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava, *Služben vesnik na RM,* br. 18/2001, 92/2008, 139/2009, 35/2010.

[40] Zakon za semejstvoto, *Služben vesnik na RM*, br. 80/1992. Višestruke izmene i dopune, prečišćene i konsolidovane tekstove vid. na *http://www.mtsp.gov.mk/zakoni.nspx*, 20. decembar 2015. Prestale su da važe odredbe čl. 203-218.

[41] Glava III Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima (čl. 30-111) odnosi se na podvrste prava svojine (susvojina, zajednička svojina i etažna svojina). Opšte odredbe o zajedničkoj svojini sadržane su u čl. 59-65, a zajednička svojina u bračnoj i vanbračnoj zajednici regulisana je čl. 66-81.

[42] O evidenciji nepokretnosti u Republici Makedoniji vid. Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016, 40-41. Načelo tačnosti i poverenja u upisano, čl. 114 Zakona o katastru nepokretnosti (*Služben vesnik na RM*, 55/2013): „Podaci u katastru nepokretnosti smatraju se tačnim, pa savesno lice koje je verovalo u upisano u katastru nepokretnosti, neznajući da je ono što je upisano netačno ili nepotpuno, neće trpeti štetne posledice."

[43] *Službeni list RCG,* br. 19/2009.

[44] Kao što je slučaj u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (čl. 61, st. 3)

[45] *Službeni list RCG,* br. 1/2007.

sadrži skoro identične odredbe kao i Porodični zakon Republike Srbije, o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom (čl. 291) i situaciji kada je nepokretnost upisana na ime jednog bračnog druga (čl. 289, st. 2). Međutim, opšte pravilo[46] o zaštiti sigurnosti pravnog prometa putem zaštite savesnih trećih lica koja su se pouzdala u istinitost i potpunost podataka upisanih u katastar nepokretnosti,[47] nije stavljeno van snage posebnim pravilom koje bi bračnog druga koji nije upisan u katastar nepokretnosti štitilo i u odnosu na savesnog sticaoca.

U Republici Srpskoj je na sličan način, kombinacijom navedenih pravila, u pravnom prometu zaštićeno svako savesno lice koje je steklo pravo na nepokretnosti pouzdajući se u tačnost i potpunost podataka upisanih u javni registar.[48] Činjenica da je nepokretnost upisana na ime jednog zajedničara nema uticaja na režim zajedničke svojine, osim prema trećim licima čije se poverenje u prometu štiti (čl. 43, st. 2). Treće lice može na osnovu pravnog posla koji nije zaključen sa svim zajedničarima (neovlašćeno raspolaganje jednog ili nekih od zajedničara), steći pravo svojine ili neko drugo stvarno pravo na nepokretnostima, ako je postupalo u dobroj veri i ako svojina nije bila upisana u javnom registru kao zajednička (čl. 47). Među pravilima koja regulišu imovinske odnose bračnih supružnika,[49] nema pravila koje bi bračnog supružnika koji nije upisan u javni registar štitilo u odnosu na savesnog sticaoca.

Dati prikaz upućuje na zaključak da je pri regulisanju zajedničke svojine, radi zaštite sigurnosti pravnog prometa, predviđen izuzetak od pravila da je raspolaganje zajedničkom svojinom moguće samo uz saglasnost svih zajedničara. U slučaju neovlašćenog raspolaganja od strane zajedničara, zaštićena su savesna treća lica koja su se pouzdala u istinitost i potpunost podataka upisanih u javni registar prava na nepokretnostima. Takođe, nigde nema posebnog pravila koje bi bračnog druga koji nije upisan u javni registar, štitilo i u odnosu na savesnog sticaoca onda kada je upisani bračni drug neovlašćeno raspolagao zajedničkom stvari. Odnosno, nema pravila koje sprečava savesno sticanje stvarnih prava na nepokretnostima pouzdanjem u registar nepokretnosti.

3. NAČELO POUZDANJA U KATASTAR NEPOKRETNOSTI

Podaci o nepokretnostima upisani u katastar nepokretnosti su istiniti i pouzdani i niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja.[50]

---

[46] Zakon o svojinsko-pravnim odnosima, čl. 157.

[47] Član 10 Zakona o državnom premjeru i katastru nepokretnosti, *Službeni list RCG*, br. 29/2007, 32/2011.

[48] Zakon o stvarnim pravima, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 124/2008, 58/2009, 95/2011, 60/2015.

[49] Porodični zakon, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 54/2002, 41/2008, 63/2014, čl. 269-283.

[50] Zakona o državnom premeru i katastru, čl. 63 *(Načelo pouzdanja).*

Načelom pouzdanja (poverenja) u katastar nepokretnosti štite se savesni sticaoci koji su u pravnom prometu istupali s poverenjem u istinitost i potpunost podataka upisanih u javni registar. Ovo pravilo dobija svoj praktični značaj u situaciji kada se stvarnopravno stanje nepokretnosti koje je upisano u registar razlikuje od stvarnog stanja, odnosno kada je upis neistinit. Savesni sticaoci prava na nepokretnostima ne mogu trpeti bilo kavu štetu zbog činjenice da se registrovano stanje razlikuje od stvarnog stanja nepokretnosti.[51]

Načelo pouzdanja štiti samo savesnog sticaoca,[52] odnosno onog čije je neznanje, da je upis u javnom registru neistinit ili nepotpun, opravdano. Teret dokazivanja je na onom ko tvrdi suprotno. Protiv sticaoca čija savesnost nije osporena, ne može se isticati neistinitost ili nepotpunost upisanih podataka.

Domašaj načela pouzdanja u katastar nepokretnosti može se sagledati tek kroz odgovor na pitanje kada će se sticalac moći pozvati na svoju savesnost. Dugogodišnji stav naše sudske prakse bio je da sticalac mora ispitati ne samo zemljišnoknjižno odnosno registrovano stanje, već i vanknjižno, te da s obzirom na utvrđeno stanje niti zna, niti može znati da upisano stanje nije tačno i potpuno. Takav pristup posledica je, najblaže rečeno, nezadovoljavajućeg stanja registra nepokretnosti,[53] i bitno je oslabio načelo pouzdanja.[54]

U našoj pravnoj literaturi primećeno je da je ovakva sudska praksa, bez obzira na moguće razloge i opravdanje njenog formiranja, znatno doprinela „slabljenju pravne discipline i urednog pravnog saobraćaja."[55] Vanknjižni promet nepokretnosti je uzeo maha i u jednom relativno dugom periodu stvoreno je stanje nepokretnosti

---

[51] O načelu pouzdanja vid. R. Cvetić (2016), 118-124.

[52] Zbog izostanka eksplicitnog određenja da se načelom pouzdanja u katastar nepokretnosti štiti samo savestan sticalac, ne može se zaključiti da je zakonodavac želeo da zaštiti svakog sticaoca bez obzira na njegovu savesnost. Načelo savesnosti i poštenja je jedno od opštih načela na kojima počiva naš pravni sistem. Ipak, smatramo da je bila adekvatnija formulacija predložena u tekstovima Nacrta Zakona o državnom premeru i katastru iz jula i decembra 2006. godine i decembra 2007. godine: „Savesno lice može se pouzdati da su podaci o nepokretnostima i pravima na njima upisani u katastar nepokretnosti istiniti i potpuni, i u slučaju kada ovi podaci to nisu, i ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja. Savesnim licem iz stava 1. ovog člana smatra se lice koje ne zna niti je prema okolnostima moglo znati da podaci o nepokretnostima i pravima na njima upisani u katastar nepokretnosti nisu istiniti, odnosno potpuni."

[53] Vid. R. Cvetić (2016), 53-58.

[54] Miloš Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti,* Beograd 2010. U kontekstu razmatranja akcesornosti hipoteke u pripadanju (124-138), učinjen je osvrt na načelo pouzdanja u registre nepokretnosti i citiran Velšpaher (Moriz Wellspacher). „Princip pouzdanja najuže je povezan sa pretpostavkom tačnosti zamljišne knjige i ova pretpostavka se može opravdati samo ako je zemljišna knjiga u najvećem broju slučajeva zaista tačna. U suprotnom, ako je zemljišna knjiga u najvećem broju netačna, onda više ne može postojati zaštita pouzdanja, jer bi se sticaocu uvek moglo prigovoriti da je, da se ponašao kao iole pažljiv, morao znati da je zemljišna knjiga netačna." Nav. prema M. Živković (2010), 130.

[55] Dragor Hiber, *Konsolidacija prava svojine i zemljišnoknjižni sistem,* predgovor za reprint knjige Dragoslav Matić, Tihomir Đoković, *Zemljišnoknjižni postupak,* Beograd 1998, XIII.

drastično različito od onog što je upisano u registru. Takav promet ima smisla sve dok svojim učesnicima pruža dovoljan stepen pravne sigurnosti[56] i biće potrebno najmanje isto vremena da se proizvedeno stanje u potpunosti prevaziđe i uspostavi red i sigurnost u promet nepokretnosti. To podrazumeva ažuran i funkcionalan registar nepokretnosti i adekvatnu sudsku praksu.

Šta treba da utvrdi učesnik pravnog prometa da bi mogao računati na položaj savesnog, a to znači pravno zaštićenog sticaoca? Potrebno je da u pravnom prometu ispolji dužnu pažnju neophodnu za sticanje datog prava, a savestan mora biti i kada zaključuje pravni posao koji predstavlja *iustus titulus* sticanja, i kada zahteva upis prava u svoju korist. Postavlja se pitanje na čega se odnosi njegova dobra vera budući da u pogledu registrovanog stanja, kao posledica delovanja načela javnosti, bez izuzetka, važi neoboriva pretpostavka da su svi bili upoznati sa njim. U tom smislu, odlučujući značaj ima činjenica da li je on znao za neslaganje registrovanog i stvarnog stanja, odnosno da li mu je to neslaganje ostalo nepoznato jer u pravnom prometu nije postupao kao iole pažljiv čovek. Ako je za neslaganje znao ili je ono očigledno za iole pažljivog čoveka, ne može se govoriti o savesnom sticaocu.[57]

„Naša sudska praksa uopšteno nije naklonjena sticanju pouzdanjem u registar, što nije čudno imajući u vidu stanje registra poslednjih nekoliko decenija. Međutim, u novije vreme dešavaju se slučajevi u kojima je, makar kad je reč o izvornom sticanju hipoteke, naša sudska praksa priznala sticanje na osnovu pouzdanja.“[58]

Možemo se saglasiti sa stavom da zbog neažurnosti registra naša sudska praksa ne gleda blagonaklono na savesno sticanje pouzdanjem u registar.[59] Realnost je, međutim, da sudovi ne priznaju sticanje prava na osnovu pouzdanja, a da se pri tome ne upuštaju u utvrđivanje ključne činjenice, da li je sticalac bio savestan.[60] Nagoveštaji menjanja takve sudske prakse,[61] ohrabrujući su jer je to put da

---

[56] D. Hiber, XII.

[57] Vid. čl. 8, st. 3 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 91/1996, 68/1998, 137/1999, 114/2001, 100/2004, 107/2007, 152/2008, 126/2010, 55/2013, 60/2013. Izričito je utvrđeno da se nedostatak dobre vere ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao vanknjižno stanje.

[58] Miloš Živković u: Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja,* Beograd 2015, 249.

[59] M. Živković, (2010), 130, fn 312.

[60] O odnosu naše sudske prakse prema načelu pouzdanja vid. Radenka Cvetić, „Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi“*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 3/2015. U obrazloženju pojedinih sudskih presuda kojima se ne priznaje sticanje pouzdanjem u katastar nepokretnosti, čak se izričito navodi da je bez uticaja na odlučivanje navod tuženog da je bio savestan.

[61] „Pitanje nepunovažnosti zaključenog Ugovora o kupoprodaji, od 29.7.2004. godine, kao opravdano moglo se postaviti jedino u slučaju postojanja *nesavesnosti tuženog* (istakla R.C.) S. K., kao kupca, pri kojoj je on morao znati da nepokretnost kupuje od vlasnika koji je tu nepokretnost stekao na nezakonit način....“ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 1495/2012

se ostvari svrha pravnog registra nepokretnosti. Značaj ovog registra drastično se umanjuje ako ne daje pretpostavljeni doprinos sigurnosti pravnog prometa, što otvara pitanje opravdanosti ulaganja u njegov nastanak i održavanje.

4. STAV VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

4.1. Zaokret sudske prakse u pogledu savesnog sticanja pouzdanjem u katastar nepokretnosti

Dve presude Vrhovnog kasacionog suda,[62] donete po reviziji koju je sud izuzetno dozvolio radi ujednačavanja sudske prakse,[63] govore u prilog pravljenja zaokreta u odnosu na dugogodišnji negativan stav sudske prakse u pogledu savesnog sticanja pouzdanjem u javni registar.

Iz činjeničnog stanja konkretnih slučajeva proističe da se radi o nepokretnosti koja je stečena radom tokom trajanja zajednice života u braku, a da je kao isključivi vlasnik upisan samo jedan supružnik. Upisani vlasnik je putem izvršne vansudske hipoteke, nastale na osnovu založne izjave (jednostrana hipoteka) opteretio zajedničku nepokretnost.

Sagledano kroz relevantne odredbe Zakona o hipoteci,[64] hipoteka je valjano nastala.[65] Ako se, polazeći od pravila Porodičnog zakona koja su razmatrana u ovom radu, postavi pitanje punovažnosti navedenog raspolaganja, ono je ništavo, jer je učinjeno bez saglasnosti zajedničara, odnosno neupisanog supružnika. Međutim, činjenica da nije upisana zajednička svojina ne sprečava neupisanog supružnika

od 18.4.2012. godine, dostupno u bazi *Paragraf Lex* (Punovažnost ugovora o kupoprodaji koji je zaključen sa nevlasnikom, Zakon o državnom premeru i katastru, čl. 63).

[62] Rev 321/2014 od 5. juna 2014. godine, dostupna u bazi *Paragraf Lex* (Zasnivanje hipoteke na nepokretnosti koja predstavlja zajedničku imovinu supružnika, Zakon o državnom premeru i katastru, čl. 63: „Nema obaveze pribavljanja saglasnosti oba supružnika za zasnivanje hipoteke na nepokretnosti koja predstavlja zajedničku imovinu kada je u javnim knjigama upisan samo jedan supružnik kao isključivi vlasnik bez zabeležbe da se radi o zajedničkoj imovini.“) i Rev 1981/2015 od 14. aprila 2016. godine, dostupna na sajtu Vrhovnog Kasacionog suda: „... kako je u vreme davanja založne izjave samo tuženi D.N., bio upisan kao vlasnik predmetne nepokretnosti, to je nepravilan zaključak nižestepenih sudova da je za nastanak i zasnivanje hipoteke bila neohodna i saglasnost tužilje kod davanja založne izjave, zato što se radi o hipoteci na nepokretnoj stvari u zajedničkoj svojini.“

[63] Član 404, st. 1 Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US, 55/2014.

[64] *Službeni glasnik RS,* br. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – odluka US, 83/2015, čl. 2, čl. 8, st. 1, tač. 2, čl. 10, čl. 15.

[65] Tačno je da je u skladu sa pravilom iz čl. 6, st. 2 Zakona o hipoteci, za zasnivanje hipoteke na nepokretnosti u zajedničkoj svojini potrebna saglasnost svih zajedničara. Međutim, u situaciji kada je upisana isključiva svojina, nadležna služba za katastar nepokretnosti ne može zahtevati dokaz da se ne radi o zajedničkoj svojini.

da tužbom zahteva utvrđenje ništavosti pravnog posla kojim upisani supružnik raspolaže zajedničkom nepokretnošću bez njegove saglasnosti. To bi omogućilo upis zabeležbe spora pre upisa hipoteke i time sprečilo savesno sticanje trećeg lica.

Naime, u konkretnom slučaju punovažna isprava o založnoj izjavi upisanog vlasnika nepokretnosti sačinjena je početkom 2008. godine, a tužba kojom se traži utvrđenje njene ništavosti podneta je 2013. godine. Bez obzira što je isticanje ništavosti pravnog posla vremenski neograničeno,[66] ozbiljno se dovodi u pitanje savesnost neupisanog supružnika. Početna zajednička nepoštena namera ili naknadno poremećeni odnosi u braku ne bi smeli da utiču na pravni položaj savesnog sticaoca. Ako bi se ovo pitanje ignorisalo, otvorio bi se širok prostor za izigravanje hipotekarnih poverilaca i uopšte savesnih sticalaca.

Smatramo da je pravilan stav suda da je pitanje savesnosti sticaoca od presudnog značaja za odlučivanje u sporovima koji nastaju u situacijama neovlašćenog raspolaganja od strane zajedničara upisanog kao isključivog vlasnika. Takođe je za pravično presuđenje bitno razmotriti pravnu poziciju, namere i poštenje svih aktera konkretnog slučaja, da bi se ostavilo što manje prostora za izigravanje zakona.[67]

Postojanje na prvi pogled dva protivrečna pravila (čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona i čl. 63 Zakona o državnom premeru i katastru), pri čemu su oba na određeni način merodavna, zahteva takvo postupanje suda da se svako od sukobljenih pravila ostvari koliko je moguće, a ne da se jedno od njih jednostrano ostvari na račun drugog (princip praktične sloge).[68] „Tumačenje u skladu sa *principom praktične sloge* određuje smisao norme tako da se norma ne ostvari jednostrano nauštrb neke druge vrednosti radi čijeg ostvarenja postoji neka druga norma, nego tako da sve sukobljene vrdnosti mogu da se ostvare u najvećoj mogućoj meri. Važno je jer se u građanskom pravu redovno radi o normama koje uređuju odnose između imaoca jednakovrednih prava.“[69]

Iako iz svega izloženog proizlazi da je moguće pružiti zaštitu savesnom sticaocu pozivom na načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti, smatramo, ipak, da bi izričito normiranje njegove zaštite, kada u javnom registru nije bilo upisano

---

[66] Zakon o obligacionim odnosima, čl. 110.

[67] Rev 1981/2015 od 14. aprila 2016. godine: „Iz izloženog proizilazi i osnovan zaključak da tužena banka nije znala niti je mogla znati da se radi o nepokretnosti u zajedničkoj svojini jer takvog upisa u javnim knjigama nema. Sa druge strane, kako se brak kao zajednica života zasniva na obostranom poštovanju, razumevanju i pomaganju, kod postojanja prava hipoteke upisanog u javnim knjigama dostupnim svim zainteresovanim licima, proizilazio bi osnovan zaključak da ova činjenica nije mogla ostati nepoznata i tužilji i njena prećutna saglasnost o zasnivanju hipoteke. Suprotno stanovište vodilo bi zaključku da bi u datoj situaciji hipotekarni poverilac morao da se upusti u istraživanje porodičnog statusa hipotekarnog dužnika što bi bilo u suprotnosti sa napred označenim odredbama Zakona i pravilima o hipoteci i upisu prava i tereta na nepokretnostima.“

[68] O principu praktične sloge, optimalnog ostvarenja svih prava, vid. V. V. Vodinelić, 89, 172, 180, 270, 304.

[69] V. V. Vodinelić, 172.

pravo zajedničke svojine,[70] bilo izuzetno korisno. To naročito u kontekstu dugogodišnjeg postojanja neažurnog registra prava na nepokretnostima i neblagonaklonosti (takođe, dugogodišnje) sudova u pogledu sticanja pouzdanjem u registar. Činjenica da su žene vrlo retko upisane kao vlasnice i da su one najčešće gubitnice usled ovakvog raspolaganja drugog supružnika koji je upisan kao isključivi vlasnik, stvara utisak da postupanje suda u skladu sa načelom pouzdanja u registar vodi nepravičnoj odluci. Otuda je velika odgovornost suda u sagledavanju činjeničnog stanja svakog konkretnog slučaja. Čini nam se da bi eksplicitno pravilo o zaštiti savesnog sticaoca unapredilo pravnu disciplinu, odnosno primoralo titulare prava da se o njemu staraju, ako žele zaštitu od strane pravnog poretka.[71]

I na kraju, za nekog ko pretenduje da bude smatran savesnim sticaocem, utvrđivanje činjenice da li je upisani vlasnik u braku i da li je nepokretnost u njegovoj isključivoj svojini ili je u pitanju zajednička svojina, moglo bi se prihvatiti kao savladiva prepreka u pravnom prometu. Međutim, njegovo bitno ograničenje mogli bismo očekivati u svetlu shodne primene odredaba o imovinskim odnosima supružnika na imovinske odnose vanbračnih partnera.

4.2. Da li je u pitanju fikcija (čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona) i da li je moguća zabeležba o zajedničkoj svojini?

U obrazloženju svoje odluke da pruži zaštitu hipotekarnom poveriocu koji se pouzdao u istinitost i potpunost podataka upisanih u katastar nepokretnosti, Vrhovni kasacioni sud navodi i sledeće:[72]

„Naime, kod fikcije, da se kod zajedničke imovine supružnika, smatra da je upis izvršen na ime oba supružnika i kad je izvršen na ime samo jednog od njih, osim ako nakon upisa nije zaključen pismeni sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine, odnosno bračni ugovor, ili je o pravima supružnika na nepokretnosti, odlučivao sud u smislu odredbe člana 176. stav 2. Porodičnog zakona, bilo je neophodno da se u katastru nepokretnosti izvrši zabeležba o zajedničkoj svojini na imovini i načinu upravljanja i raspolaganja zajedničkom imovinom, i trećim licima jasno staviti do znanja da se radi o stvari u zajedničkoj svojini. U suprotnom, gubi smisao propisano pravilo da niko ne može snositi štetne posledice zbog pouzdanja u istinitost i pouzdanost podataka o nepokretnostima upisanim u katastar nepokretnosti, saglasno odredbi člana 63. Zakona o državnom premeru i katastru, koji propisuje, da su podaci o nepokretnostima upisanim u

[70] Kao što je učinjeno u bivšim Jugoslovenskim republikama, odnosno državama sa kojima smo, pored samostalnog, razvijali i zajednički pravni sistem više od 40 godina, i kako je predloženo u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

[71] Podsećamo na pravilo iz Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije, čl. 8, st. 2: onaj ko ispuni uslove za upis prava ili pravne činjenice u zemljišnu knjigu, a ne zahteva upis, snosi sve štetne posledice takvog propusta.

[72] Rev 1981/2015 od 14. aprila 2016. godine. Isto i u Rev 321/2014 od 5. juna 2014. godine.

katastar nepokretnosti istiniti i pouzdani i niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja."

Pitanje je da li se radi o fikciji ili oborivoj zakonskoj pretpostavci[73] postavljenoj u korist supružnika koji nije upisan u katastar nepokretnosti? Podsećamo da je ovo pravilo ustanovljeno u Republici Srbiji Zakonom o braku i porodičnim odnosima iz 1980. godine.[74] U tom Zakonu, navedeno pravilo[75] proisticalo je iz pravila da se prava bračnih drugova na nepokretnostima koje su njihova zajednička imovina upisuju u zemljišne ili druge javne knjige na ime oba bračna druga kao njihova zajednička imovina na neopredeljenim delovima (čl. 322, st. 1). Na osnovu tog pravila postavljena je pretpostavka da je nepokretnost u zajedničkoj svojini i onda kada je kao vlasnik upisan samo jedan bračni drug, koju je mogao obarati bračni drug na čije ime je nepokretnost upisana, dokazom da je on isključivi vlasnik, odnosno da je u pitanju njegova posebna imovina.[76]

Porodični zakon, međutim, ne sadrži pravilo iz kojeg proističe da se pretpostavlja da se radi o zajedničkoj svojini supružnika. A upravo zbog takve pretpostavke smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika i kada je izvršen na ime samo jednog od njih. Takvom pretpostavkom štiti se supružnik na čije ime nije izvršen upis, jer se teret dokazivanja da nije u pitanju zajednička svojina prebacuje na supružnika na čije ime je upis izvršen. On može dokazati da je u pitanju njegova posebna imovina, ako je nakon upisa zaključen pismeni sporazum o deobi zajedničke imovine odnosno bračni ugovor ili je o pravima supružnika na nepokretnosti odlučivao sud. Ako on to ne dokaže, smatra se da je upis izvršen na ime oba supružnika jer je u pitanju nepokretnost koju su oni stekli radom za vreme trajanja zajednice života. Naime, kada je stvar na osnovu zakona u zajedničkoj svojini supružnika, na to nema uticaja činjenica da je u javni registar prava na nepokretnostima prikazano da je u svojini samo jednog od njih, osim prema trećim licima čije se poverenje u prometu štiti. Posmatrano izvan navedenog konteksta, pravilo iz čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona po svojoj formulaciji predstavlja fikciju jer se za nepostojeću činjenicu (upis na ime oba supružnika) uzima da postoji.[77]

Što se, pak, drugog postavljenog pitanja tiče (da li je moguća zabeležba o zajedničkoj svojini), pre odgovora samo nekoliko uvodnih napomena. Zabeležba je vrsta upisa kojom se u katastar nepokretnosti unose pravno relevantne činjenice

---

[73] O pretpostavkama (oborivim i neoborivim) i fikcijama, vid. V. V. Vodinelić, 428-430.

[74] Vid. fn. 23 u ovom radu.

[75] Član 322, st. 2: „Ako je u zemljišne ili druge javne knjige upisan kao vlasnik na zajedničkoj imovini samo jedan bračni drug, smatraće se kao da je upis izvršen na ime oba bračna druga, ukoliko do upisa nije došlo na osnovu pismenog ugovora zaključenog između bračnih drugova."

[76] U prilog stava da je u pitanju oboriva zakonska pretpostavka, vid. O. Stanković, 164, fn. 483, G. Kovaček-Stanić, 115, Zoran Ponjavić, *Porodično pravo,* Beograd, 2014, 403.

[77] V. V. Vodinelić, 430: „... fikcije su *nepostojeće* činjenice za koje se *uzima da postoje* (nije, a smatra se da jeste), i *postojeće* činjenice za koje se *uzima da ne postoje* (jeste, a smatra se da nija). Važi, dakle, ono što je direktno suprotno znanju."

koje se odnose na ličnost imaoca prava, na samu nepokretnost ili na pravne odnose povodom nepokretnosti.[78] Upis odgovarajuće zabeležbe u katastar nepokretnosti moguć je ako je propisan zakonom. Samim zakonom kojim se propisuje upis zabeležbe određuje se njena sadržina, ko je ovlašćen da podnese zahtev za upis, na osnovu koje isprave se vrši upis zabeležbe, kao i dejstvo zabeležbe odnosno posledice postupanja protivno svrsi upisane zabeležbe. Zbog toga se postavlja pitanje da li se može neposredno na osnovu čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona zahtevati upis zabeležbe da se radi o zajedničkoj svojini.

To pitanje postavljamo budući da Vrhovni kasacioni sud stoji na stanovištu da je za dejstvo pravila iz čl. 176, st. 2 Porodičnog zakona, neophodno da se u katastru nepokretnosti izvrši zabeležba o zajedničkoj svojini na upisanoj nepokretnosti i trećim licima jasno stavi do znanja da se radi o stvari u zajedničkoj svojini. Upis takve zabeležbe nije propisan zakonom i smatramo da je moguća samo zabeležba spora u slučaju kada supružnik koji nije upisan u katastar nepokretnosti podnese tužbu radi utvrđenja da na nepokretnosti postoji zajednička svojina,[79] ili radi utvrđenja ništavosti, odnosno poništenja pravnog posla koji je osnov neovlašćenog raspolaganja zajedničkom nepokretnom stvari.

[78] Njihova pravna relevantnost proističe iz dejstva koje mogu imati na postojanje upisanog prava, obim tog prava ili mogućnost raspolaganja pravom. Nakon što je izvršen upis tih činjenica stvara se neoboriva pretpostavka o njihovoj vidljivosti i čini mogućim njihovo dejstvo prema svima. Od trenutka kada je upisana zabeležba neke pravno relevantne činjenice, sva raspolaganja imaoca prava i upisi u katastru nepokretnosti koji su protivni svrsi upisane zabeležbe, uslovni su. To znači da će valjanost raspolaganja i upisa koji su izvršeni nakon upisa zabeležbe, a koji su protivni svrsi upisane zabeležbe, zavisiti od ishoda rešavanja stvarnih prava na nepokretnosti zbog kojih je zabeležba upisana. Zabeležba, u suštini i najjednostavnije rečeno, predstavlja upozorenje da postoje činjenice o kojima treba voditi računa pri stupanju u pravne odnose povodom određene nepokretnosti, jer se ono što je zabeleženo može suprotstaviti svim kasnijim sticaocima. Više o zabeležbi vid. R. Cvetić (2016), 158-168.

[79] Zakonom o državnom premeru i katastru predviđeno je da se zajednička svojina upisuje na ime svih zajedničara (čl. 76, st. 4) i da upis zajedničkih prava može zahtevati bilo koji od zajedničara u korist svih, na osnovu overenog ovlašćenja ostalih zajedničara (čl. 123, st. 4). Izostanak ovlašćenja od bilo kog zajedničara, predstavljao bi legitimaciju za vođenje spora, o čemu bi se mogla upisati zabeležba (čl. 82, st. 1, tač. 2 i st. 2-3). Time bi se sprečilo da treće lice savesno stekne pravo na nepokretnosti od zajedničara koji je upisan kao isključivi vlasnik.

Radenka M. Cvetić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

Joint Ownership of Spouses and Good Faith Acquisition of Immovables by Relying in the Real Estate Cadastre

Abstract: *The paper examines the rules on transferring of immovables in the matrimonial ownership regime against the backdrop of general notion of joint ownership and joint ownership (property) of spouses. It explores whether the party who invokes the principle of reliance in the real estate cadastre shall be protected in the absence of an explicit rule guaranteeing the protection of a good faith acquirer in case of an unauthoriesd transfer done by one of the spouses. In other words, should for the sake of protection of confidence in legal transactions, acquisition of ownership and other rights in rem exceptionally be allowed by the good faith acquirer, provided that general presumptions under which confidence in accuracy and completeness of public registry of rights on immovables are fulfilled, in case where ownership was not inscribed as a joint ownership. The answer has been given in the absence of general rules on joint ownership, taking into account existing rules in the neighbouring countries, principle of reliance in the real estate cadastre and with due regard to the stance taken by the highest judicial body in the Republic of Serbia. The conclusion is that a spouse who is not inscribed in the public registry should not benefit from the protection against the good faith acquirer.*

Keywords: *joint ownership of spouses, reliance in the real estate cadastre, good faith acquisition, security of legal transactions.*

Datum prijema rada: 11.01.2017.

Originalni naučni rad 343.123.5:351.74(497.11)
doi:10.5937/zrpfns50-12772

Snežana M. Soković, Ph.D., Full Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
ssokovic@jura.kg.ac.rs

Dragana S. Čvorović, Ph.D., Assistant Professor
Academy of Criminalistic and Police Studies
Belgrade
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs

Veljko M. Turanjanin, Ph.D., Assistant Professor
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
vturanjanin@jura.kg.ac.rs

COOPERATION BETWEEN THE PUBLIC PROSECUTOR AND THE POLICE IN SERBIA*

***Abstract**: Contemporary trends in criminal procedure legislation are deliberately looking for efficiency as well as the instruments of implementation of international standards both in its quantitative and qualitative aspects. Doctrinal considerations find their footing in the decades-long reform of criminal procedural legislation of the Serbia, whereas the question that has always represented one of the most significant characteristics of criminal procedural legislation in general is the correlation between the public prosecutor and the police and its contribution to the efficiency of criminal proceedings. Serbia adopted new Criminal Procedure Code in 2011, which entered into the force during the 2013. According to the abovementioned, the authors pay special attention to the following issues: first, the notion of the police and the police functions; secondly, the correlation of the public prosecutor and the police as a factor in the efficiency of criminal proceedings; thirdly, empirical research and proposals de lege ferenda.*

***Keywords**: police, public prosecutor, an international standard, the reform of criminal legislation.*

* Research is the result of work on the project "Implementation of the New Serbian Code of Criminal Procedure". The project is funded by the European Union, 2015.

1. INTRODUCTION: THE NOTION OF THE POLICE AND POLICE FUNCTIONS

The distinctive theoretical bases, when it comes to the modern meaning of the term police that are viewed from a historical aspect, which was exposed to a significant number of changes, imply a constant qualitative development and improvement of the system of the internal organization and pretensions of modern states for increasing the number of field-specific and specialized forms of the government operations, and all with the aim of better treatment in all aspects of the social action, which would result in prosperity. When it comes to the concept of the police which existed in ancient times, the word police was usually brought into connection with the Roman notion *politia* that originated in the Greek term *polis* (city state) and *politieia* (lifestyle and organization of a community or a general thing of all citizens of the polis), and through the extensive correlation of the aforementioned concepts[1], we can hardly connect them directly with the position of the concept of the modern state police.[2] We can conclude that by specifying the concept of the police in such a manner, we set the relationship of equality with the state. In other words, the beginning of the development stage of the country is identified with the police. Historically, different meanings are attributed to the concept of the police, most of them being brought in connection with the concept of the state administration, government services or public order. However, the aspect of the modern concept of the police with which we meet today, starts only from the end of the VIII century and the early IX century, when the notion of the police in their functional sense was linked to the ministry that deals with the maintenance of public order and peace, security and order, the preservation of freedom, property and personal security. When it comes to reviewing aspects of the concept of the police to combat crime, it came only at the end of the IX century when, at the same time, the final determination by the police activity from the other departments of internal administration was manifested. The European trend of the meaning of the notion of police does not deviate to a large extent in the countries of Europe and the contemporary trends of its development. Accordingly, in the English language the word *police* has the meanings of the organized civilian force to maintain order, prevention and detection of crime and the enforcement of laws; members of these forces; regulation and control in the community, especially in regard to the maintenance of public order, safety, health, morals, etc.; government departments responsible for carrying out police duties, especially those related to the maintenance of order; any group of people in charge or employees to safeguard

[1] By the notion of *Politieia*, among other things, Aristotle considered ideal state organization, which was a mixture of democratic and aristocratic principles. See: Aristotle, *Politics*, Culture, Belgrade 1960, 215.

[2] Ljubomir Tadić, *The Science of Politics*, Rad, Belgrade 1988, 17. (Serbian)

order and enforcement of laws.[3] In the French language, the police stands for the branch of the state authority that ensure the maintenance of public order, personal safety or property; the building of the working premises of the police; all agents and the administration[4]. The German term *Polizei* and Italian *polizia* have the similar previously stated meanings of the word. In the Russian language, the main meaning of the police in organizational terms is a "special state administration body with the task of preserving security and order of the authorities".[5]

However, the inconsistency of doctrinal understanding of the meaning of the concept of the police has led to a large number of definitions, and the first modern dates from 1885. After 1915, the American author Fozdik stated his understanding of the meaning of the concept of police as follows: "What we consider to be police nowadays are primarily forces guaranteed by the Constitution which are to protect the individual within their legal rights."[6] Also, Rob Mawby points out that the notion of police involves every agency that may differ with regard to the legitimacy, structure and function. In accordance with the definitions set out front, there is a legitimate question, considering the complexity of this concept, which is whether it is possible to define the concept of police in a relatively comprehensive way, and thus avoiding reducing police only to its key elements and characteristics. Given all this, by defining the police as a "complex system of professional type, which was organized in order to maintain public peace and order in the society and which is for this purpose provided with statutory powers and resources, including the means of coercion"[7], Milosavljevic rightly points out that the police should be seen as a dynamic system that interacts with its environment, emphasizing that its professional characteristics are done to restrict this concept to the bodies and institutions performing police duties in the form of public services, which excluded various forms of subsidiary and private police from the definition of the police. Bearing in mind all the foregoing, the police can be defined as a separate, specific state authority complex type that is organized to ensure the maintenance of law and order in a society, and that is for this purpose provided with statutory powers and resources include the means of coercion. In accordance with such a concept of the police, its main features are as follow:

The police in its organization and functioning are not only special, but also a specific state authority;

---

[3] The Oxford Dictionary: A New English Dictionary on Historical Principles, Clarendon Press, Oxford 1933, 1069–1070.

[4] New Larousse Encyclopedia, JRJ, Belgrade 1999.

[5] See more: Stanko Bejatović, Milimir Govedarica, *Police in the Criminal Proceedings*, Banja Luka 2014, 258. (Serbian)

[6] S. Bejatović, M. Govedarica, 258.

[7] Bogoljub Milosavljevic, *Police Science*, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade 1997, 11–14. (Serbian)

Regardless of the country where the police are formed, it stands as such a state body which is organized for the purpose of maintaining public peace and order in a society, and thus ensuring the rule of law in the society;

In order to achieve its primary task of organization, the police realize multiple functions (powers);

All of its police powers are implemented in accordance with the law and the appropriate regulation;

To achieve the function of its existence, the police have statutory powers supplied with the necessary means;

One of the means for exercising its functions is also the means of coercion.[8]

Finally, in relation to this, we would like to point out that, although modern tendencies have distinctive approaches to determine the concept of the police in relation to the term that existed in history, this does not mean that in those original communities people did not deal with the terms in question, but over time attitudes, organization, regulation, social relations, the need in it have been modified, so "the process of creating the first country led to a gradual escalation of those forms of regulation of social relations and sanction violations that recognizes the original communities in the institutions of state power".[9] When it comes to the concept of a police function as well as with the concept of police, the attitude of the majority of authors in terms of pluralism and talk about the stated problem as a concept and type of policing functions is justified, rather than the concept of police functions, which finds its foundation in more facts. On the first place, the number of police functions, i.e. the quantitative aspect, implies the function. Also, police functions and activities taken by the police in the exercise thereof vary significantly from country to country. Furthermore, police functions are dynamic in nature, i.e. variable in their content, not only when we take into account the different countries (and even different cities within a single country), but especially if we bear in mind the different periods in which they have existed.[10] Until the 60th, there was the dominant view that the most important and most common police activity was related to crime prevention and detection of criminal offenders. However, such opinion was soon abandoned, based on the first basic research on the basis of which the police clearly recognized that much more time is spent in activities that have a social utility character, help people in their small everyday problems than in activities related to the fight against crime.[11] Surveys

---

[8] Dragana Čvorović, *Deprivation and Restriction of Liberty by the Police*, Doctoral Dissertation, Faculty of Law, University of Belgrade 2016, 249. (Serbian)

[9] *Ibid*., 250.

[10] *Ibid*., 251.

[11] Elaine, Cumming, Laura Edel, Ian Cumming, *The Policman as Philosopher, Guide and Friend*, according to: Samuel Walker, *The Police in America: An Introduction*, McGraw-Hill, Inc., New York 1992, 22.

conducted in connection with this show that the overall volume of police works in combating crimes account for only 20% -30%.[12] In line with this, we can conclude that the function of the police cannot be reduced only to the prevention and repression of crime, but that it has a very important social-utility segment. Bearing in mind the results of research, the mythical notion of the police was redefined as an agency for the fight against crime.[13] From the aspect of criminal functions, in other words, prevention and repression of crime, we mainly refer to the international standards of the right to life, prohibition of inhuman, degrading treatment or punishment, and the right to liberty and security of person, the right to a fair trial, which is in accordance with their character and hierarchical primary location on the social scale, may be restricted only in cases prescribed by the law, and to respect and achievement of their set as crucial in contemporary society, and the situation deviations from the absolutist approach must be interpreted narrowly. Among the many functions of the police, two are of particular importance when it comes to the preliminary investigation and criminal proceedings and as such they make the memorial of police of all countries. The first function is to combat crime, which unites two aspects – preventive and repressive. The second function is the maintenance of public order and social services segment. However, what connects these two functions is that in neither of the segments the police stand as the only bearer of functions as well as the activities undertaken with the aim of achieving them, despite the fact that the police have a key role. For example, the effectiveness of combating crime, depends not only on effective police work in this field, but also on the efficiency of engagement of many other social actors whose role in the fight against crime is considered to be very important.

2. CORRELATION OF THE PUBLIC PROSECUTOR AND THE POLICE AS A FACTOR OF THE EFFICIENCY OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS

The effectiveness as an international standard, especially in the suppression of crime, depends not only on effective police work[14] in this field, but also on the efficiency of engagement of many other social actors whose role in the fight against

[12] S. Walker, 83; Steven M. Cox, *Police: Practices, Perspectives, Problems,* Allyn and Bacon, Boston 1996, 22.

[13] It should be noted that the entertainment industry – the media, movies, are significantly responsible for this image of the police, but also to the police itself maintains this image that it usually comes before the public with information relating to the performance in the fight against crime (although this fight is much easily quantified and statistically shown, but various forms of social service work of the police).

[14] Bogoljub Milosavljević, *Human Rights and Police*, Center for the antiwar Action, Belgrade 2004. (Serbian)

crime is considered very important. In accordance with the reformed criminal procedure legislation of Serbia,[15] the police together with the public prosecutor[16] stand as the key subject in the preliminary proceedings,[17] both in taking actions of operational-tactical character, and the evidence gathering, which, if taken in accordance with the Code, may be used in further proceedings. The legal basis for the actions taken by the police is provided by the Art. 286 of the Criminal Procedure Code in the following manner: "If there are grounds for suspicion that a criminal offense is prosecutable ex officio has been committed, the police is required to implement necessary measures to locate the perpetrator of the criminal offence, for the perpetrator or accomplice not to go into hiding or abscond, to detect and secure traces of the criminal offence and objects which may serve as evidence, as well as to collect all information which could be of benefit for the successful conduct of criminal proceedings". From the standpoint of criminal procedure,[18] the role of the police in preliminary investigation proceedings in the field of implementation of international standards is immeasurable, but it is a necessary response to the question whether the mutual relation of the subjects of the preliminary investigation[19] and at which level, contributes to the implementation of

[15] Milan Škulić, "Misconceptions and Numerous Legal and Technical Errors of the New Criminal Procedure Code – What to do Next and How to Reform the Reform of Serbian Criminal Procedure", *Reform of Criminal Law* (ed. Goran Ilić), Belgrade 2014, 23- 66; Vojislav Đurđić, "Conceptual Downward in the New Criminal Procedure Code of Serbia", *Reform of Criminal Law* (ed. Goran Ilić), Belgrade 2014, 66-87; Vojislav Đurđić, "Starting and Control of Public Prosecution Investigation", *Prosecutorial investigation*, OSCE Mission to Serbia, Belgrade 2014, 139-153; Milan Škulić, *Criminal Procedure Law*, Faculty of Law, University of Belgrade, Belgrade 2014; Vojislav Đurđić, "The Prospect of a New Model of Criminal Procedure Serbia", *Journal of Criminalistic and Law* 2/2015, 71- 97; Tatjana Bugarski, "Direct Accusation", *Prosecutorial Investigation* (eds. Ivan Jovanović, Ana Petrović-Jovanović), OEBS Mission to Serbia, Belgrade 2014, 221- 233; (Serbian); Dragana Čvorović, Veljko Turanjanin, "Reformed Criminal Procedure Legislation and Serbian Police Legitimacy in Europe (Doctrine, Statistics and Consistency)", *Archibald Reiss Days* vol. 1 (ed. Đorđe Đorđević), Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade 2016, 483-494.

[16] Goran Ilić, "Position of the Public Prosecutor according to the New Serbian Criminal Procedure Code", *New Trends in Serbian Criminal Procedure Law and Regional Perspectives* (eds. Ana Petrović, Ivan Jovanović), OSCE Mission to Serbia, Belgrade 2012, 70-77; Dragana Čvorović, „Public Prosecutor as a Powerful Figure of the Modern Criminal Procedure Legislation", *Crime and Society of Serbia: Challenges of the Social Disintegration, Social Regulation and Environmental Protection* (eds. Marina Hugson, Zoran Stevanović), Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade 2015, 223- 237. (Serbian)

[17] Goran Ilić, "Pre-investigation", *Manual for the Implementation of the Code of Criminal Procedure* (eds. Stanko Bejatović, Milan Škulić, Goran Ilić), Association of Public Prosecutors and Deputy Public Prosecutors of Serbia, Belgrade 2013, 211- 230. (Serbian)

[18] Stanko Bejatović, "The Effectiveness of the Criminal Proceedings as an International Legal Standard", *Criminal Legislation of Serbia and the European Union Standards* (ed. Stanko Bejatović), Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, Belgrade 2010, 184-208. (Serbian)

[19] Dragana Čvorović, "Public Prosecutor and the Police as the Key Subjects of the Preliminary Investigation Phase and the Investigation Phase New Criminal Procedure", *The Position and*

international standards. The answer to this question contains three special features: firstly, the concrete form of cooperation between these categories of operators depends on the type of subjects and actions whose undertaking under their jurisdiction, and the actions of which they are the holders. Secondly, the efficiency of the treatment of these subjects determines not only on the effectiveness of the actions in which those are taking part, but also the efficiency of the preliminary investigation as a whole. Thirdly, the principles of activity, professionalism, legality and mutual respect must be the principles of mutual relations and cooperation between these entities regardless of the occasion which actions these relations are established.[20] Only full compliance of these principles by the subjects of the preliminary investigation is the basis of efficiency of the preliminary investigation and is understood in qualitative and quantitative[21] terms.[22] Because of all this, full attention must be given to establishment of these relations, and above all, by the public prosecutor as the head of the preliminary investigation. Accordingly, compliance with these principles of mutual relations between active entities in a preliminary investigation is not only the basis of the legality of actions taken, but also the guarantee of the efficiency of the undertaking and the basis of its contribution to the efficiency of the preliminary investigation as a whole, or criminal proceedings.

3. EMPIRICAL RESEARCH AND PROPOSALS *DE LEGE FERENDA*

The conducted research regarding the relationship between police and public prosecutors in the reformed criminal procedure legislation of Serbia, confirmed the initial hypothesis that this is one of the most important and the most pressing issues when it comes to criminal-legal matter (theory and practice) in general. In order to evaluate the adequacy of using the criminal procedure norms by the public prosecutor and the police we have conducted the empirical research. Its goal is the following: firstly, understanding the scope and ways of mutual cooperation between the public prosecutor and the police in pretrial investigation and investigation procedure and the impact of this cooperation on the efficiency of detecting and proving criminal acts and their perpetrators and implementation of international

Role of the Police in a Democratic State, Criminalistic and Police Academy, Belgrade 2013, 111- 139. (Serbian)

[20] D. Čvorović (2016), 197

[21] Slavoljub Carić, "The Right to Trial within a Reasonable Time in Criminal Matters: the Attitudes of the European Court of Human Rights", *The Main Hearing and Trial within a Reasonable Time* (eds. Stanko Bejatović, Ivan Jovanović), OSCE Mission to Serbia, Belgrade 2015, 34- 49. (Serbian)

[22] Vojislav Đurđić, "Criminal Procedure Law as a Normative Assumption of the Efficiency of Procedures in Criminal Matters", *Criminal Legislation, Organization and Efficiency of the Judiciary in Criminal Matters* (ed. Stanko Bejatović), Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, Belgrade 2008, 9-39. (Serbian)

standards and secondly, making proposals for removing negativity in the application of legal provisions by these two processing entities. The justification of the empirical research of these issues emerged as necessary for the reasons of the changed procedural position of these two subjects in the CCP from 2011. We conducted the survey between public prosecutors and member of the police. In this work, we analyzed attitudes of the public prosecutor's. In accordance with the conducted research, the basic characteristics of mutual cooperation between the public prosecutor and the police in preliminary investigation and pre-trial investigation in order to realize efficiency as an international standard are as follows.

The cooperation between prosecution and the police is not very satisfactory, which is particularly evident when it is viewed from the perspective of the police were 14, 3% of respondents defined this cooperation as *bad*, 40, 3% as *satisfactory* and only 36, 4% as *good* and 9% as a *very good*. Bearing in mind the position of the police and the public prosecutor in the concept of the new CPC, especially the leadership role of the public prosecutor in the preliminary investigation procedure, it is necessary to make the cooperation more qualitative by the authorization of the police and the new concept of investigation.

1. How would you assess your cooperation with the police?

	Percentage	Total answered
Bad	14,3%	11
Satisfactory	40,3%	31
Good	36,4%	28
Very good	9,0%	7
	Answered the question	**77**
	Did not answer the question	**4**

It is a significant number of coordination meetings held between the prosecution and the police and the subject of their discussion in a small number of cases (38, 9%) was related to the topic in question. Those were very general meetings. However, we have to bear in mind the fact that it is hard to answer to the concrete issues before the implementation of the new CPC.

2. Prior to the entry into force of the CPC did you have any coordination meeting with the police on the topic of your future cooperation (changed) by the new CPC?

	Percentage	Total answered
Yes	67,5%	52
No	32,5%	25
	Answered the question	**77**
	Did not answer the question	**4**

3. Meetings were related to:

	Percentage	Total answered
Generally to the subject of the cooperation	61,1%	33
To the concrete topics	38,9%	21
	Answered the question	**54**
	Did not answer the question	**27**

Structurally speaking, the quality of criminal charges submitted by the police to the public prosecutor is not at the required level. Only in 44, 9% of cases, the public prosecutor may, on the basis of the submitted complaint and its annex immediately decides on the opening or closing the investigation. If the public prosecutor cannot assess from the criminal complaint if its assertions are probable, or if the data in the complaint do not provide sufficient grounds to decide whether to conduct an investigation, or if he finds out in some other way that a criminal offence has been committed, the public prosecutor may: 1) collect the necessary data himself; 2) request citizens [to provide information], under the prescribed conditions; 3) submit a request to public and other authorities and legal persons to provide necessary information (article 282).

4. Are the criminal charges sent to you by the police usually such that on their basis you can immediately decide whether to open an investigation or not?

	Percentage	Total answered
Yes	44,9%	35
No	55,1%	43
	Answered the question	**78**
	Did not answer the question	**3**

Insufficient own actions taken by the police in a case of reasonable suspicion of committing a criminal offense are the problem (art. 286 CPC). According to the results of the conducted survey among holders of public prosecution office, the police "regularly and on its own initiative take this action"[23] only in 1,6% of cases (always) and 47,4% (often).

5. Do the police regularly and on its own initiative take actions provided for in Article 286 of the CPC?

	Percentage	Total answered
Always	1,3%	1
Often	47,4%	37
Rare	34,6%	27
Never	16,7%	13
	Answered the question	**78**
	Did not answer the question	**3**

[23] D. Čvorović (2016), 550.

As we said, if there are grounds for suspicion that a criminal offence which is prosecutable *ex officio* has been committed, the police is required to implement necessary measures to locate the perpetrator of the criminal offence, for the perpetrator or accomplice not to go into hiding or abscond, to detect and secure traces of the criminal offence and objects which may serve as evidence, as well as to collect all information which could be of benefit for the successful conduct of criminal proceedings. For the purpose of fulfilling these duties referred, the police may: seek necessary information from citizens; perform necessary inspection of vehicles, passengers and luggage; restrict movement in a certain space for a necessary period of time and up to a maximum of eight hours; undertake necessary measures in connection with the establishment of the identity of persons and objects; post a wanted circular for a person and objects being searched for; in the presence of a responsible person inspect certain facilities and premises of public authorities, enterprises, shops and other legal persons, inspect their documentation and if needed seize it; undertake other necessary measures and actions. A transcript or an official note will be made of facts and circumstances established during the performance of certain actions, as well as objects found or seized, which may be of interest for the criminal proceedings. Acting on an order of the public prosecutor the police may for the purpose of fulfilling the duties obtain a record of telephone communications or the base stations used, or perform location of the place from where a communication is being conducted. The police immediately, or no later than 24 hours after performing them, notify the public prosecutor about the performance of the measures and actions. A person against whom any of the measures and actions has been applied is entitled to submit a complaint to the competent public prosecutor.

6. Do the police inform you about the actions taken pursuant to article 286?

	Percentage	Total answered
Within 24 hours	77,3%	58
After 24 hours	18,7%	14
Never	4,0%	3
	Answered the question	**75**
	Did not answer the question	**6**

One of the most important police activities is the undertaking activities on the crime scene. Usually, the police first find out the felony.[24] However, the police have to notify the public prosecutor about that step. As we can see, in the 86,1% the police inform the prosecutor before undertaking activities on the crime scene, but in the 13, 9% it take this step during the investigation on the crime scene. The

[24] Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Criminal Procedure Law*, Faculty of Law, Novi Sad 2015, 297. (Serbian)

fact that is especially troubling if notifying after the activities on the crime scene, which is not justifiable. The prosecutor goes to the crime mostly when he evaluate that it is necessary (96, 2%).

7. When undertaking an investigation on the crime scene, the police notifies you:

	Percentage	Total answered
Before undertaking an investigation on the crime scene	86,1%	68
During the investigation on the crime scene	13,9%	11
After the investigation on the crime scene	5,0%	4
	Answered the question	**79**
	Did not answer the question	**2**

8. When you are timely notified about the crime, do you go to a crime scene?

	Percentage	Total answered
Yes, always	2,5%	2
Yes, when I evaluate that it is necessary	96,2%	76
Never	1,3%	1
	Answered the question	**79**
	Did not answer the question	**2**

The prosecutor is the main actor in the criminal procedure and investigation. He is not obliged to discuss about the strategy with the police, but it could be useful. However, that is rare.

9. Upon receipt of the criminal report, do you meet with the police to discuss the strategy of the investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	33,3%	25
No	66,7%	50
	Answered the question	**75**
	Did not answer the question	**6**

The public prosecutor leads the pre-investigation proceedings. For the purpose of exercising the authority, the public prosecutor undertakes necessary actions aimed at prosecuting the perpetrators of criminal offences. The public prosecutor may assign to the police the undertaking of certain actions aimed at detecting criminal offences and locating suspects. The police are required to execute the order of the public prosecutor and to inform him regularly about actions undertaken. Due to this obligation, the prosecutor has to provide adequate instructions to the police.

10. What instructions do you usually give to the police?

	Percentage	Total answered
General (take any necessary actions)	10,0%	8
Concrete (indicating the exact actions that should be taken)	90,0%	72
	Answered the question	**80**
	Did not answer the question	**1**

If the prosecutor is not able to undertake the actions by himself, the public prosecutor will request the police to collect the necessary information and to undertake other measures and actions with the aim of uncovering the criminal offence and the perpetrator. According to the article 282 CPC, the police are obliged to act in accordance with the request of the public prosecutor and to notify him about the measures and actions it had undertaken not later than 30 days from the date of receiving the request. In the most cases, the police do not respect this deadline.

11. Do the police respect the 30-day deadline for the execution of your request?

	Percentage	Total answered
Yes	36,4%	28
No	63,6%	49
	Answered the question	**77**
	Did not answer the question	**4**

In the next three tables we examined situations where the police did not take ordered action, did take the action that is not ordered and took the banned action.

12. Have you ever encountered a situation where the police have not taken action that you have ordered?

	Percentage	Total answered
Yes	76,1%	54
No	23,9%	17
	Answered the question	**71**
	Did not answer the question	**4**

13. Have you ever encountered a situation where the police took the action that you have not ordered?

	Percentage	Total answered
Yes	62,7%	42
No	37,.31%	25
	Answered the question	**67**
	Did not answer the question	**4**

14. Have you ever encountered a situation where the police took the action that you have banned?

	Percentage	Total answered
Yes	5,2%	4
No	94,8%	73
	Answered the question	**77**
	Did not answer the question	**4**

In some cases, the public prosecutor can initiate a disciplinary proceeding against the member of the police. Where the police or other public authority does not comply with a request of the public prosecutor, the public prosecutor will immediately notify thereof the head of that authority, and may, if needed, also notify the competent minister, the Government or the competent working body of the National Assembly. If within 24 hours of the time when the notification was received the police or other public authority fails to comply with the request of the public prosecutor, the public prosecutor may request the institution of disciplinary proceedings against the person who he believes is responsible for not complying with his request (article 44 CPC).

15. Have you ever encountered a situation where a police officer receives the order from his superior that is contrary to yours?

	Percentage	Total answered
Yes	41,8%	33
No	58,2%	46
	Answered the question	**79**
	Did not answer the question	**2**

16. Have you ever asked for initiation of disciplinary proceedings in accordance with Article 44 of the CPC?

	Percentage	Total answered
Yes	4,0%	3
No	96,0%	73
	Answered the question	**76**
	Did not answer the question	**5**

17. If yes, do you know the outcome of your initiative?

	Percentage	Total answered
Yes	8,3%	2
No	91,7%	22
	Answered the question	**24**
	Did not answer the question	**57**

18. If you are familiar with the outcome, has disciplinary proceeding been initiated?

	Percentage	Total answered
Yes	22,2%	4
No	77,8%	14
	Answered the question	**18**
	Did not answer the question	**63**

If the police conduct an evidentiary action during the pre-investigation proceedings, it will inform the public prosecutor thereof without delay. Evidence obtained by the police by conducting evidentiary actions may be used in the further course of the criminal proceedings if the evidentiary actions were conducted in accordance with the CPC (article 287 CPC).

19. Did the police notify you without delay of evidentiary actions undertaken during the preliminary investigation, in accordance with the Article 287 of the CPC?

	Percentage	Total answered
Yes	75,0%	57
No	25,0%	19
	Answered the question	**76**
	Did not answer the question	**5**

When the police collect information from a person for whom there exist grounds for suspicion that he is the perpetrator of a criminal offence, or undertake towards that person actions in the pre-investigation proceedings stipulated by his Code, they may summon him only in the capacity of a suspect. The suspect will be advised in the summons that he is entitled to obtain a defense counsel. If during collection of information the police find that the citizen summoned may be deemed a suspect, they are required to advise him immediately of his rights and of the right to obtain a defense counsel who will attend his questioning. The police will notify the competent public prosecutor without delay about these acting. The public prosecutor may conduct the suspect's questioning, attend the questioning or assign the questioning to the police. If the suspect agrees to make a statement, the authority conducting the questioning will act in accordance with the provisions of the CPC relating to the questioning of a defendant provided that the consent of the suspect to be questioned and his statement during the questioning are given in the presence of his defense counsel. The transcript of this questioning is not excluded from the files and may be used as evidence in criminal proceedings. If the public prosecutor is not present at the questioning of a suspect, the police will deliver to him without delay the transcript of the questioning (article 289 CPC).

20. Have you ever entrusted the interrogation of the suspect to the police?

	Percentage	Total answered
Yes, once or several times	40,3%	31
Yes, often	37,7%	29
Never	22,0%	17
	Answered the question	**77**
	Did not answer the question	**4**

The prosecutor, according to the CPC, can entrust the witness and expert interrogation to the police. But, it is not easy decision, and in the most cases, the prosecutor interrogates witnesses and expert himself.

21. Have you ever entrusted the interrogation of witnesses to the police?

	Percentage	Total answered
Yes, once or several times	11,5%	9
Yes, often	9,0%	7
Never	79,5%	62
	Answered the question	**78**
	Did not answer the question	**3**

22. Have you ever entrusted the interrogation of expert to the police?

	Percentage	Total answered
Yes, once or several times	1,3%	1
Yes, often	0,0%	0
Never	98,7%	77
	Answered the question	**78**
	Did not answer the question	**3**

An investigation is initiated by an order issued by the competent public prosecutor. An order to conduct an investigation is issued before or immediately after the first evidentiary action undertaken by the public prosecutor or the police in the pre-investigation proceedings, but not later than 30 days after the public prosecutor was notified about the first evidentiary action undertaken by the police. The order to conduct an investigation must specify the following: the personal data of the suspect, if his identity is known, the description of the act on which the legal elements of a criminal offence are based, the legal qualification of the criminal offence and the circumstances from which the grounds for suspicion are derived.

23. Do you inform a police officer working on the specific case about the order on conducting the investigation?

	Percentage	Total answered
Yes	18,4%	14
No	81,6%	62
	Answered the question	**76**
	Did not answer the question	**5**

24. If yes, do the police still take actions on their own initiative?

	Percentage	Total answered
Yes	14,3%	5
No	85,7%	30
	Answered the question	**35**
	Did not answer the question	**46**

From the last table we can see that 65, 5% of the questioned police officers consider that the "existing legal framework does not adequately regulate the relationship between the prosecutor and the police". This is not a surprise, because the whole CPC in far from the ideal legal text. According to it, this field should be improved, because cooperation between the public prosecutor and police has to be perfect.

25. Does the existing legal frame adequately regulate relationship between the prosecutor and the police?

	Percentage	Total answered
Yes	34,5%	19
No	65,5%	36
	Answered the question	**55**
	Did not answer the question	**26**

According to the conducted research, there has been still insufficient level of comprehensive knowledge of the provisions of the new Criminal Procedure Code as for its effect has a practical non-implementation of some of its provisions in accordance with the intentions of the legislator, in addition to ignorance of legal provisions, adversarial and imprecision of the new CPC of Serbia also, one of the indicators of distinction in the practical application of the provisions of the CPC Serbia. Those statements can also be ordered as proposals in achieving the desired efficiency, through a better understanding of legal provisions by the police and public prosecutors, and adequate elaboration of normative legal explicit, given that the normative basis is one of the most important factors of efficiency, in line with trends and attitudes in modern doctrine of criminal law. Also, the

valid theoretical point of view when it comes to the role of the police in the comparative criminal procedure imply much more active position of the police in the previous criminal proceedings, and bearing in mind the positive experiences of these countries in terms of efficiency of the police in this case, it is necessary to take into account their solutions, and thus create a normative basis for more efficient functioning of the state organs, especially in the correlation with the public prosecutor.

Dr Snežana M. Soković, redovni profesor
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet u Kragujevcu
ssokovic@jura.kg.ac.rs

Dr Dragana S. Čvorović, docent
Kriminalističko-policijska akademija
Beograd
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs

Dr Veljko M. Turanjanin, docent
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet u Kragujevcu
vturanjanin@jura.kg.ac.rs

Saradnja javnog tužioca i policije u Republici Srbiji

***Sažetak**: Savremeni trendovi u krivičnoprocesnom zakonodavstvu tendenciozno tragaju za instrumentima realizacije efikasnosti kao međunarodni standard i to u svom kvantitativnom i kvalitativnom aspektu. Doktrinarna razmatranja svoje uporište pronalaze u višedecenijskoj reformi krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije, a pitanje koje je oduvek predstavljalo jedno od značajnijih obeležja krivičnoprocesnog zakonodavstva uopšte je i korelacija javnog tužioca i policije i njen doprinos efikasnosti krivičnog postupka. U skladu sa navedenim, autori posebnu pažnju posvećuju sledećim pitanjima: prvo, pojam policije i policijske funkcije; drugo, korelacija javnog tužioca i policije kao faktor efikasnosti krivičnog postupka; treće, empirijsko istraživanje i predlozi de lege ferenda.*

***Ključne reči**: policija, javni tužilac, međunarodni standard, reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva.*

Datum prijema rada: 21.12.2016.

Originalni naučni rad 347.956(497.11)"1853/1860"
doi:10.5937/zrpfns50-12419

Dr Maša M. Kulauzov, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

REDOVNI PRAVNI LEKOVI PO ODREDBAMA PARNIČNOG ZAKONODAVSTVA IZ 1853. I 1860. GODINE*

Sažetak: *Autor u radu vrši istorijskopravnu analizu odredaba Zakonika o građanskom sudskom postupku iz 1853. i 1860. godine koje se odnose na redovne pravne lekove. Kako se radilo o materiji koja ranije nije bila zakonski regulisana, ubrzo su usledile brojne izmene i dopune prvobitnih normativnih rešenja koje su razmotrene i upoređene sa izvornim tekstom odgovarajućih zakonskih odredaba. Obrađena su i pravila o nadležnosti Apelacionog, Kasacionog i Vrhovnog suda sadržana u sudskim ustrojstvima. U pogledu redovnih pravnih sredstava, detaljno su analizirane njihove vrste, broj, rokovi za izjavljivanje, uslovi pod kojima su dozvoljeni pravni lekovi, dopuštenost iznošenja novih činjenica i dokaza u njima, obaveza njihovog dostavljanja protivnoj stranci na odgovor, karakter sudskih odluka donetih povodom izjavljenih pravnih sredstava. Izmene prvobitne zakonske regulative iz 1853. godine ukazuju na tendenciju smanjivanja broja sudskih instanci, redukovanja broja pravnih lekova i uslova pod kojima se mogu izjaviti. Naime, u praksi se vrlo brzo pokazalo da je sudska organizacija suviše razgranata i sistem ostvarivanja pravne zaštite isuviše složen, što je komplikovalo, usporavalo i poskupljivalo postupak. Zato je u narednom procesnom zakoniku iz 1860. godine predviđena samo jedna žalbena instanca – Apelacioni sud i jedan redovan pravni lek – žalba (nezadovoljstvo).*

Ključne reči: *Parnično zakonodavstvo, građanski sudski postupak, redovni pravni lekovi, Apelacioni sud, Kasacioni sud.*

---

* Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu pod nazivom „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" u 2016. godini.

1. UVOD

Redovni pravni lekovi su najvažnija pravna sredstva putem kojih se ostvaruje načelo zakonitosti i otklanjaju nepravilnosti i nezakonitosti u radu prvostepenih sudova. Naime, koliko god da je cilj sudskog postupka pravična primena materijalnog prava na sporni procesni odnos, greške u suđenju i povrede zakona su neminovne. Kako u postupku učestvuje veći broj procesnih subjekata koji preduzimaju niz procesnih radnji, sasvim je očekivano da pojedinim stranama u parničnom odnosu u prvoj instanci bude uskraćena zaštita njihovih građanskih subjektivnih prava. Instanciona kontrola sudskih odluka u drugom stepenu stoga je od izuzetne važnosti za efikasno ostvarivanje pravne zaštite kada je povređen ili ugrožen neki pravom zaštićeni interes. Zato je znameniti srpski pravnik Jovan Hadžić već 1845. godine u svom nacrtu zakonika o građanskom postupku posvetio 21 član žalbenom postupku.[1]

Kao reakcija na samodržavlje kneza Miloša, prvim procesnim zakonikom iz 1853. godine uveden je niz redovnih pravnih lekova koji su podnošeni velikom broju sudskih instanci.[2] Ovako komplikovan i skup sudski postupak izazvao je niz kritika,[3] tako da je Zakonikom iz 1860. godine smanjen broj žalbenih instanci i pravnih lekova. Pri tom je zadržan princip višestepenosti kao osnovna pretpostavka sudske nezavisnosti i zakonitosti sudskih odluka.

---

[1] Uroš Stanković, „Nacrt Zakonika o građanskom postupku Jovana Hadžića (1845)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (*Zbornik radova PFNS*) 2/2013, 502.

[2] Slobodan Jovanović, *Ustavobranitelji i njihova vlada* (*1838-1858*), Beograd 1925, 18-20.

[3] Tako je, između ostalih, i znameniti profesor građanskog i međunarodnog prava Borislav T. Blagojević tvrdio da je u procesnom smislu optimalno dvostepeno suđenje. U protivnom, postupak se beskonačno produžava bez ikakve garancije da će sud trećeg ili četvrtog stepena odlučiti bolje nego prve dve sudske instance. – Borislav T. Blagojević, *Načela privatnoga procesnoga prava*, Beograd 1936, 401. Pravni pisac je svoje mišljenje ponovio i povodom stupanja na snagu novog Zakonika o sudskom postupku u građanskim parnicama za Kraljevinu Jugoslaviju, nepovoljno se pritom izrazivši o Kasacionom sudu kao sudu poslednjeg, trećeg stepena. On se protivio trostepenom odlučivanju uz argumentaciju da niži sudovi koji su u neposrednom dodiru sa strankama mogu pravilnije da ispitaju predmetni spor i bolje reše faktička pitanja, i da je sasvim dovoljno da se uvede instanciona kontrola prvostepenih odluka u još jednom stepenu. Pored toga što je trostepeno suđenje nepotrebno i izlišno, ono, po autorovom mišljenju, ugrožava i načelo sudske nezavisnosti i princip slobodnog sudijskog uverenja. On smatra da je iluzorno govoriti o formiranju slobodnog sudijskog uverenja ukoliko je svaki sudija nižeg suda svestan da najviši sud može po sopstvenom nahođenju menjati njegove odluke, a da on pritom neće biti u prilici da obrazloži svoje mišljenje izneto u odluci i tako brani svoje slobodno sudijsko uverenje. – B. T. Blagojević, „Neka pitanja povodom stupanja na snagu građanskog parničnog postupka“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 5/1933, 411-412. Interesantno je da su prvi srpski zakonopisci Jovan Hadžić i Vasilije Lazarević bili rezolutno protiv višestepenog suđenja. Oni su zauzeli stav da presuda prvostepenog suda treba po pravilu da bude konačna, osim u izuzetnim, taksativno navedenim slučajevima, kada je potrebno omogućiti podnošenje žalbe višoj sudskoj instanci. – U. Stanković, „Prvi pokušaji kodifikacije građanskog postupka u Srbiji (1829-1844)“, *Zbornik radova PFNS* 2/2012, 494.

2. REDOVNI PRAVNI LEKOVI PO ODREDBAMA ZAKONIKA IZ 1853. GODINE

2.1. Apelata (nezadovoljstvo) protiv presude donete u prvom ili drugom stepenu i žalba kasacionoj vlasti

Nezadovoljstvo se može izjaviti samo protiv presude, odnosno pravnog akta kojim se odlučuje o glavnom i osnovnom pitanju parničnog postupka – o tužbenom zahtevu. Protiv sudskih naredaba i rešenja nije dozvoljeno ulaganje nezadovoljstva jer se putem njih meritorno ne odlučuje, što je izričito normirano u čl. 592 tač. d prvog parničnog procesnog zakonika.[4] Apelata nije dozvoljena protiv prvostepene presude ukoliko vrednost predmeta spora ne prelazi 500 groša čaršijskih, kao ni protiv presuda donetih na osnovu priznanja, odricanja ili zbog izostanka. Pravno zainteresovana strana ne može uložiti nezadovoljstvo Vrhovnom sudu protiv presude Apelacionog suda ako vrednost predmeta spora ne prelazi 1000 groša čaršijskih i ukoliko je drugostepena odluka saglasna sa prvostepenom (čl. 591-593).[5] Dakle, apelata Vrhovnom sudu[6] dozvoljena je samo protiv presuda prve žalbene instance kojom se odluka nižeg suda preinačuje ili ukida. Zakonodavac je očigledno smatrao izlišnim da dozvoli ulaganje još jednog pravnog leka protiv potvrđenih sudskih odluka Apelacionog suda[7], jer bi se na taj način nepotrebno komplikovao i odugovlačio postupak i odlagalo nastupanje pravosnažnosti.

Suspenzivnost apelate ograničava se na pobijani deo presude. U nepobijanom delu ona postaje pravosnažna i zainteresovana strana može tražiti njeno izvršenje (čl. 594). Rok za podnošenje pravnog sredstva iznosi osam dana i počinje teći od dana dostavljanja presude parničnim strankama.[8] Nezadovoljstvo se izjavljuje

---

[4] Zakonik o sudejskom postupku u parnicama građanskim za Knjažestvo Srbiju (u daljem tekstu: Zakonik iz 1853. god.), Beograd 1853.

[5] *Ibid*.

[6] Vrhovni sud je obrazovan 1846. godine kao konačni sud trećeg i poslednjeg stepena (čl. 1), ovlašćen da drugostepenu presudu potvrdi, preinači ili ukine (čl. 6-7). Njegove presude su konačne i izvršne (čl. 11). – Ustrojenije Vrhovnog suda, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, br. 3/1847.

7 Apelacioni sud je sud drugog stepena (čl. 1), koji prvostepene presude i rešenja okružnih sudova može preinačiti, potvrditi ili ukinuti (čl. 5-6, 11). – Ustrojenije Apelacionog suda od 1. novembra 1846. godine (u daljem tekstu: Ustrojstvo Apelacije iz 1846. god.), *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, br. 3/1847.

[8] Advokat iz Kruševca Svetozar Arsenović ukazao je na iznenađujuću činjenicu da sudovi često ne razlikuju ***rokove*** i ***ročišta***, iako su zakonski propisi u tom pogledu nedvosmisleni. Arsenović navodi da rok predstavlja vreme propisano (zakonom ili sudskom naredbom) za predaju kakvog akta: tužbe, odgovora, žalbe, nezadovoljstva. S druge strane, ročište je određeni, naročiti dan kada parničari treba da budu pred sudom, i od predaje poziva – naredbe za ročište ne mora se ostaviti nikakvo vreme do onoliko, koliko je nužno, da bi parničari mogli stići na ročište. Arsenović je skrenuo pažnju da, i pored jasnih propisa, sudovi često ne prave razliku između rokova i ročišta i smatraju da od dana predaje poziva na ročište do njegovog održavanja mora proći najmanje

sudu koji je doneo pobijanu presudu, s tim što se dan predaje pošti na recepis smatra danom predaje sudu. U narednih osam dana stranka može obrazložiti apelatu ukoliko to nije učinila odmah, ali navođenje žalbenih razloga nije obligatorni deo presude i ona će biti dostavljena funkcionalno nadležnom višem sudu i bez njih. S druge strane, rok za podnošenje nezadovoljstva je prekluzivan, i njegovo propuštanje rezultira gubitkom prava na pravni lek. Ako ga stranka ipak podnese po proteku roka, smatra se nedopuštenim i odbacuje (čl. 595-598).[9]

Ukoliko se presuda sastoji iz više tačaka, stranka mora tačno i jasno naznačiti protiv koje tačke, npr. odluke o glavnici, interesu ili troškovima ulaže pravni lek jer će se smatrati da je sa preostalim delom sudske odluke zadovoljna (čl. 599).[10] Dakle, sud neće *ex officio* ispitivati u kom delu svog zahteva stranka nije uspela pa spram toga opredeliti protiv koje časti presude je izjavljeno nezadovoljstvo, već parničar mora decidirano navesti kojim tačkama presude nije zadovoljan. Po svemu sudeći su složeni tehnički zahtevi stvarali poteškoće strankama lišenim pravničkog obrazovanja koje nisu znale da jasno i precizno opredele razloge i obim svog nezadovoljstva, jer je ubrzo usledila izmena pomenute zakonske odredbe. Naime, od 1855. god. parničar može izjaviti nezadovoljstvo *uopšte*, bez bližeg određenja dela presude koji se pobija, i u tom slučaju sud će smatrati da je nezadovoljstvo izjavljeno protiv presude u celini (čl. 594). Ukoliko ima više učesnika u parnici, u odnosu na one koji nisu izjavili nezadovoljstvo presuda je izvršna (čl. 595).[11]

---

devet dana, što autor smatra potpuno netačnim. Tako je u jednom sporu zbog ispunjenja ugovora o kupovini i prodaji zastupnik tuženog primio poziv tek na pet dana pred ročište, pa s toga što mu isti nije predat na osam dana, tražio je drugo ročište. Okružni sud je našao da je ovo traženje neumesno i presudio spor na štetu tuženog, ali je Apelacioni sud po nezadovoljstvu tuženog poništio prvostepenu presudu i vratio predmet da se odredi novo ročište. Advokat nalazi frapantnom činjenicu da ni žalbene instance ne tumače ispravno zakonske propise. – Svetozar Arsenović, *Rokovi i ročišta*, *Porota – list za pravne i državne nauke*, broj 9 od 31. marta (12. aprila) 1880 g., Beograd, 137-138. Ostaje nejasno zbog čega su sudovi nejednoobrazno tumačili zakonske odredbe, kad je već prvim parničnim procesnim zakonikom iz 1853. god. decidirano propisano da su sudovi dužni samo da vode računa da dostavljanje poziva za ročište bude blagovremeno (čl. 131). U čl. 130 je, doduše, preporučeno sudovima da u stvarima koje nisu hitne ostave od osam do šesnaest dana od dostavljanja poziva do ročišta, ali je taj rok instrukcioni i njegovo nepoštovanje ne oslobađa stranku obaveze da u zakazano vreme pristupi ročištu. – Vid. glavu IV *O rokovima i ročištima*, Zakonik iz 1853. god. I Kasacioni sud je u opštoj sednici u više navrata zauzimao stav da je sud dužan samo da vodi računa o tome da stranka bude blagovremeno pozvana na sud, bez preciznog određenja šta znači pravovremeno pozivanje. – Vid. Odluka opšte sednice od 11. februara 1890. g. br. 132 i Odluka opšte sednice od 3. avgusta 1899. g. br. 5644 u Gojko Niketić, *Građanski sudski postupak Kraljevine Srbije protumačen odlukama Državnoga saveta i opšte sednice i odeljenja Kasacionoga suda*, Beograd 1921, 120-121.

[9] Zakonik iz 1853. god.

[10] *Ibid*.

[11] Izmene Zakonika o sudejskom postupku u građanskim parnicama od 28. decembra 1855. godine (u daljem tekstu: Izmene iz 1855. god.), *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 8/1856.

U pogledu mogućnosti iznošenja novih dokaza u žalbenom postupku, zakonik to u načelu ne dozvoljava, osim ukoliko su oni toliko značajni da bi presuda nižeg suda bila bitno drugačija da su uzeti u obzir. Potrebno je i da stranka koja se na njih poziva dokaže da za njih u toku prvostepenog postupka nije znala ili da se ranije na njih nije mogla pozvati. U tom slučaju viši sud će vratiti predmet prvostepenom sudu da celokupnu parnicu razmotri u svetlu novih dokaza (čl. 600).[12]

Iako je izvođenje novih dokaza u postupku instancione kontrole prvostepene odluke sigurno doprinosilo potpunijem ostvarivanju načela materijalne istine i donošenju zakonite presude, ipak je u kasnijem parničnom zakonodavstvu data prednost brzini i ekonomičnosti postupka i ovo rešenje je napušteno.[13] Pored toga što je prouzrokovalo odugovlačenje postupka, iznošenje novih dokaza predstavljalo je i kršenje načela obostranog saslušanja stranaka, s obzirom na to da protivna strana nije imala mogućnost da se izjasni o novim navodima. Ukoliko bi se, pak, ukidala prvostepena presuda i predmet vraćao nižem sudu kako bi se suprotna strana izjasnila o novim okolnostima, nikada ne bi ni došlo do drugostepene odluke. Ovakva procesna mogućnost otvorila bi, naime, prostor za brojne zloupotrebe, jer bi svaka stranka za koju je u izgledu da će izgubiti spor mogla beskonačno dugo da iznosi nove dokaze u nezadovoljstvu i da na taj način stalno vraća predmet na naknadno izviđanje novih okolnosti prvostepenom sudu.[14] Najposle, iznošenje novih dokaza u instancionom postupku bilo bi u suprotnosti i sa čl. 9 ustrojstva Apelacionog suda koji glasi: „Sud Apelacioni samo po onim dokazatelstvama presuđuje delo, koja su pred Sudom prvostepenim pri istoga suđenju bila.“[15]

U skladu sa načelom obostranog saslušanja stranaka (*audiatur et altera pars*) kao važnom pretpostavkom kontradiktornog postupka,[16] protivnoj stranci je dato pravo da se u roku od osam dana od prijema apelate izjasni o žalbenim navodima podnosioca, pismeno ili usmeno na protokol kod prvostepenog suda (čl. 604).[17] Nije normirana obaveza žalioca da podnese pravni lek u dva primerka, jedan za sud a drugi za protivnu stranku, tako da ostaje nejasno da li se u protivnom slučaju apelata prepisivala u sudu na njegov trošak. Kako je u stručnoj javnosti ovo zakonsko rešenje kritikovano jer derogira usmenost suđenja, stvara dodatne troškove i

---

[12] Zakonik iz 1853. god.

[13] Vid. čl. 244 Zakonika o postupku sudejskom u građanskim parnicama (u daljem tekstu: Zakonik iz 1860. god.), Beograd 1860 i čl. 314 Zakonika o postupku sudskom u građanskim parnicama sa svima izmenama i dopunama (u daljem tekstu: Zakonik iz 1865. god.), Beograd 1917.

[14] Đorđe Karajovanović, *Novi navodi po našem procesualnom pravu, izneti tek u nezadovoljstvu ili žalbi ne smeju se uzimati u vid*, *Branič – povremeni list za pravne i državne nauke*, broj 3 od marta 1906. g., Beograd, 181-182.

[15] Ustrojstvo Apelacije iz 1846. god.

[16] Andra Đorđević, *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Kraljevinu Srbiju I* (priredio D. Aranđelović), Beograd 1924, 106-107.

[17] Zakonik iz 1853. god.

usporava i komplikuje postupak, ono je napušteno izmenama kodifikacije iz 1855. godine. Čl. 597 pomenutih izmena glasi: „O pobuđenijama Apelate protivna strana neće se nikako saslušavati, no samo ćese ona izvodom isti pobuđenija radi znanja i upravljanja izvestiti."[18] Iako važna pretpostavka kontradiktornog postupka, pravilo da se žalba dostavlja na odgovor protivnoj stranci definitivno je napušteno u Zakoniku o sudskom postupku iz 1865. godine.[19]

U svakom slučaju, svi procesni subjekti dužni su da poštuju dostojanstvo suda i ugled sudija, te tako i nezadovoljna stranka u svom pravnom leku mora na pristojan i učtiv način argumentovati svoje žalbene navode. U suprotnom, biće kažnjena za nepoštovanje suda novčanom kaznom do 10 talira ili kaznom do 20 dana zatvora. Naravno, ukoliko je počinjeno teže krivično delo uvrede ono će biti procesuirano i sankcionisano po odredbama krivičnog zakonodavstva (čl. 601-603).

U slučaju da je uložen pravni lek, strana koja je parnicu dobila ima pravo da zahteva od suda da žaliocu zabrani raspolaganje nepokretnostima. Ukoliko protivna stranka ne poseduje nepokretnu imovinu, može se popisati njegova pokretna imovina uz ili bez predaje stvari stranci koja je uspela u parnici (čl. 605). Interesantno je da zakon uopšte ne traži od poverioca da dokaže opasnost da bi bez obezbeđenja potraživanja njegovo namirenje moglo biti osujećeno ili znatno otežano, tako što bi dužnik svoju imovinu ili sredstva otuđio, prikrio ili na drugi način sa njima raspolagao. Dakle, da bi sud odredio ovakvu privremenu meru nije potrebna subjektivna procena opasnosti po potraživanje poverioca, iako popis imovine vodi deposesiji dužnika i gubljenju na stvarima *ius utendi* i *ius fruendi*. Naime, za vreme trajanja popisa uz oduzimanje stvari dužnik je lišen materijalne državine, a samim tim i mogućnosti da iz stvari izvlači koristi čije je uživanje vezano sa materijalnim držanjem.[20]

Žalbeni sud će ukinuti prvostepenu presudu i vratiti predmet na ponovno suđenje ukoliko utvrdi da je niži sud na štetu žalitelja povredio formalno ili materijalno pravo, ili pogrešno utvrdio činjenično stanje zato što je propustio da preduzme sve parnične radnje ili raspravi sva sporna pitanja značajna za donošenje pravilne i zakonite odluke. Ukoliko su uočene nepravilnosti i nezakonitosti u radu Apelacionog suda, ovlašćena stranka može podneti pravno sredstvo Vrhovnom sudu. Zakonskim izmenama iz 1855. godine bliže su određeni slučajevi u kojima se može podneti pravni lek Vrhovnom sudu. Po pravilu, žalba je dozvoljena samo protiv preinačenih sudskih odluka (čl. 603). Protiv potvrđenih presuda može se uložiti žalba samo u slučajevima taksativno navedenim u čl. 604. To su slučajevi: a) ako su presude zasnovane na neodgovarajućem zakonu ili na pogrešnoj inter-

[18] Izmene Zakonika iz 1855. god.

[19] Vid. čl. 309-321 Zakonika o postupku sudskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju, Beograd 1865.

[20] Živojin M. Perić, Dragoljub Aranđelović, *Građanski sudski postupak, predavanja na Pravničkome fakultetu*, *drugi deo: o izvršenju odluka sudskih*, *prva knjiga*, Beograd 1912, 43-46.

pretaciji odgovarajućeg zakona; b) ako su presude zasnovane na pretpostavkama koje su protivrečne parničnim aktima; v) ako je presudama više ili manje dosuđeno nego što su stranke zahtevale i g) ako su presude nejasne i nerazumljive.[21]

Ako nije dozvoljena žalba vrhovnoj sudskoj instanci, nezadovoljna strana se može žaliti knezu kao najvišoj kasacionoj vlasti.[22] Isto važi i za prvostepene presude koje ne podležu razmatranju žalbenih sudova, sudska rešenja i naredbe prvostepenih sudova, kao i za presude donete od strane Vrhovnog suda (čl. 606-611).[23]

Rok za ulaganje žalbe knezu iznosio je petnaest dana od dana dostavljanja presude. Žalba se podnosi sudu koji je sudio u prvom stepenu, uz njegovu obavezu da je bez odlaganja prosledi Popečiteljstvu pravosudija koje će je dalje uputiti knezu. Ukoliko knez nađe da je žalba osnovana i da ima mesta ukidanju naredbe ili rešenja uputiće prvostepenom sudu obavezujuće primedbe kako da otkloni nedostatke u ponovljenom postupku. Ako se, pak, radi o presudi, niži sud nije dužan da uvaži prve primedbe kasacije i ovlašćen je da iznese svoje kontraargumente preko Popečiteljstva pravosudija. Kada bi knjaz argumentaciju prvostepene instance ocenio kao neosnovanu i ponovio prve primedbe, sud koji je meritorno odlučivao u prvom stepenu bio je obavezan da po njima postupi. Žalba uložena protiv konačne presude ne zadržava njeno izvršenje. Kada bi, međutim, žalba bila podneta protiv nekog procesnog rešenja ili naredbe donetog u toku postupka, prvostepeni sud ne bi mogao da nastavi sa dokaznim postupkom niti da izrekne presudu sve dok kasaciona vlast ne reši po žalbi i rešenje ne postane izvršno (čl. 612-618).[24]

U članku objavljenom u zvaničnim *Srbskim novinama* kritikovano je zakonsko rešenje po kojem je knez nosilac kasacione vlasti, jer je njeno vršenje zapravo prepušteno nesposobnim i pristrasnim članovima njegove administracije: „1846. godine preda se Kasaciona vlast knjazu koji je stane izvršivati preko svoga predstavništva, – za velike parnice kadkad je doznavao iz usmenog žalovanja: sve ostalo svršivalo je predstavništvo, kako je pamet sekla onome sekretaru ili stolonačalniku pred kojim je stvar bila, ili kako su tajni interesi njegovi hteli.“[25]

Kritike stručnih kompetencija kneževog personala i sporost i neefikasnost suđenja nastala kao produkt prevelikog broja sudskih instanci, rezultirali su sudskom reformom iz 1855. godine kojom je kasaciona vlast sa kneza preneta na Vrhovni sud kao konačni sud trećeg stepena (čl. 1). Shodno novim kompetencijama najviši sud je promenio naziv u *Visokoslavni Vrhovni i Kasacioni sud* (čl. 6).[26] U isto vreme

[21] Izmene Zakonika iz 1855. god.

[22] Čl. 12 Ustrojenija Vrhovnog suda od 9. septembra 1846. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbskom*, br. 3/1847.

[23] Zakonik iz 1853. god.

[24] *Ibid*.

[25] Jovan Milinković, *Pogled na našu sudejsku struku*, *Srbske novine*, broj 32 od 14. marta 1859, 129.

[26] Ustrojenije Vrhovnog i Kasacionog suda od 28. decembra 1855. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 8/1856.

kada i novo sudsko ustrojstvo, doneta je i uredba kojom se sudska odeljenja pri Kneževoj kancelariji i Popečiteljstvu pravosudija ukidaju kao suvišna (čl. VIII).[27]

2.2. Rekurs

Rekurs je redovni pravni lek uveden izmenama procesnog zakonodavstva iz 1855. godine. Dozvoljen je protiv prvostepenih rešenja u prekluzivnom roku od osam dana od dana dostavljanja pismena. U narednih osam dana stranka ima pravo da ga obrazloži, ali bez navođenja novih činjenica i dokaza. Rekurs se može izjaviti Vrhovnom i Kasacionom sudu samo protiv preinačenih prvostepenih rešenja. Izuzetno, ako je Apelacioni sud potvrdio prvostepeno rešenje, rekurs je ipak dozvoljen ukoliko postoji neki od taksativno navedenih razloga za ukidanje presude iz čl. 612. Rešenja koja nemaju samostalan procesni značaj ne mogu se posebno pobijati, već samo u žalbi protiv konačne odluke, ukoliko su imala uticaja na njenu zakonitost. To su rešenja kojima se naređuje saslušanje svedoka, određuje veštačenje ili odbija produženje roka ili odlaganje ročišta. Ukoliko bi, pak, rešenjem bilo dozvoljeno produženje roka, odlaganje ročišta, određen rok za davanje pismenog odgovora, pretpostavlja se da adresati nemaju pravni interes da napadaju takvo rešenje i protiv njega nije dozvoljen rekurs (čl. 608-611).[28] Dakle, rekurs nije dozvoljen kada za njega ne postoji procesno opravdanje, ili bi njegovo ulaganje dovelo do odugovlačenja postupka.

Ovaj pravni lek nije bio dugog veka i ukinut je već tri godine kasnije, procesnim izmenama iz 1858. godine. Očigledno se u sudskoj praksi pokazalo procesno neekonomičnim postojanje više pravnih lekova protiv sudskih naredbi i rešenja, akata kojima se meritorno ne odlučuje, već se rešavaju neka sporedna pitanja.[29] Stoga je čl. 592 pomenutih izmena uzakonjeno da se protiv ovih sudskih odluka može izjaviti samo uništitelna žalba.[30]

2.3. Uništitelna žalba

Uništitelna žalba ima vrlo široku pravnu primenu i može se uložiti protiv svih procesnih akata, bez obzira na to da li je sudska odluka doneta u formi presude, rešenja ili naredbe, ukoliko postoji neka od apsolutno bitnih povreda odre-

---

[27] Uredba od 28. decembra 1855. godine, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 8/1856.

[28] Izmene Zakonika iz 1855. god.

[29] Ž. M. Perić, D. Aranđelović, *Građanski sudski postupak, predavanja na Pravničkome fakultetu*, *prvi deo: o suđenju*, *prva knjiga: o ustrojstvu sudova i njihovoj nadležnosti*, Beograd 1920, 196.

[30] Izmene u postupku sudejskom za građanske parnice propisanom (u daljem tekstu: Izmene Zakonika iz 1858. god.), *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 11/1858. Rekurs više nije uvođen u pravni sistem Kneževine i Kraljevine Srbije tako da ga ne poznaju ni procesni zakonici iz 1860. i 1865. godine.

daba parničnog postupka taksativno navedenih u čl. 612 zakonskih izmena iz 1855. godine. To su: a) ako je predmet presudio nenadležni sud čiju nadležnost stranke nisu ugovorile posebnim sporazumom; b) ako je sud stvarno i mesno nadležan, ali je većina njegovih članova morala biti izuzeta zbog ličnih odnosa sa parničnim strankama; v) ako je stranku u parnici zastupalo neovlašćeno lice bez punomoći, ili lice koje je dobilo punomoć, ali od parnično nesposobne stranke koja nije ni bila u mogućnosti da ga izda; g) ako bi suštinske pogreške učinjene u parnici bile takve prirode da bi onemogućavale pravedno rešenje spora.[31] Radi se, dakle, o procesnim povredama za koje važi pretpostavka da su uticale na zakonitost sudske odluke. U slučaju manjih propusta nižih sudova, Vrhovni i Kasacioni sud neće kasirati njihove odluke, već će ih samo opomenuti na striktno pridržavanje procesnih pravila. U pogledu rokova za podnošenje uništitelne žalbe i postupanja sa njom, važe ista pravila kao i za rekurs protiv rešenja (čl. 613-614).[32]

Procesnim izmenama iz 1858. god. proširen je krug razloga za poništaj sudske odluke. Pored apsolutno bitnih povreda odredaba parničnog postupka, osnov za ukidanje čine i pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, ukoliko sud ne izvede sve dokaze potrebne za donošenje pravilne i zakonite presude, prekoračenje tužbenog zahteva, kao i nedostaci presude koji je čine nejasnom, samoj sebi protivrečnom ili protivnom zakonu na kojem je zasnovana. Zakon naređuje i ukidanje presude kojom se nalaže nešto što je fizički ili pravno nemoguće (čl. 604).[33]

Uslov za podnošenje uništitelne žalbe je da predmet ne podleže razmatranju najviše sudske instance, ali da je Apelacioni sud propustio da ispravi greške u postupanju nižeg suda. Da je Vrhovni sud redovno nadležan da sudi spor u trećem i poslednjem stepenu, podnosila bi mu se apelata na presudu žalbenog suda. Izmenama iz 1858. god. su mogućnosti za ulaganje ovog pravnog leka znatno restriktivnije postavljene. Naime, izmenama iz 1855. god. se uništitelna žalba isključuje samo ukoliko predmet podleže razmatranju Vrhovnog i Kasacionog suda, dok se narednim procesnim izmenama zabranjuje i protiv presuda zasnovanih na bezuslovnom priznanju ili na glavnoj zakletvi, kao i protiv presuda izbornog suda i presuda donetih na osnovu poravnanja (čl. 607).[34]

Po ukidanju presude predmet se vraća stvarno i mesno nadležnom prvostepenom sudu odgovarajućeg personalnog sastava na ponovno suđenje. Ako je, pak, pravno sredstvo uloženo zato što je Apelacioni sud neosnovano kasirao presudu ili rešenje prvostepenog suda, Vrhovni sud će naložiti žalbenoj instanci da donese odgovarajuću sudsku odluku. Očigledne greške u broju presude, izrečenoj sumi, imenu i prezimenu stranaka ili svedoka sudovi su dužni da po službenoj dužnosti ili po zahtevu stranaka u svakom trenutku isprave (čl. 614-615).[35] U po-

[31] Izmene Zakonika iz 1855. god.
[32] *Ibid*.
[33] Izmene Zakonika iz 1858. god.
[34] *Ibid*.
[35] Izmene Zakonika iz 1855. god.

gledu održavanja procesne discipline i ugleda suda i odlaganja izvršenja konačne presude, analogno se primenjuju osnovne odredbe procesnog zakonika.[36]

2.4. Apelata po procesnim izmenama iz 1858. godine

Sudskom reformom sprovedenom 1858. godine ukinut je Vrhovni i Kasacioni sud kao poslednji, sudeći sud trećeg stepena. Kasacioni sud je zadržao samo kasatorna ali ne i reviziona ovlašćenja,[37] dok je najviši sud koji meritorno odlučuje postao drugostepeni, Apelacioni sud.[38] Zapravo, već su izmene procesnog zakonodavstva iz 1858. god. kojima je ukinut rekurs i proširen krug presuda protiv kojih nije dozvoljeno ulagati uništitelnu žalbu pokazale intenciju zakonodavca da se smanji broj pravnih lekova, a shodno tome i broj sudskih instanci.

Kako je sada Apelacioni sud postao najviši sud koji meritorno odlučuje, pooštren je i imovinski cenzus za podnošenje apelate sa 500 na 1000 poreskih groša, osim ukoliko se radi o neprocenjivim predmetima. Apelata je isključena u istim slučajevima u kojima je zabranjena i uništitelna žalba (čl. 592-593). Apelacioni sud će *ex officio* voditi računa o tome da li prvostepena presuda sadrži povrede procesnog prava koje su uticale na njenu pravilnost i zakonitost, i, ukoliko ih uoči, vratiće presudu prvostepenom sudu da nedostatke otkloni. Ako žalbeni sud ustanovi da je činjenično stanje nepotpuno utvrđeno, vratiće predmet nižem sudu da dopuni dokazni postupak. Prvostepeni sud je dužan da izvede dokaze u skladu sa instrukcijama višeg suda i dopunjen dokazni materijal dostavi višem sudu. U svim navedenim slučajevima Apelacija neće kasirati prvostepenu presudu. I ako žalilac u apelati iznese nove činjenice i dokaze predmet će biti vraćen nižem sudu kako bi saslušao protivnu stranku na te okolnosti (čl. 599-601).[39] Na sva ostala pitanja vezana za apelatu analogno se primenjuju odredbe prve kodifikacije procesnog prava u izvornom tekstu ili izmenjenoj verziji iz 1855. godine.

3. REDOVNI PRAVNI LEKOVI PO ODREDBAMA ZAKONIKA IZ 1860. GODINE

Smanjenje broja pravnih lekova 1860. godine nastalo je kao rezultat kritika koje su jurisprudencija i sudska praksa uputile zakonodavcu zbog prevelikog broja pravnih sredstava i sudskih instanci propisanih prethodnim parničnim zakono-

[36] Vid. čl. 616 i 617 Izmena Zakonika iz 1855. god. u vezi sa čl. 601-603 i 617-618 Zakonika iz 1853. god.

[37] Vid. čl. 10 Ustrojenija Kasacionog suda, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 11/1858.

[38] Vid. čl. 8 Ustrojenija Apelacionih sudova, *Sbornik zakona i uredba i uredbeni ukaza izdani u Knjažestvu Srbiji*, br. 11/1858.

[39] Izmene Zakonika iz 1858. god.

davstvom, uz argumentaciju da oni u znatnoj meri komplikuju i poskupljuju sudski postupak. Tako se Jovan Milinković, advokat iz Šapca u nizu članaka objavljenim u *Srbskim novinama* osvrnuo na brojne manjkavosti ranijeg parničnog postupka. On je najpre kritikovao neefikasnost Apelacionog suda jer je praksa da predmeti po dve godine ne budu ni uzimani u razmatranje, a potom budu vraćani i po drugi i treći put prvostepenom sudu na novo suđenje ili zbog sudske neurednosti, ili, pak, zato što se žalilac u apelati pozivao na nove svedoke. S druge strane, sudovi su gotovo u svakoj pošiljci slali po deset ili dvadeset parnica Apelaciji, odakle su one dalje prosleđivane Vrhovnom sudu, Popečiteljstvu i Knjazu. Autor najoštrije kritikuje sudsko odeljenje Popečiteljstva pravosudija, odnosno njegove sekretare i načelnike koji su stranke upućivali izvesnim advokatima da im, uz naknadu koja je iznosila 50 i 100 dukata napišu dopunski rekurs jer neke okolnosti nedostaju. „A crpeli su nedostajuće okolnosti iz usta načelniku ili sekretaru, s kojima su zajedno ručavali ili u jednoj kući sedeli.“[40] Pored korumpiranosti sudskog osoblja Milinković osuđuje i što je Popečiteljstvo zavelo taksu od 20 i 30 groša svakom ko apelira ili rekurira ali to nije smanjilo broj parnica. Štaviše, smatra da je stanje bilo bolje dok pravno neuke stranke nisu znale da treba da plate sudsku taksu pa su im apelate odbacivane, nego sada kada je iznos takse zakonom propisan jer je to uticalo na smanjenje parnica samo za kratko vreme.[41]

Dalje autor konstatuje: „Ni mnogi raspisi, ni zakonik građanski, ni mnoge sverazlične uredbe, ni zapleteni sudejski postupak, ne postigoše onaj stepen zabune u sudovima koje učini ovo novo ustrojstvo sa zakonom o apeliranju, o rekuriranju, o uništitelnim žalbama i drugim poslovima vrhovnog suđenja i kasacionog razmatranja.“ On rezolutno osuđuje nekritičko preuzimanje stranih zakonskih rešenja potpuno neadekvatnih za naše pravosuđe. Pri tome, Milinković smatra da ni zakonopisci ni vrhovne i kasacione sudije nisu razumeli u potpunosti tako složen sudski sistem, a kamoli okružne sudije i običan narod.[42] Autor svoja razmatranja zaključuje konstatacijom da je narod na Svetoandrejskoj skupštini zatražio javno i usmeno suđenje, i da je zadatak zakonodavne komisije da zaštiti pravo od

---

[40] J. Milinković, *Pogled na našu sudejsku struku*, *Srbske novine*, broj 34 od 19. marta 1859, 137. Povika na advokate ne prestaje ni pola veka kasnije, kada Andra Antić u *Braniču* piše o njihovim opstrukcijama postupka: „Dovijaju se i samo misle o tome kako će da pronađu najmanju odušku, ili ma kakvu makar i prividnu suprotnost u propisima zakonskim, ili i najneviniju omašku vlasti u radu – da ne pominjemo druga krupnija i nemoralnija sredstva – te da se o njih zakače i da raspravu izvesnih i čistih stvari u nedogled razvlače; stvarajući, na silu razne začkoljice, na osnovu kojih produženje rokova u nedogled traže, pa ih, po nesreći, i dobijaju; jer im, u tome, i po neki sudovi, na ruku idu; bilo iz nerazumevanja, bilo zbog nevođenja računa o duhu i težnji zakonskih propisa, koji o rokovima postoje i govore.“ – Andra Antić, *Nekoliko reči o rokovima*, *Branič – povremeni list za pravne i državne nauke*, broj 11 i 12 od novembra i decembra 1906. g., 731.

[41] *Ibid*.

[42] J. Milinković, *Pogled na našu sudejsku struku*, *Srbske novine*, broj 36 od 24. marta 1859, 145.

mogućih zloupotreba i „iznađe najrazumniji način kojim će se parnice svršavati i brzo a opet da ne bude od oka i bez reda.“[43]

Kao reakcija na Milinkovićevu raspravu, nekoliko meseci kasnije izašao je anonimni odgovor čiji autor ističe da je višestepenost sudova vrlo značajna garancija pravne sigurnosti i pravilne primene zakona u zemlji poput Srbije u kojoj sudije još uvek u dobroj meri nemaju pravničko obrazovanje.[44]

3.1. Nezadovoljstvo (žalba) Apelacionom sudu

Apelacioni sud je po odredbama Zakonika iz 1860. najviša sudska instanca koja sudi u drugom, poslednjem stepenu [45] u neprocenjivim predmetima i imovinskim sporovima ako vrednost glavne tražbine prelazi iznos od 1000 groša (čl. 222-223).[46] Pri tome se ne uzima u obzir vrednost dosuđenog traženja, već onog koje je tužitelj označio u poslednjem traženju na ročištu, jer bi u protivnom, da se imalo u vidu dosuđeno traženje, od volje suda zavisilo da li će presuda podlegati oceni Apelacinog suda.[47] Imovinski cenzus je povišen procesnim izmenama iz 1858. godine i zadržan u novoj kodifikaciji.[48] Apelacioni sud meritorno odlučuje kao viši, žalbeni sud, i on može potvrditi, preinačiti ili ukinuti presude i rešenja nižih sudova. Apelacija će vratiti predmet na ponovno odlučivanje ukoliko je prvostepeni sud pogrešno primenio formalno ili materijalno pravo što je uticalo na zakonitost presude. Kasiraće presudu i ako je dvosmislena i nerazgovetna, ukoliko se njom naređuje nešto što je fizički ili pravno nemoguće, ako nije zasnovana na navodima i dokazima parničnih stranaka, dakle ako je sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje. Presuda će se poništiti i ukoliko je sud bitno povredio odredbe parničnog postupka u tom smislu što nije na zahtev stranke izuzeo od suđenja sudiju koji je morao biti izuzet, kao i ako je prekoračio tužbeni zahtev u kvalitativnom ili kvantitativnom smislu, ili nije rešio o nekom od zahteva parničara (čl. 224).[49]

Žalba je u principu dozvoljena protiv svih rešenja osim onih u kojima se naređuje saslušavanje svedoka ili se nalaže veštačenje, jer ne postoji pravni interes za pobijanje navedenih rešenja s obzirom da ona nemaju samostalan procesni značaj (čl. 226). Rok za podnošenje žalbe je produžen u odnosu na Zakonik iz

---

[43] J. Milinković, *Pogled na našu sudejsku struku*, *Srbske novine*, broj 38 od 28. marta 1859, 153.

[44] *O sudejskoj struci*, *Srbske novine*, broj 91 od 4. avgusta 1859, 367.

[45] Vid. čl. 7 Ustrojenija Apelacionog suda od 12. februara 1860. godine objavljenog kao sastavni deo Zakonika o postupku sudejskom u građanskim parnicama za Knjažestvo Srbiju, Beograd 1860.

[46] Zakonik iz 1860. god.

[47] Andra Đorđević, *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Kraljevinu Srbiju II* (priredio D. Aranđelović), Beograd 1923, 159.

[48] Vid. čl. 592 Izmena Zakonika iz 1858. god.

[49] Zakonik iz 1860. god.

1853. god. sa osam na petnaest dana od dostavljanja presude. Žalba se može izjaviti usmeno na zapisnik kod suda ili pismeno u prekluzivnom roku čije propuštanje vodi odbačaju žalbe (čl. 227).[50] Dan predaje pošti na recepis uzima se kao dan predaje sudu, a ukoliko je poslednji dan roka neradni dan, rok ističe prvog narednog radnog dana (čl. 228-229). Za razliku od prvog zakonika koji u tom pogledu sadrži pravnu prazninu, Zakonik iz 1860. god. propisuje da je žalilac dužan da podnese pravni lek u dva primerka. U protivnom žalba će se prepisati u sudu na trošak nezadovoljne strane (čl. 230).[51]

Iako je izmenama iz 1855. ukinuto dostavljanje žalbe na odgovor protivnoj stranci,[52] Zakonik iz 1860. vraća ovo procesno rešenje (čl. 231). Rok za dostavljanje odgovora iznosi osam dana i ne može se produžavati. Žalba je devolutivan i suspenzivan pravni lek čije izjavljivanje sprečava nastupanje pravosnažnosti presude. O njoj odlučuje funkcionalno nadležan viši sud kojem se po isteku roka propisanog za odgovor na žalbu dostavljaju svi spisi predmeta (čl. 232-233). Presude Apelacionog suda su izvršne i protiv njih nisu dozvoljeni dalji redovni pravni lekovi (čl. 238). U pogledu primedaba Apelacije na presude i rešenja okružnih sudova postupak je isti kao i u slučaju žalbe knezu kao kasacionoj vlasti prema prvoj procesnoj kodifikaciji (čl. 239-241).[53]

Zakonik isključuje mogućnost isticanja novih činjenica i dokaza u žalbi jer ograničava drugostepeni postupak na kontrolu zakonitosti rada prvostepenog suda. Pored toga, zabrana iznošenja novih činjenica i dokaza doprinosi koncentraciji i ubrzanju postupka, procesnoj disciplini i savesnom vođenju parnice. U slučaju da stranka iznese nove činjenice i dokaze sud će je uputiti na obnovljenje parnice kao vanredno pravno sredstvo (čl. 244). Narušavanje ugleda suda i dostojanstva sudija u žalbi kažnjivo je kao povreda procesne discipline, a u slučaju težih uvreda sankcionisano je po odredbama krivičnog zakonodavstva (čl. 245).[54]

4. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Ubrzo po donošenju Zakonika iz 1853. godine jurisprudencija i sudska praksa su se krajnje nepovoljno izrazile o isuviše razgranatoj sudskoj organizaciji i prevelikom broju sudskih instanci i pravnih lekova. Još u prvim godinama primene procesne kodifikacije bile su primetne tendencije ka koncentraciji postupka i redukovanju broja redovnih pravnih sredstava. Tako je već 1855. kasaciona vlast

[50] Očigledno se osmodnevni rok u sudskoj praksi pokazao prekratkim, jer je rok od petnaest dana zadržan i u kasnijem procesnom zakonodavstvu. Vid. čl. 311 i 323 Zakonika iz 1865. god.

[51] Zakonik iz 1860. god.

[52] Vid. čl. 597 Izmena Zakonika iz 1855. god. u vezi sa čl. 604 Zakonika iz 1853. god.

[53] Vid. čl. 614-615 Zakonika iz 1853. god.

[54] Zakonik iz 1860. god.

preneta sa kneza na *Vrhovni i Kasacioni sud* i ukinuta su sudska odeljenja pri Kneževoj kancelariji i Popečiteljstvu pravosudija. Pored smanjenja broja sudskih instanci, smanjuje se i broj pravnih lekova, te je tako 1858. ukinut rekurs i propisano je da se protiv sudskih naredbi i rešenja može uložiti samo uništitelna žalba. I dalje sudske reforme išle su u pravcu pojednostavljivanja postupka smanjivanjem broja sudećih sudova. U tom smislu 1858. je najvišem sudu oduzeta sudska i poverena isključivo kasaciona vlast što je vodilo i promeni imena iz *Vrhovni i Kasacioni* u *Kasacioni sud.* Navedenom organizacionom izmenom Apelacioni sud je postao najviši sudeći sud u zemlji, a 1860. ukidanjem Kasacionog suda najviši sud *uopšte*. Novom zakonskom regulativom o građanskom sudskom postupku iz iste godine, u skladu sa pomenutom sudskom reformom, predviđena je žalba Apelaciji kao jedino redovno pravno sredstvo.

Sudsko ustrojstvo i procesna regulativa koje propisuju dvostepeno sudstvo pokazali su se u sudskoj praksi neuspešnim, te je već 1865. vraćena ranija sudska organizacija i vaspostavljen Kasacioni sud. Naime, kako je pre stupanja na snagu Zakonika iz 1860. sporost suđenja bila vrlo čest predmet žalbi stanovništva, novim zakonodavstvom je ubrzan sudski postupak smanjenjem broja sudskih instanci i pravnih lekova. Međutim, veća brzina rešavanja predmeta često je bila na uštrb zadovoljenja pravde, jer je stranci ne mali broj puta bila uskraćena odgovarajuća sudska zaštita. Zato je bilo neophodno napraviti balans između efikasnosti i brzine postupka s jedne strane i pravne sigurnosti s druge, što je, čini se, napokon ostvareno Zakonikom o građanskom postupku iz 1865. koji je važio pune 64 godine.

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Ordinary Legal Remedies according to Provisions of Legislation from 1853 and 1860

Abstract: *The article sheds light on provisions of Codes of Civil Procedure of 1853 and 1860 concerning ordinary legal remedies. As this matter was codified for the first time, a necessity of amending and supplementing some provisions soon emerged. Those amendments and supplements, along with original provisions were examined in this paper. The author also deals with regulations on jurisdiction of Court of Appeal, Court of Cassation and Supreme court. Types and categories of ordinary legal remedies were scrutinized, as well as strict time limits within one should lodge an appeal and proper grounds for making an appeal. The author also responds to questions under which circumstances are ordinary legal remedies allowed, and what types of decisions a higher court can make after reviewing the correctness and reasonableness of a decision issued by a lower court. Shortly after enactment of the Code of 1853 it appeared that judicial procedure is too complicated, expensive and ineffective due to too many legal remedies and legal jurisdictions. That is the reason why the Supreme court as the highest court within the hierarchy of legal jurisdictions and as final court of appeal was abolished in 1860, when new Code of Civil Procedure had been passed. New codification envisaged Court of Appeal as second instance court and, at the same time, court of last resort. Regarding legal remedies, Code of 1860 introduced appeal as sole ordinary legal remedy.*

Keywords: *Legislation on civil procedure, civil proceedings, ordinary legal remedies, Court of Appeal, Court of Cassation.*

Datum prijema rada: 15.11.2016.

Originalni naučni rad 342.2/.3:342.7
doi:10.5937/zrpfns50-12486

Dr Dragutin S. Avramović, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Avramovic@pf.uns.ac.rs

BUĐENJE SILE – RAĐANJE DRŽAVE NACIONALNOG NADZORA*

„Rat je mir. Sloboda je ropstvo.
Neznanje je moć.“ (Džordž Orvel, *1984*.)

Sažetak: *Džek Balkin, profesor ustavnog prava na Jejlu, je relativno skoro proglasio nastanak jednog novog modela države, države nacionalnog nadzora. Mada već sam naziv nagoveštava orvelovski scenario, Balkin se ipak pita kojim će putem krenuti država nacionalnog nadzora, hoće li poprimiti autoritarna ili demokratska obeležja. Uprkos velikom optimizmu koji je prisutan kod Balkina, Kera i drugih autora u pogledu razvoja demokratskog tipa države nacionalnog nadzora, autor ovog rada stoji na potpuno drugačijem stanovištu. Polazeći od antropološke osobine da „strast kvari najbolje ljude kada su na vlasti“ (Aristotel, Politika 1287a) autor pokazuje skepsu u odnosu na demokratski put države nacionalnog nadzora i veruje da se rešenje ne može obezbediti kontrolisanjem kontrola ili posmatranjem posmatrača. Onaj koji ima vrhovno pravo raspolaganja informacijama (koji god to državni organ bio), ukoliko ima neki interes, uvek može, a najčešće i hoće zloupotrebiti to svoje pravo, pogotovo kada se interes može objasniti društveno i politički neophodnim razlozima, kao što je borba protiv terorizma, nacionalni interes, itd. Uspešnom balansiranju između zahteva privatnosti i sigurnosti građana i eventualnom smanjivanju zloupotreba sigurno može doprineti ustanovljavanje čvršćeg normativnog okvira u pogledu korišćenja sredstava nadziranja građana. Međutim, uprkos tome, neoprezni građani kroz društvene mreže i na druge načine nesvesno postaju snabdevači informacija za Velikog brata.*

* Ovaj rad je rezultat realizovanja projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ koji se finansira sredstvima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rukovodilac projekta je prof. dr Dragan Milkov.

Balkinova u osnovi plemenita, ali ipak naivna vera da je moguća demokratska država nacionalnog nadzora, teško može izdržati test nadolazećeg vremena i izazova. Činjenice predočene i u ovom tekstu govore da se svet, prvenstveno tehnološki najnaprednije zemlje, prilično brzo kreće u pravcu autoritarne države nacionalnog nadzora. Moguće je, možda, jedino, koliko-toliko taj proces usporavati (i to prvenstveno u društvima čija se manja tehnološka razvijenost može pokazati kao privremena prednost), ali ga je pri sadašnjem stanju stvari skoro nemoguće zaustaviti.

Ključne reči: *Država nacionalnog nadzora; Autoritarna država nacionalnog nadzora; Zloupotreba informacija; Terorizam; Džordž Orvel; Džek Balkin.*

1. NA TRAGU ORVELA

Mada relativno novi teorijski pokret Pravo i književnost nije imao odjek u naučnoj javnosti kakav se mogao očekivati, rezultati do kojih je došao ovaj teorijski pravac imaju danas određenu praktičnu vrednost.[1] To zasigurno dokazuju i predviđanja koja je Džordž Orvel izneo u svom čuvenom antiutopijskom romanu 1984, koji je napisan još u prvoj polovini XX veka, a koja kao da se obistinjuju u savremenom društvu i državi.

U romanu se opisuje autoritarno, totalitarno društvo u kojem pojedinci žive pod 24 časovnim nadzorom telekrana iz kojih ih posmatra Veliki brat. U takvom društvu niko ne može znati da li ga u ovom ili onom trenutku nadzire „Policija misli" na kojoj počiva stabilnost Partije, ali svakako ona to uvek može ukoliko želi. „Zlomisao" protiv Velikog brata se u svakom slučaju trajno nije mogla sakriti. Kako Orvel kaže: „Moralo se živeti – i živelo se, po navici koja je prerasla u instinkt – pretpostavljajući da se svaki zvuk čuo i, sem u mraku, svaki pokret video".[2]

Činjenica je da je Orvel svoje kapitalno književno delo pisao smrtno bolestan, inspirisan staljinističkim režimom i njegovim kultom ličnosti. Verovatno se zbog toga ovaj roman čini kao delo sa veoma sumornim, čak i paranoičnim predviđanjima koji ne nudi izlaz niti spas od totalitarne kontrole nad pojedincima. Međutim, uprkos postojanju demokratskih društava, izgleda da se danas sve više

[1] Videti: G. Vukadinović, „Savremena američka jurisprudencija i naša teorija prava na početku XXI veka", *Američka jurisprudencija XX veka* (ur. G. Vukadinović, A. Kartag-Odri), Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i filozofiju prava, Novi Sad, 2006, str. 30–31; D. Mitrović, *Teorija države i prava*, Dosije, Beograd, 2010, str. 344; B. Knežević, *Narativna funkcija prava,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.

[2] Dž. Orvel, *1984*, dostupno na http://svetlost.org/podaci/orvelova1984.pdf, str. 2.

približavamo orvelovskom scenariju, naročito u SAD.[3] Doduše, 1984. godina je odavno prošla. Izgleda da je Orvel pogrešio za samo par decenija.[4]

2. DRŽAVA NACIONALNOG NADZORA

Profesor ustavnog prava na Jejlu Džek Balkin je relativno skoro najavio nastanak jednog novog modela države ili bolje rečeno načina vladavine – države nacionalnog nadzora. Balkin traži začetke ovog modela države u drugoj polovini XX veka, koja svoj zenit doživljava u periodu nakon terorističkih napada na SAD 11. septembra 2001. godine i Bušovog proglašenja „rata protiv terorizma", u kome predsednik SAD dobija skoro potpuno odrešene ruke od strane Kongresa u pogledu nadziranja „sumnjivih građana".[5] Mada je „rat protiv terorizma" najčešće opravdanje za izrastanje države nacionalnog nadzora, Balkin ne drži da je on jedini razlog i povod, već smatra da je za to odgovoran ubrzani razvoj informacionih tehnologija, čija cena neprestano opada.[6] Dodatnu inspiraciju Balkinu za teorijsko uobličavanje modela države nacionalnog nadzora nesumnjivo je predstavljao i plan iz 2007. godine kojim je predviđeno da se postavi nekoliko hiljada kamera kojima bi se nadzirali ljudi i vozila u jednom delu Njujorka.[7]

---

[3] Koen u jednoj svojoj knjizi povlači paralele između Amerike u vreme „rata protiv terorizma" i Orvelove Okeanije, E. D. Cohen, *Mass Surveillance and State Control – The Total Information Awareness Project*, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 94, 95.

[4] Orvelovski scenario razvoja države budućnosti, imajući u vidu proces globalizacije i ubrzani tehnološki razvoj, predvideo je i R. Zekavica. Videti više: R. Zekavica, *Totalitarizam*, Književne novine, Beograd, 2002, str. 181–195.

[5] Videti: D. Avramović, „Kad vanredno stanje postaje redovno", *Pravni život*, 14/2008, str. 509-529.

[6] J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", *Minnesota Law Review*, Vol. 93, 1/2008, p. 3. Niska cena i laka dostupnost modernih tehnologija nadzora doprinosi tome da svako može da vrši određeni vid nadzora nad drugim ljudima što sa sobom nosi određene prednosti (saradnja vlasti i pojedinaca), ali i opasnosti od različitih vidova zloupotrebe (od strane kriminalnih ili terorističkih organizacija). Videti i: J. Balkin, S. Levinson, „The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State", *Fordham Law* Review, Vol. 75, 2/2006, p. 522.

[7] Inicijativom za povećavanje nadzora iz 2007. godine pod nazivom *Lower Manhattan Security Initiative* je predviđeno postavljanje preko 3.000 novih sigurnosnih kamera u delu grada *Lower Manhattan*, kao i 100 kamera koje bi automatski prepoznavale registarske tablice „sumnjivih" vozila i upoređivale ih sa podacima iz baze podataka. Tokom vremena u kooperaciji njujorške policije i *Microsoft*-a ovaj plan se širi i dobija naziv *Domain Awareness System*, što podrazumeva sistem nadzora od preko 6.000 kamera oko Njujorka. Ovaj plan je aktivan od 2012. godine. Uzor za ovakav sistem nadzora u Njujorku je sigurno bio londonski „čelični prsten", koji podrazumeva nadzor od oko 650 kamera u delu grada koji predstavlja finansijski centar Londona (*The City of London*). U celom Londonu ima preko 500.000 sigurnosnih kamera. Zbog toga je u jednim dnevnim novinama još 2007. godine osvanuo članak pod provokativnim naslovom „Veliki brat živi u Londonu", u kome se navodi da u šetnji Londonom tokom jednog dana nadzorne kamere u službi

Balkin državu nacionalnog nadzora definiše kao novi oblik vladavine koji karakteriše prikupljanje, upoređivanje i analiza informacija o stanovnicima i to kako u SAD, tako i u čitavom svetu.[8] On vidi državu nacionalnog nadzora kao specijalni, posebni slučaj države informacija, tj. države koja pokušava da identifikuje i reši probleme vladavine sakupljanjem, upoređivanjem, analizom i stvaranjem informacija.[9] Kao način vladavine država nacionalnog nadzora nije proizvod niti vanrednog stanja, niti ratnog stanja, što su privremena stanja. Država nacionalnog nadzora je, kako Balkin ističe, trajna odlika vladavine, koja postaje sveprisutna i koja koristi ne samo u zaštiti od terorističkih napada, već i u zaštiti od običnog kriminala, zaštiti ljudskih prava, kao i u pružanju socijalnih usluga.[10] Tako država nacionalnog nadzora prirodno izrasta iz države blagostanja i države nacionalne sigurnosti, kao, poslužimo se Balkinovim rečima, „njihov logički sukcesor". Dakle, prema njegovom viđenju, država nacionalnog nadzora je način vladavine koji je potreban za olakšano ostvarivanje ciljeva koje pred sobom imaju kako država blagostanja, tako i država nacionalne sigurnosti. Napredne informacione tehnologije zahvaljujući kojima se vrše različite vrste nadzora su nužne i prilikom pružanja socijalnih usluga i prilikom prikupljanja i obrade obaveštajnih podataka (telekomunikacije, kompjuteri, video nadzor), itd. U državi nacionalnog nadzora i ljudsko telo postaje, prema Balkinovom mišljenju, važan izvor informacija (npr. sakupljanje i analiza DNK, praćenje kretanja, sistemi za prepoznavanje lica).[11]

Kako Balkin podvlači, vladavina u državi nacionalnog nadzora prevashodno podrazumeva preventivno, *ex ante* delovanje kako bi se predupredili zločini.[12] Sve to podseća na Fukoov čuveni primer Bentamovog Panoptikona, zatvora koji je tako arhitektonski rešen i konstruisan da se zatvorenici u svakom trenutku mogu nadzirati (stalni, sveobuhvatni, sveprisutni nadzor), a da sami ne znaju kada se to dešava („njega vide, ali sâm ne vidi; on je objekt informacije, ali nikada subjekt u komunikaciji"). Vlast, kako je Bentam video u svom panoptičkom modelu, mora biti vidljiva i neproverljiva. Njena snaga upravo počiva na tome da nikada nema potrebe da interveniše. Zbog toga Fuko kao glavnu posledicu Panoptikona vidi

bezbednosti mogu usnimiti pojedinca čak 300 puta. Dostupno na: http://www.blic.rs/vesti/svet/veliki-brat-zivi--u-londonu/lswm5sf. Takođe, često se špekuliše, mada su u pitanju nezvanični podaci, da u Velikoj Britaniji ima više kamera nego Britanaca!

[8] „U državi nacionalnog nadzora, vlada koristi nadzor, sakupljanje, upoređivanje i analizu podataka da bi identifikovala probleme, da bi izbegla potencijalne pretnje, da bi vršila vlast nad stanovništvom i da bi pružala važne socijalne usluge", J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", p. 3.

[9] *Ibid*.

[10] *Ibid*., p. 4.

[11] O savremenim, tehnološki naprednim sredstvima nadzora i praćenja ljudi videti više: M. Hu, „Biometric ID Cybersurveillance", *Indiana Law Journal*, Vol. 88, 4/2013.

[12] J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", p. 11.

„indukovanje u zatvoreniku svesti o njegovoj stalnoj vidljivosti, čime se obezbeđuje automatsko funkcionisanje vlasti". Takođe, efekti nadzora moraju biti neprekidni, čak i ukoliko je njegovo dejstvo diskontinuirano.[13] Fuko je tu Bentamovu ideju preneo na društvo kao celinu, u kome konstantnim nadziranjem može da se uspostavi kontrola nad ponašanjem pojedinaca kako bi se učinili poslušnim.[14] Mada ga Bentam prikazuje kao specifičnu ustanovu, kao zatvoreni svet za sebe, za Fukoa je panoptički model najšire primenljiv model funkcionisanja vlasti, „način definisanja odnosa vlasti u svakodnevnom životu ljudi".[15] Balkin ide još korak u odnosu na Fukoa. On drži da država nacionalnog nadzora prevazilazi i Fukoov panoptički model: „Vladina najvažnija tehnika kontrole nije više posmatranje ili pretnja posmatranjem. To je analiza i uspostavljanje veza između podataka. Veliki deo javnog i privatnog nadzora se sprovodi bez ikakvog znanja da je neko posmatran".[16]

3. IZAZOVI DRŽAVE NACIONALNOG NADZORA – AUTORITARNA ILI DEMOKRATSKA VARIJANTA

Kao posebna opasnost u državi nacionalnog nadzora ističe se nemogućnost zaboravljanja ponašanja pojedinaca. U državi nacionalnog nadzora više nema amnezije koju Balkin smatra najvećim zaštitnikom privatnosti pojedinaca. Sve se beleži i sve se pamti s obzirom na laku dostupnost i nisku cenu savremenih tehnologija (kamera, čuvanja podataka). Zbog toga Balkin drži da država nacionalnog nadzora prerasta u državu koja nikada ne zaboravlja.[17] Nekada su stvari drugačije bile postavljene, zaboravljanje je bilo pravilo, a sećanje izuzetak. Danas, usled razvoja digitalnih tehnologija i globalnog umrežavanja, sećanje postaje pravilo, a zaboravljanje izuzetak. Pojedinci više ne mogu tek tako pobeći od svoje prošlosti. Ona ostaje trajno zapamćena.[18]

---

[13] M. Fuko, *Nadzirati i kažnjavati – nastanak zatvora*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad, 1997, str. 195.

[14] Opisujući disciplinsku vlast u sistemu hijerarhijskog nadzora, Fuko je definiše kao apsolutno nametljivu „jer je svuda i uvek budna, ne ostavljajući nijednu oblast u senci i neprestano kontrolišući čak i one koji su zaduženi za kontrolu", ali istovremeno i kao apsolutno neupadljivu „jer funkcioniše stalno i dobrim delom u tišini", *ibid*., str. 173.

[15] *Ibid*., str. 199.

[16] J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", p. 12.

[17] S druge strane, Orvel je zazirao od ideje potpunog brisanja (menjanja) prošlosti i falsifikovanja istorijskih činjenica. Međutim, ovaj drugi ekstrem, skoro potpuna nemogućnost zaboravljanja pojedinih ličnih trenutaka iz prošlosti ljudi se čini kao još surovija. Tačnije, danas postoji mogućnost da se izvlače događaji iz prošlosti pojedinaca selektivno, po potrebi onih koji imaju podatke stalno dostupnim, a to su najčešće nosioci državne vlasti.

[18] Videti: V. Mayer-Schönberger, *Delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) – Oxford (England), 2009.

Takođe, u državi nacionalnog nadzora Balkin uočava velike probleme sa stanovišta ugrožavanja slobode pojedinaca. Na primer, on se pita: Ukoliko pretragu baze podataka koristi vlast radi lociranja terorista, zašto je onda ne bi koristila i radi lociranja onih ljudi koji nisu platili kaznu za parkiranje? Jedno istraživanje koje je sproveo Šejn Heris i potom objavio u knjizi „Posmatrači – Uzdizanje američke države nadzora" ukazuje na opasan paradoks: mere koje američka vlada sprovodi poslednjih decenija (poput razvoja programa *Total Information Awareness*, koji bi trebalo da predviđa buduće terorističke napade) otežavaju hvatanje terorista, a olakšavaju špijuniranje ostalih građana.[19] Balkin pokazuje veliku bojazan i prema mogućim zloupotrebama od strane privatnih aktera, koji u saradnji sa državnim vlastima učestvuju u prikupljanju podataka.[20]

Kao što se može videti, Balkin ne sumnja da ćemo imati državu nacionalnog nadzora, već se samo pita koji će to tip države nadzora biti. Da li se ona može staviti u ustavne okvire i uskladiti sa osnovnim ljudskim pravima. Tako Balkin pravi razliku između autoritarne i demokratske države informacija. U autoritarnoj državi informacija, vlast nezajažljivo „alavo" prikuplja informacije kako bi uvećala svoju moć i sebično, „cicijaški" ih čuva i skriva od očiju javnosti (najčešće kao državnu tajnu). Na taj način, vlast izbegava odgovornost za kršenje ljudskih prava i za sopstvene političke greške. Nasuprot tome, Balkin demokratsku informativnu državu vidi kao državu u kojoj vlast poput „informacijskih gurmana" i sakuplja i koristi samo one informacije koje su nužne za efikasno vršenje vlasti i nacionalnu bezbednost. Vlast prestaje da prikuplja informacije kada to više nije potrebno, a prikupljene informacije kada prestane potreba za njima uništava, a ako to iz tehničkih razloga nije moguće, striktno reguliše njihovu dalju upotrebu. Kako ističe Balkin, ukoliko informativna država nije u mogućnosti da zaboravi, nužno je da bude u mogućnosti da oprosti.[21] Takođe, vlast u demokratskoj infor-

---

[19] Videti: S. Harris, *The Watchers: The Rise of America's Surveillance State*, The Penguin Press, New York, 2010. Detaljnije o projektu *TIA (Total Information Awareness*) videti i u: E. D. Cohen, *op. cit*. Neefikasnost i neuspesi države nacionalnog nadzora su naročito postali vidljivi nakon terorističkih napada u Parizu 2015. godine. S obzirom na to da su službe bezebednosti bile usmerene isključivo na analizu i kontrolu digitalnih komunikacija, zanemaren je ljudski faktor, a istraga je vođena pogrešnim putem, utvrđivanjem postojanja napredne enkripcije koju su koristili teroristi u komunikaciji. Tim povodom jedan komentator cinično zaključuje da je pravo čudo da se Američka revolucija dogodila bez mobilnih telefona i tvitera, J. Dvorak, „The Failure of the Surveillance State", *PCMag*, November 18, 2015, dostupno na: http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2495289,00.asp. Slično razmišlja i Koen koji ističe da nema tehnološkog sredstva koje može potpuno isključiti mogućnost terorističkog napada, te da to znači zahtevati savršenstvo u nesavršenom svetu, E. D. Cohen, *op. cit*., p. 27.

[20] J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", p. 16, 17.

[21] *Ibid*., p. 18. Međutim, Majer-Šenberger upravo upozorava da kada drugi imaju pristup do naših informacija mi gubimo moć i kontrolu. Usled dostupnosti i trajnosti digitalne memorije informaciona moć prelazi s pojedinca čak i na treća, potpuno nepoznata lica. Na taj način se, kako kaže ovaj autor, produbljuju razlike u moći između bogatih informacijama i informaciono siromašnih, čija

mativnoj državi postupa poput „informacionih filantropa", jer dobrovoljno distribuiraju javnosti vredne informacije do kojih su došli, za potrebe edukacije, istraživačkih projekata, itd. Zbog toga, u ovom tipu države nadzora, Balkin vlast vidi kao uvek odgovornu građanima (ukoliko deluje nelegalno, u slučaju postojanja korupcije ili neefikasnosti), transparentnu (izbegava državne tajne), kao čuvara privatnosti građana. Na taj način se, u Balkinovoj viziji demokratske informativne države, sprečava zloupotreba vlasti.[22]

Glavni način zaštite slobode u državi nacionalnog nadzora koja bi bila demokratskog karaktera je, prema Balkinovom mišljenju, kontrola nosilaca izvršne vlasti, jer oni lako mogu zloupotrebiti ovlašćenja i odvesti državu put autoritarnog režima. Ukazujući na ograničenost zakonodavne i sudske kontrole zakonodavne vlasti (naročito na primeru Džordža Buša), Balkin izlaz vidi u ustanovljavanju informacionog ombudsmana u okviru izvršne vlasti koji bi dodatno nadzirao predstavnike izvršne vlasti i bio garant da će vlast informacije prikupljati i koristiti legalno i nearbitrerno. Time bi se, prema Balkinovom mišljenju, mogla obezbediti vladavina prava u državi nacionalnog nadzora. Dakle, Balkin rešenje vidi u kontrolisanju kontrolora, odnosno posmatranju posmatrača istim sredstvima kojima se i on služi ali od strane informacionog ombudsmana.[23]

4. KA AUTORITARNOJ DRŽAVI NACIONALNOG NADZORA

Uprkos nesumnjivoj domišljatosti i misaonim naporima kojima je Džek Balkin došao do jednog zaista novog teorijskog modela „države nacionalnog nadzora", što nesumnjivo predstavlja veliki naučni doprinos, čini se da njegova idejna razrada demokratskog modela ovog tipa države ostaje na nivou onoga što se u SAD često naziva *wishful thinking* (da to slobodno prevedemo kao „puštanje mašti na volju"). Jasno je da rešenje treba tražiti, ali ga ne treba nužno uvek i na silu naći.

Sama podela na autoritarne i demokratske informativne države (države nacionalnog nadzora) je prenategnuta misaonom gimnastikom. Vlast, kao i moć ima sklonost ka stalnom uvećavanju. Postavlja se pitanje ko će od nosilaca vlasti ili službi bezbednosti reći sada je dosta, više informacija mi nije potrebno, veoma rado ću ih prikazati i učiniti dostupnim široj javnosti, upotrebljavaću ih isključivo

se čak i koncepcija prošlosti može poricati. To sve dovodi do samocenzure zbog uviđanja postojanja panoptičke kontrole, čime se ograničava otvorena debata kao jedan od kamena temeljaca demokratske vladavine, V. Mayer-Schönberger, *op. cit*., p. 112. Takođe, sprovođenje kontrole nad prošlosti je osnovno obeležje autoritarnih režima.

[22] J. Balkin, „The Constitution in the National Surveillance State", p. 18.

[23] *Ibid*., p. 24. Videti i intervju s Džekom Balkinom: S. Horton, „Six Questions for Jack Balkin on the Entrenchment of the National Surveillance State", *Harper's Magazine*, July 6, 2009, dostupno na: *http://harpers.org/blog/2009/07/six-questions-for-jack-balkin-on-the-entrenchment--of-the-national-surveillance-state/.*

legalno, nearbitrerno i uništiću ih kada posluže svojoj legalnoj svrsi. Kontrola informacija je osnova kontrole čitavog društva.[24] Stiče se utisak kao da Balkin nije potpuno upoznat sa funkcionisanjem i načinom rada službi bezbednosti, možda on to ne želi ili čak ne može da vidi, zaslepljen svojim idealističkim zamislima. Na njihovoj meti nisu samo teroristi niti samo pripadnici kriminalnih grupa, već svi građani, jer svako može biti potencijalno opasan za „državne" interese. Kako jedan autor primećuje, postojanje demokratske države nadzora zvuči kao oksimoron, kao postojanje „umiljate ručne bombe".[25]

Kako bi teorijski uokvirio svoj demokratski model države nacionalnog nadzora Balkin nastoji da prevazivađe i reši večni problem podele vlasti i suverenosti. Kako priznaje u jednom svom koautorskom radu, smer u kome će se razvijati država nacionalnog nadzora u SAD u velikoj meri zavisi od sudske vlasti, odnosno od politike koja utiče na imenovanje sudija. „Sudovi će blagosloviti i dati legitimitet tim razvojima (države nacionalnog nadzora – *prim. D. A.*), kao što su davali legitimitet uzdizanju administrativne i regulatorne države i države nacionalne sigurnosti sredinom XX veka".[26] Međutim, uviđajući nedovoljnost zakonodavne i sudske kontrole, Balkin pokušava da zauzda nosioce izvršne vlasti čak i uvođenjem četvrte grane vlasti, specijalizovanog informacionog ombudsmana.[27] Kontrolisanjem kontrolora odnosno posmatranjem posmatrača se ništa ne rešava već se nastavlja besprekidni i beskonačni niz. Ko će kontrolisati informacionog ombudsmana da ne zloupotrebi svoja ovlašćenja?

---

[24] Koen to definiše kao orvelijansko/makijavelističku formulu za kontrolu: da znaš sve i da držiš sve druge, naročito neprijatelje u neznanju ili možda još bolje, da ih dezinformišeš, E. D. Cohen, *op. cit*., p. 19.

[25] M. Konczal, „Is a Democratic Surveillance State Possible?", *The Washington Post*, June 8, 2013, dostupno na: *https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/06/08/is-a-democratic-surveillance-state-possible/.*

[26] J. Balkin, S. Levinson, *op. cit*., p. 490. Takođe, veliku veru u sudsku vlast kojoj stavlja u zadatak balansiranje između privatnosti građana i nacionalne sigurnosti, naročito u sferi različitih tehnologija nadzora građana, ima Stiven Rašing. Videti: S. Rushing, „The Judicial Response to Mass Police Surveillance", *Journal of Law, Technology and Policy*, 2/2011, p. 318–328.

[27] U jednom drugom svom koautorskom radu s Levinsonom Balkin takođe traži načine za zauzdavanje vlasti predsednika SAD naročito u stanju državne nužde. U članku se predlažu različiti mehanizmi, od usvajanja nemačkog modela konstruktivnog izglasavanja nepoverenja, preko uvođenja kvalifikovane većine za proglašenje vanrednog stanja i/ili za prenošenje ovlašćenja na predsednika u uslovima vanrednog stanja (ili usvajanje Akermanovog rešenja o ustanovljavanju sve veće većine prilikom produžavanja vanrednog stanja), pa sve do izmeštanja celog procesa iz sfere politike ustanovljavanjem jednog relativno nezavisnog organa poput Saveta za slučaj nužde čija bi saglasnost bila nužna prilikom donošenja odluke o uvođenju vanrednog stanja. Videti: S. Levinson, J. Balkin, „Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design", *Minnesota Law Review*, Vol. 94, 6/2010. S druge strane, pojedini autori upozoravaju na činjenicu da dok su angloamerički teoretičari zauzeti iznalaženjem rešenja za ograničavanje izvršne vlasti u „ratu protiv terorizma", previđaju veliku opasnost od ekspanzije sudske vlasti i nastanka „sudokratije", R. Hirschl, „The New Constitutionalism and The Judicialization of Pure Politics Worldwide", *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2/2006.

Suština je u samom čoveku i njegovoj prirodi. Jedino sam čovek može sebe da zauzda, a ne bilo kakvi spoljni kontrolori. Od samoograničavanja nosilaca vlasti, njihovih moralnih kvaliteta sve zavisi, od antike do danas. Nažalost, stvari nisu baš potpuno sjajne, kako ih uglavnom Balkin vidi. Polazeći hobsovskim putem, od loše prirode ljudi, čini se da je mnogo verovatniji pesimistički stav da država nacionalnog nadzora u svakom slučaju vodi potpunom gubitku slobode pojedinaca, negaciji vladavine prava i svojoj autoritarnoj varijanti. Odakle toliki Balkinov optimizam, kada ga je realnost toliko puta demantovala, a i danas ga demantuje? Zbog čega je onda država nacionalnog nadzora u SAD nakon terorističkih napada 2001. godine dobila autoritarna obeležja i uvela „permanentno vanredno stanje" odnosno jedan oblik ustavne diktature?[28]

Optimizam u pogledu nastanka demokratskog tipa države nacionalnog nadzora je vidljiv i kod Balkinovih kritičara poput Orina Kera. Naime, Ker u odgovoru na Balkinov kapitalni članak ističe da nema sumnje u demokratski model, samo oponira Balkinu ističući da država nacionalnog nadzora nije novi oblik vladavine čiji nastanak su prouzrokavale moderne tehnologije i kojim se menja ono što vlada može da čini.[29] Ker zagovara stav da oblik vladavine u osnovi ostaje isti, te da problem koji Balkin uočava nije problem vladavine, već tehnologije, kompjuterizacije. Dakle, prema Kerovom mišljenju u pitanju je samo novi teren za igru, a ciljevi vlasti ostaju isti nezavisno od tehnologije, tako da ostaje stari posao koji se mora uraditi na novi način. Zbog toga se pomera fokus s ideološkog pitanja koje izaziva nesuglasice i nepoverenje, na tehnološko pitanje oko kojeg može da se postigne šira saglasnost. Ker ističe da su potrebni novi zakoni koji bi odgovorili na tehnološke izazove, te da je, kao i ranije, pravno ograničenje nosilaca izvršne vlasti na stvaraocima prava, a ne na bilo kojoj državi, pa ni na državi nacionalnog nadzora.

Takođe, i mnogi drugi američki autori ne samo da ne vide pretnju u konstantnom nadzoru od strane Velikog brata u državi nacionalnog nadzora, već u

---

[28] Zbog toga je upravo glavna ambicija Brusa Akermana, takođe jejlskog profesora ustavnog prava, da ukaže na nužnost zamene logike rata logikom privremenom vanrednog stanja u slučaju terorističkih napada, jer u suprotnom, kako upozorava: „Spirala je zastrašujuća: posle svakog uspešnog napada, političari će istupati sa novim gomilama represivnih zakona koji bi ublažili našu nervozu, obećavajući veću sigurnost – da bi utvrdili da različita teroristička udruženja uspevaju sa napadima nekoliko godina kasnije. Ta nova nesreća će, za uzvrat, stvoriti zahtev za još više represije, i tako sve dalje i dalje. Čak i ako bi se tokom sledeće polovine ovog veka suočili samo sa tri ili četiri napada onog nivoa kakav je bio 11. septembar, patološki politički krugovi će uspeti da unište građanske slobode do 2050. godine", B. Ackerman, „Terrorism and the Constitutional Order", *Fordham Law Review*, Vol. 75, 2/2006, p. 475. Videti i: B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) – London (England), 2010, p. 73, 74.

[29] O. Kerr, „The National Surveillance State: A Response to Balkin", *Minnesota Law Review*, Vol. 93, 6/2009, p. 2179–2184.

tome vide brojne prednosti sa stanovišta ljudske slobode. Tako na primer za Beneta Kapersa takav scenario nije zastrašujući. Naime, ovaj autor sugeriše da sliku o Velikom bratu treba promeniti, tako da ga treba percipirati kao zaštitnički orijentisanog, kao onoga koji može ispričati našu stranu priče (pojedinca, građana). U tom kontekstu Veliki brat postaje neko ko ne samo da nas posmatra, već i neko ko pazi na nas. Kamere mogu biti te, kako Kapers vidi, koje ne samo da smanjuju klasični kriminal, već i koje obezbeđuju fer i jednako postupanje policije, naročito imajući u vidu rasnu diskriminaciju.[30]

Možemo stvari posmatrati ovako ili onako, lepše ili ružnije ih sagledavati i opisivati, intimno želeti demokratsku državu nacionalnog nadzora, ali istina je jedna i veoma izvesna: ljudi su skloni zloupotrebi i nekontrolisanom prikupljanju informacija zarad zadovoljavanja sopstvenih interesa. Skoro je izvesno da država nacionalnog nadzora skoro uvek poprima autoritarna obeležja. Jer, kamere su svuda oko nas, a Veliki brat nas posmatra!

5. NADA UMIRE POSLEDNJA

Ono što Balkin nagoveštava i pokušava da učini nastojeći da nađe načine zauzdavanja „Levijatana" u SAD, može biti veoma poučno i za našu državu kako bi se na vreme pripremili. U konkretnom slučaju, velika je sreća što ne spadamo u bogate, tehnološki napredne zemlje, u kojima su sredstva nadziranja građana lako dostupna i jeftina. Ta činjenica nam obezbeđuje dovoljno vremena da ustanovimo čvršći normativni okvir povodom korišćenja sredstava nadzora i snimaka, uništavanja podataka, korišćenja od strane privatnih lica, kako bi se ustanovio kakav-takav balans između zahteva privatnosti i s druge strane, sigurnosti građana.

Međutim, stvar dodatno komplikuje činjenica i da mi sami postajemo provajderi infomacija za Velikog brata i time se dobrovoljno odričemo velikog dela sopstvene privatnosti. Veliki broj ljudi u eri interneta nije ni svestan kada to čini. Sve poruke koje šaljemo preko *Gmail, Hotmail* i podaci, fotografije, snimci koje postavljamo na *Facebook*, *Twitter* ili *Instagram* ostaju trajno zabeleženi na različitim serverima i dostupni Velikom bratu koji ih relativno lako može dobiti na raspolaganje.[31] Nekada ih pojedinci sami stavljaju na raspolaganje, postavljajući na primer na svoje otvorene (svima vidljive) *Facebook* profile kompletne podatke o sebi (lične, o svojim navikama, hobiju, prijateljima, itd). Na taj način nastaje

[30] Videti: B. Capers, „Crime, Surveillance, and Communities", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 40, 3/2013, p. 959–992.

[31] O tome videti više: M. Bedi, „Facebook and Interpersonal Privacy: Why the Third Party Doctrine Should Not Apply", *Boston College Law Review*, Vol. 54, 1/2013, p. 1–71; O. Kerr, „Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach", *Stanford Law Review*, Vol. 62, 4/2010, p. 1005–1049.

ono što Solov naziva „digitalnim dosijeima“ koji prerastaju u digitalne biografije, pomoću kojih treća lica mogu otkriti „šta kupujemo, organizacije kojima pripadamo, kako surfujemo internetom, i koje emisije i video zapise gledamo“.[32] Rečima Majer-Šenbergera, „ukoliko te neko posmatra dok surfuješ na internetu, posle nekoliko dana ta osoba će zaboraviti šta si i kada pretraživao. *Google* neće; njegova memorija o nečijem zahtevu za pretraživanje je mnogo trajnija i preciznija“.[33] S druge strane, ukoliko pojedinac postane digitalni apstinent u savremenom društvu – on skoro da i ne postoji! Majer-Šenberger, slično kao i Balkin, rešenje vidi u uništavanju podataka nakon proteka određenog vremena, ali i u automatskom uništavanju, istekom njihovog „roka trajanja“.[34]

Na tragu slučaja Edvarda Snoudena, a na osnovu teorije koju je postavio Balkin, izrastaju i kompromisna teorijska gledišta o karakteru savremene države. Tako na primer Dejvid Pozen, polazeći od Balkinovog razlikovanja autoritarne i demokratske države informacija, „informacionih škrtica“ i „informacionih filantropa“, vidi SAD danas kao sintezu zvaničnog škrtarenja i anonimne filantropije. Zbog toga Pozen smatra da je najbolje okarakterisati državu nacionalne sigurnosti u SAD Balkinovom terminologijom i to kao demokratsko-autoritarnu informativnu državu.[35]

Takođe, ohrabrujuće deluje činjenica da je kompanija *Apple*, uprkos snažnim pritiscima *FBI*, ipak za sada uspela da sačuva privatnost svojih korisnika. Naime, u februaru 2016. godine je preko suda *FBI* naredio kompaniji *Apple* da „razbije“ šifru mobilnog telefona čiji je proizvođač (*iphone*),[36] a koji je pripadao jednom od napadača koji su u decembru 2015. godine ubili 14 ljudi u San Bernardinu u Kaliforniji. Napadač je u policijskoj akciji ubijen. *FBI* je ispitivanjem telefona navodno hteo da utvrdi da li je napadač planirao napad u dogovoru sa vođama *ISIS*. Zarad očuvanja sigurnosti i privatnosti korisnika, ali naravno i iz ekonomskih razloga, *Apple* je odbio to da uradi. Ključno pitanje je postavio Kristofer Sogoian iz Američke unije za građanska prava (*American Civil Liberties Union*): „Koliko daleko vlada može ići u prisiljavanju treće strane da pomaže u nadzoru ljudi?“.[37] Preciznije, koliko će još dugo moći čak i ovakav ekonomski gigant poput *Apple* da odoleva pritiscima Velikog brata u državi nacionalnog nadzora? *FBI* će do potrebnih podataka potpuno sigurno doći, samo mi to najverovatnije nikada nećemo

[32] D. Solove, „Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy“, *Southern California Law* Review, Vol. 75, 5/2002, p. 1095.

[33] V. Mayer-Schönberger, *op. cit*., p. 103.

[34] *Ibid*., p. 171.

[35] D. Pozen, „The Leaky Leviathan: Why The Government Condemns and Condones Unlawful Disclosures of Information“, *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2/2013, p. 625, 626.

[36] Pravljenjem softvera koji bi zaobišao bezbednosnu zaštitu ajfona.

[37] M. Isaac, “Explaining Apple`s Fight With the F.B.I.“, *The New York Times*, February 17, 2016, dostupno na: http://www.nytimes.com/2016/02/18/technology/explaining-apples-fight-with--the-fbi.html?_r=0.

saznati. Na taj način se širom otvaraju vrata mogućnosti da svako od nas bude posmatran kada god ON to bude želeo. Uspešno nam je ukorenjena svest da smo konstantno posmatrani i vladaćemo se dobro tokom „rata protiv terorizma“ kome se ne vidi kraj.

Sve u svemu, čini se da Balkinova u osnovi plemenita, ali ipak naivna vera da je moguća demokratska država nacionalnog nadzora, teško može izdržati test nadolazećeg vremena i izazova. Mnogo je veća verovatnoća da se svet, prvenstveno tehnološki najnaprednije zemlje, prilično brzo kreću u pravcu autoritarne države nacionalnog nadzora. Moguće je, možda, jedino, koliko-toliko taj proces usporavati (i to prvenstveno u društvima čija se manja tehnološka razvijenost može pokazati kao privremena prednost), ali ga je pri sadašnjem stanju stvari skoro nemoguće zaustaviti. Organizovani napori uistinu nezavisnog nevladinog sektora, osvešćenih građana, „sebičnih“, razumnih pojedinaca koji će što racionalnije hraniti tehnološkog Levijatana samo onoliko koliko moraju, ali ne i neopreznim rasipanjem podataka o sebi, što širim razvijanjem svesti o tome šta su prednosti, a šta mane društvenih mreža, razvijanjem sistema individualne zaštite od samog sebe, kontrolom od strane nezavisnih medija, povećanom društvenom odgovornošću, možda mogu predstavljati samo tračak nade. Tračak nade da će se na kraju i tamo gde se autoritarna država nacionalnog nadzora bude razvila u punom obimu i počela da pokazuje sve svoje surove osobine, početi da razvijaju i novi mehanizmi, politički, socijalni, psihološki, tehnološki, prilagođeni novom tehnološkom vremenu, koji bi mogli makar ublažiti kataklizmični društveni scenario.

Ipak, „Budućnosti ili prošlosti, vremenu u kome je misao slobodna, u kome se ljudi razlikuju među sobom i ne žive usamljeni – vremenu u kome postoji istina i u kome se ono što je učinjeno ne može povući: Iz doba jednobraznosti, iz doba samoće, iz doba Velikog brata, iz doba dvomisli – pozdravi!“.[38]

[38] Dž. Orvel, *1984*, dostupno na http://svetlost.org/podaci/orvelova1984.pdf, str. 14.

Dragutin S. Avramović, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Avramovic@pf.uns.ac.rs

The Force Awakens – Birth of National Surveillance State

Abstract: *University of Yale professor of Constitutional Law Jack Balkin convincingly declared emergence of a new sort of the state called "national surveillance state". Although the very name announces quite clearly an Orwellian scenario, Balkin is in doubt which path that kind of state will follow – the authoritarian or the democratic one. Nevertheless quite optimistic approaches of J. Balkin, O. Kerr and other authors considering democratic type of the national surveillance state the author of this paper holds the opposite opinion. Taking as a starting point an anthropological feature that "passion warps the rule even of the best men" (Aristotle, 1287a), the author doubts in democratic character of the national surveillance state. He criticizes Balkin's explanations that the problem could be solved by "control of the controllers" or "observation of the observers". One who has supreme right to dispose over information (no matter which state body could it be), can always, or most often will abuse that right having in mind some interest, particularly when the interest can be vested within socially and politically acceptable tune, like the fight against terrorism, national interest or similar.*

Proper and firm normative framework could contribute to successful balance between privacy and security of citizens and eventually diminish potential misuse of surveillance of citizens. However, many people provide information for the "Big Brother" by sacrificing their own privacy voluntarily, forming their own "digital database" through different social networking. Balkin's generous but naïve belief that democratic national surveillance state is possible could hardly survive the test of the coming time and challenges. It is quite evident that, particularly the most developed states, fairly fast incline towards repressive national surveillance state. Maybe the process could be only decelerated by activities of NGOs, by developing awareness of every single citizen of threatens for his privacy, by intervention of independent media, by strengthen social responsibility, etc. Lower technological level of less developed societies could appear as a temporary advantage but, generally speaking, in this moment it seems that the autocratic national surveillance state is irrepressible.

Keywords: *National Surveillance State; Authoritarian National Surveillance State; Misuse of Information; Terrorism; George Orwell; Jack Balkin.*

Datum prijema rada: 23.11.2016.

Originalni naučni rad 341.6:342.7(4)
doi:10.5937/zrpfns50-12640

Dr Bojan N. Tubić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

NOVE TENDENCIJE U POGLEDU USLOVA PRIHVATLJIVOSTI POJEDINAČNIH PREDSTAVKI PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA*

Sažetak: *U radu se analiziraju pojedini uslovi prihvatljivosti pojedinačne predstavke pred Evropskim sudom za ljudska prava. Ovo je jedno od najvažnijih pitanja u radu Suda i predstavlja neophodan uslov za meritorno razmatranje podnetih predstavki. Rok od šest meseci za podnošenje predstavke služi očuvanju pravne sigurnosti, ali i interesima države jer se na taj način sprečava da pravosnažne domaće presude budu razmatrane u nekom neodređenom periodu. Sud može proglasiti neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku ukoliko smatra da podnosilac predstavke nije značajnije oštećen. Izuzetak od ovog uslova postoji kada poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i protokolima uz nju zahteva ispitivanje suštine predstavke. Takođe, predstavka se ne može odbaciti po ovom osnovu ukoliko slučaj nije prethodno s dužnom pažnjom razmotrio domaći sud. Protokolom br. 15, koji još nije stupio na snagu predviđeno je brisanje ove poslednje mogućnosti, kao i skraćivanje roka za podnošenje predstavke sa šest na četiri meseca.*

Ključne reči: *Evropski sud za ljudska prava, prihvatljivost predstavke, značajnija povreda.*

1. UVOD

Zaštita ljudskih prava u okviru Saveta Evrope dostigla je veoma visok nivo. Pojedinci koji se nađu pod nadležnošću neke države članice Saveta Evrope mogu da se obrate Evropskom sudu za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) i da traže zaštitu od ponašanja države koje je suprotno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Konvencija). Međutim, veliki problem u radu

* Rad je posvećen projektu“Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

ovog Suda predstavlja izuzetno veliki broj predstavki koje dobija. Od Protokola br. 11 uz Konvenciju broj predstavki konstantno raste i broj sudija koji trenutno rade u Sudu je nedovoljan da bi se na vreme odgovorilo na sve upućene zahteve. Često se ponavlja rečenica sudije Hedigana da je Sud postao žrtva sopstvenog uspeha.[1] Poslednji usvojeni Protokol br. 14 imao je za cilj da unapredi funkcionisanje Suda, dajući mu dodatna proceduralna sredstva i fleksibilnost u odlučivanju, a u isto vreme obezbeđujući da se koncentriše na najznačajnije slučajeve.[2] Uvođenjem novog uslova prihvatljivosti pokušano je da se utiče na smanjenje broja predstavki pred Sudom. Uveden je uslov da podnosilac mora da pretrpi značajnu štetu, kako bi mogao da podnese predstavku. Pošto ova nova reforma, i pored pozitivnih rezultata,[3] nije dovela do željenog efekta, nastavljeno je sa debatama i aktivnostima u vezi sa novim reformama sistema zaštite ljudskih prava. U februaru 2010. godine održana je konferencija u Interlakenu, na kojoj je podržano očuvanje prava na pojedinačnu predstavku, ali je zauzet stav da ono mora da se efikasno kombinuje sa načelom supsidijarnosti.[4] Nakon konferencija u Izmiru, 2011. godine i Brajtonu, 2012. godine, usvojen je tekst novog Protokola uz Konvenciju. Naime, Protokol br. 15 predviđa da će vremenski period u okviru kojeg je moguće podneti predstavku biti smanjen sa 6 na 4 meseca, a takođe predviđa i izmenu u pogledu uslova prihvatljivosti koji se odnosi na pitanje značajnije štete, opet u cilju ubrzavanja postupka pred Sudom.

Ovaj rad će nastojati da analizira nove tendencije u uslovima prihvatljivosti, sa posebnim osvrtom na rok od šest meseci za podnošenje predstavki i uslov postojanja značajnije povrede.

2. POTREBA ZA REFORMOM USLOVA PRIHVATLJIVOSTI PREDSTAVKE

Pojedinačne predstavke moraju da zadovolje određene uslove kako bi ih Sud uzeo u razmatranje. Ovi uslovi su propisani u članu 35 Konvencije i predviđaju da Sud može da uzme predmet u razmatranje tek kada se iscrpe svi pravni lekovi,

[1] Kanstantsin Dzehtsiarou, Alan Greene, „Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights: Critical Perspectives from Academia and Practitioners, *German Law Journal*, 12/2011, 1708.

[2] Alice Pillar, "The practical implications of Protocol 14 to the ECHR", *EHRAC Bulletin* 13/2010. Videti: Vincenzo Starace, "Modifications Provided by Protocol No. 14 Concerning Proceedings Before the European Court of Human Rights", *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 5/2006, 183-192.

[3] Janneke Gerards, "Inadmissibility Decisions of the European Court of Human Rights: A Critique of the Lack of Reasoning", *Human Rights Law Review* 14/2014, 148.

[4] Videti: Alastair Mowbray, "The Interlaken Declaration – The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Review* 10/2010, 519-528; Marijana Mojsilović, „Reforma Evropskog suda za ljudska prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013, 379.

u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava i to u roku od šest meseci od dana kada je doneta pravosnažna odluka.[5] Sud neće postupati po pojedinačnoj predstavci koja je anonimna, ili je u suštini istovetna sa predstavkom koju je Sud već razmatrao, ili koja je već podneta nekoj drugoj međunarodnoj instanci radi ispitivanja ili rešavanja, a ne sadrži nove relevantne činjenice.[6] Takođe, Sud će proglasiti neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku, ako smatra da je ona nespojiva sa odredbama Konvencije ili protokola uz nju, očigledno neosnovana ili predstavlja zloupotrebu prava na predstavku.[7]

Nakon stupanja na snagu Protokola br. 14 uz Konvenciju, prethodno navedeni uslovi su dopunjeni još jednim. Naime, Sud može proglasiti neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku ukoliko smatra da podnosilac predstavke nije značajnije oštećen.[8] Protokolom 14 su, između ostalog, predviđena dva postupka za ubrzavanje rešavanja velikog broja očigledno neprihvatljivih predstavki, kao i mnogih slučajeva koji su mogli biti rešeni na osnovu dobro ustanovljene prakse. Ruska Federacija je bila poslednja država koja je ratifikovala ovaj Protokol, a u međuvremenu je, u maju 2009. godine, usvojen Protokol 14 bis, kao prelazno rešenje i on je stupio na snagu 1. oktobra 2009. godine. Na taj način je Sud mogao da primenjuje proceduralne mere za smanjivanje broja predmeta u Sudu, u odnosu na sve predstavke koje su podnete protiv država članica koje su ratifikovale ovaj Protokol. Nakon što je Ruska Federacija ratifikovala Protokol 14 on je stupio na snagu 1. juna 2010. godine. On je omogućio da dođe do ubrzavanja postupka ali nije mogao da utiče na smanjivanje broja slučajeva koji se podnose Sudu.[9]

Promene u sistemu zaštite ljudskih prava uvedene Protokolom 14, iako možda u nekim aspektima kontroverzne bile su neophodne.[10] One su ipak bile nedovoljne i ubrzo se pristupilo novoj reformi u radu Suda, koja je, između ostalog obuhvatila i uslove dopuštenosti. Tako je 24. juna 2013. godine usvojen protokol br. 15 uz Konvenciju.[11] On predviđa skraćivanje roka za podnošenje predstavke sa šest na četiri meseca, od dana donošenja konačne domaće odluke. U članu 8, stavu 3 Protokola, nalazi se prelazna odredba kojom se predviđa da će se ovo skraćivanje perioda za podnošenje predstavke primenjivati tek nakon proteka roka od

[5] Član 35 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni list SCG“ – Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

[6] *Ibid.*, stav 2.

[7] *Ibid.*, stav 3a.

[8] *Ibid.*, stav 3b.

[9] Helen Keller, Andreas Fischer and Daniela Kühne, „Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals, *The European Journal of International Law* 4/2011, 1030.

[10] Lucius Caflisch, „The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond“, *Human Rights Law Review,* 6/2006, 413.

[11] Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 24 June 2013, Council of Europe Treaty Series 213.

šest meseci nakon stupanja na snagu Protokola. Time bi se obezbedilo da potencijalni podnosioci predstavke budu u potpunosti svesni toga da postoji novi rok. Takođe, ova odredba ne bi imala retroaktivno dejstvo, jer je u Protokolu propisano da se novi rok neće primenjivati na predstavke u pogledu kojih je konačna odluka u smislu člana 35 stava 1 Konvencije doneta pre dana stupanja na snagu novog pravila.

Po zahtevu Komiteta ministara Saveta Evrope od 17. januara 2013. godine, Sud je dao svoje mišljenje o Protokolu 15. uz Konvenciju. On nije imao primedbi u pogledu smanjivanja roka u kojem se može podneti predstavka, sa šest na četiri meseca, već je samo primetio da treba da postoje prelazna pravila uz ove izmene, koja obezbeđuju pravnu sigurnost podnosiocima predstavki. Prema mišljenju Suda, potrebno je obezbediti da javnost bude obaveštena na jasan i pravovremen način o stupanju na snagu ovih izmena. U tome treba da učestvuju i da pomognu vlade država članica, nacionalne institucije koje se bave zaštitom ljudskih prava, kao i ugledni pravnici i pripadnici građanskog odnosno civilnog društva.[12]

Takođe, u članu 6 Protokola 15 navodi se da će se obrisati deo člana 35, stava 3, tačke b, koji predviđa da nijedna predstavka ne može da bude odbačena po osnovu toga da podnosilac nije pretrpeo značajniju štetu, ukoliko nije bila propisno razmotrena pred nacionalnim sudom.[13] Na ovaj način se Sud pokušava odbraniti od razmatranja trivijalnih slučajeva, koji usporavaju njegov rad.

Još jedan pokušaj da se ubrza rad Suda učinjen je u članu 30 koji bi trebalo da se izmeni na taj način da strane u postupku ne mogu više da prigovore na ustupanje nadležnosti Velikom veću od strane Veća. Ova mera je uvedena i zbog doprinosa konzistentnosti prakse Suda. Sam Sud je nagovestio da namerava da modifikuje svoja Pravila postupka, odnosno član 72, tako što će predvideti da je Veće u obavezi da ustupi nadležnost kada je utvrđeno odstupanje od ustaljene sudske prakse. Izostavljanje ovog prava ima za cilj ubrzavanje postupka pred Sudom u slučajevima u kojima se javlja ozbiljno pitanje u pogledu tumačenja Konvencije i Protokola, ili potencijalnog odstupanja od postojeće sudske prakse.

3. PRAVILO O PROTEKU ROKA OD ŠEST MESECI ZA PODNOŠENJE PREDSTAVKE

Razlog za uvođenje ovog uslova prihvatljivosti predstavke jeste namera da se promoviše načelo pravne sigurnosti, odnosno da državni organi dobiju određeni stepen zaštite od toga da se odluke koje su donete u prethodnom periodu mogu u

[12] Opinion of the Court on Draft Protocol no. 15 to the European Convention on Human Rights, Adopted on 6 February 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf , 11. novembar 2016.

[13] Član 5 Protokola 15 uz Konvenciju.

bilo kom trenutku ispitivati. Time bi se moglo zadirati u nečija stečena prava.[14] Takođe, cilj je da se obezbedi da slučajevi budu razmatrani u razumnom roku i da dokazi budu dostupni. Međutim, postizanje ovog poslednjeg cilja je na neki način relativizovano, jer obično protekne nekoliko godina od datuma podnošenja predstavke do donošenja konačne odluke i često se traži od podnosilaca predstavke i svedoka da podnesu dokaze mnogo godina nakon dešavanja koja su predmet spora.

Pravilo da se predstavka može podneti u roku od 6 meseci od konačne presude domaćih sudova ne može biti zanemareno u postupku. Sud pazi na ovo pravilo po službenoj dužnosti, čak i ako se država ne pozove na njega. To je potvrđeno u slučaju Valker protiv Ujedinjenog Kraljevstva,[15] gde je Sud doneo odluku da je konačna odluka u postupku iskorištavanja lokalnih pravnih lekova presuda Višeg suda Austrije, koja je doneta 14. februara 1996. godine, a predstavka je podneta 18. oktobra iste godine. Tužena država nije stavila prigovor neprihvatljivosti predstavke u pogledu roka za podnošenje, ali je Sud naglasio da pravilo o roku od šest meseci zapravo odražava nameru država ugovornica Konvencije da spreče preispitivanje davno donetih odluka, ali da ono nije uvedeno u interesu samo tužene države, nego i zbog pravne sigurnosti koja je jedno važno načelo. Zbog toga, Sud nije mogao da isključi primenu pravila o šest meseci samo iz razloga što država nije istakla takav prigovor.[16]

U svojoj praksi, Sud je smatrao da ovo pravilo neće primenjivati sa nepotrebnim formalizmom, pošto je to nespojivo sa svrhom Konvencije. Na primer, u slučaju Fernandez Molina Gonzales i 370 drugih podnosilaca predstavke protiv Španije, Sud nije zahtevao da podnosioci predstavke moraju da iskoriste i neku vrstu žalbe zbog povrede prava garantovanog ustavom (*amparo*). Naime, podnosioci predstavke su bili žrtve ozbiljnog trovanja hranom. Pred španskim sudom su pokrenuti postupci protiv odgovornih fizičkih i pravnih lica i njihov rezultat je bila presuda, koja je doneta 1989. godine i kojom je naloženo da se žrtvama isplati određeni iznos na ime naknade štete. Nakon problema sa sprovođenjem presude, podnosioci predstavke su se žalili Ustavnom sudu, alu su žalbe odbačene odlukama iz 2000. i 2001. godine. U postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, vlada je tvrdila da je predstavka trebalo da bude podneta u roku od šest meseci od odluke redovnog suda (*Audiencia Nacional*), jer pravo na uživanje imovine nije zaštićeno pravnim lekom koji podrazumeva obraćanje Ustavnom sudu. Sud je odbacio ove argumente kao previše formalistički pristup pravilu od šest meseci i smatrao je da je, pri procenjivanju odgovarajućeg vremenskog ograničenja potrebno uzeti u obzir sve pravne lekove koje su koristili podnosioci predstavke.[17]

[14] Milan Paunović, Slavoljub Carić, *Evropski sud za ljudska prava – nadležnost i postupak*, Beograd, 2007, 65.

[15] Predstavka br. 34979/97 *Walker v United Kingdom*, odluka od 25. januara 2000. godine.

[16] *Ibid*.

[17] Predstavka br. 64359/01 Fernandez-Molina Gonzalez and 369 other applications v Spain, odluka od 8. oktobra 2002. godine, str. 11.

Pravilo roka od šest meseci može da bude suspendovano samo u izuzetnim slučajevima. Na primer, u jednom predmetu koji se ticao terorističkih napada u Severnoj Irskoj, žena je tvrdila da vlade Irske i Ujedinjenog Kraljevstva nisu učinile dovoljno da spreče delovanje terorista koji su ubili njenu ćerku 1977. godine.[18] Podnositeljka predstavke je podnela medicinske dokaze u kojima je navedeno da je ona i dalje pod medicinskim i psihijatrijskim tretmanom, nakon ubistva ćerke i da nije mogla da otpočne postupak u roku od šest meseci. Komisija je prihvatila da određeno vreme nakon smrti njene ćerke, podnositeljka predstavke nije mogla da pokrene postupak zbog svog zdravstvenog stanja. Međutim, Komisija je smatrala da je ove okolnosti nisu sprečavale da to uradi nakon izvesnog vremena. Nakon što su ubice njene ćerke osuđene, ona se sa mužem preselila i zajedno su se starali o unuci. Na osnovu ovih činjenica, zaključeno je da je ipak postojala mogućnost za podnošenje predstavke ranije, a ne nakon više od četiri godine nakon pomenutog ubistva. Iz tog razloga, predstavka je proglašena neprihvatljivom.[19]

3.1. Primena pravila o roku od šest meseci za podnošenje predstavke

Pravilo o roku od šest meseci za podnošenje predstavke je tesno povezano sa pravilom o obavezi iskorištavanja lokalnih pravnih lekova pre obraćanja Sudu, jer se rok računa od trenutka donošenja pravosnažne odluke. Obaveza da se iskoriste svi lokalni pravni lekovi pre obraćanja međunarodnim telima za zaštitu ljudskih prava danas je opšteprihvaćena.[20] U svojoj praksi, Sud je ovo pravilo tumačio bez preteranog formalizma, ali je ipak prisutna tendencija da se podnosioci predstavki upute na sva dostupna i efikasna pravna sredstva u njihovim državama pre nego što se obrate Sudu. Tako je i u Republici Srbiji, sa uvođenjem instituta ustavne žalbe, Sud zahtevao da se ovaj pravni lek iskoristi pre nego što se pred Sudom pokrene postupak protiv Republike Srbije. U presudi u slučaju Vinčić i drugi protiv Srbije, Sud je izričitio naveo da se ustavna žalba može smatrati kao efikasno domaće sredstvo od 7. avgusta 2008. godine, jer je to datum kada su prve odluke Ustavnog suda, donete u meritumu po ustavnim žalbama, objavljene u Službenom glasniku Republike Srbije.[21] Sud je sve predstavke podnete nakon tog datuma smatrao neprihvatljivim ukoliko u postupcima nije iskorišćena ustavna žalba i predstavke su vraćane podnosiocima kako bi se obratili

[18] Predstavka br. 9833/82, H. v UK and Ireland, odluka od 7. marta 1985. godine, pasus 5.

[19] *Ibid*., pasusi 16, 17.

[20] Videti: Bojan Tubić, „Pravna priroda pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2008, 293-308; Bojan Tubić, „Pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u praksi Komiteta za ljudska prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2009, 475-497.

[21] Predstavke br. 44698/06 i druge, Vinčić and Others v Serbia, presuda od 1. decembra 2009. godine, pasus 51.

Ustavnom sudu i iscrpeli sva pravna sredstva. Ovo je potvrđeno i u drugim presudama protiv Republike Srbije.[22]

Rok od šest meseci počinje da teče od prvog dana nakon donošenja pravosnažne odluke nacionalnih sudova povodom svake pojedinačne pritužbe. Kao relevantan datum se uzima datum kada je presuda izrečena usmeno. Ukoliko podnosilac predstavke ima pravo da mu se pisani primerak presude uruči *ex officio* vreme počinje da teče od trenutka kada je presudu primio. Na primer u slučaju Vorm protiv Austrije, podnosilac predstavke je bio novinar koji je bio optužen zbog objavljivanja članka za koji se smatralo da može da utiče na ishod krivičnog postupka protiv jednog bivšeg ministra. Vlada je uložila prigovor neprihvatljivosti, jer predstavka nije podneta u roku od šest meseci od dana kada su dispozitivni deo presude i obrazloženje pročitani u Apelacionom sudu. Međutim, podnosiocu predstavke je dostavljena pismena verzija presude tek pet meseci kasnije i Sud je zauzeo stav da od tog datuma počinje da teče rok od šest meseci.[23]

Ukoliko se presuda ne objavljuje javno, relevantan datum će biti dan kada su podnosilac predstavke ili njegov pravni zastupnik obavešteni o konačnoj odluci. Uvek se uzima datum kada je obavešten pravni zastupnik, čak i u slučaju da je podnosilac predstavke naknadno obavešten.

U slučaju da postupak pred nacionalnim sudovima traje suviše dugo, ne može se zahtevati od podnosioca predstavke da čeka donošenje pravosnažne odluke, od čijeg donošenja bi počeo da teče rok za podnošenje predstavke.[24] Takođe, postoje i slučajevi kada ne postoji unutrašnji pravni lek. U takvim slučajevima, ukoliko se tužba odnosi na određenu radnju ili propust, rok od šest meseci počinje da teče od dana kada su radnja ili propust izvršeni, ili od dana saznanja za takvu aktivnost, odnosno njenih posledica ili štete po podnosioca predstavke. Ukoliko povreda ima trajni karakter, odnosno ako postoji niz događaja koji su povezani, rok se računa od kraja poslednjeg. U slučajevima kada podnosilac predstavke koristi pravni lek za koji se kasnije ispostavi da nije delotvoran pri ispunjavanju uslova iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, rok počinje da se računa od trenutka kada podnosilac predstavke postane svestan ili je bilo razumno očekivati da bude svestan situacije. Na primer, u slučaju Pol i Odri Edvards protiv Ujedinjenog Kraljevstva podnosioci predstavke su postali svesni da nema raspoloživih pravnih lekova, nakon objavljivanja izveštaja o smrti njihovog sina. Naime, njihovog sina je 1994. godine na smrt pretukao drugi zatvorenik u ćeliji, u zatvoru Čelmsford. Dve godine kasnije, njegovim roditeljima je savetovano da bi svaki parnični postupak bio neekonomičan i oni

[22] Predstavka br. 47460/07 i druge, Rakić and Others v. Serbia, presuda od 5. oktobra 2010. godine, pasus 39; Predstavka br. 36937/06 Hajnal v Serbia, presuda od 19. juna 2012. godine, pasusi 122, 123; Predstavke br. 17153/11 i druge, Vučković and Others v. Serbia, presuda od 24. marta 2014. godine, pasus 84.

[23] Predstavka br. 22714/93 Worm v Austria, presuda od 29. avgusta 1997. godine, pasus 33.

[24] Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd, 2016, 129.

su podneli predstavku Sudu 1998. godine nakon što su saznali rezultate istrage. Sud je odbacio prigovor vlade tužene države da je predstavka podneta nakon isteka predviđenog roka, uzimajući u obzir teškoće koje su postojale za podnosioce predstavke u pogledu dobijanja informacija o smrti njihovog sina u zatvoru. Sud je smatrao da su ispravno postupili što su sačekali rezultat istrage.[25]

Posebno pitanje predstavlja primena pravila o šest meseci u slučajevima obraćanja Sudu Evropske unije. Naime u slučaju Bosforus, tužena država je tvrdila da je kompanija koja je bila podnosilac predstavke propustila da iskoristi domaće pravne lekove, jer nije podnela tužbu za naknadu štete protiv druge kompanije, niti je podnela ustavnu žalbu protiv Irske. Takođe, vlada tužene države je istakla argument da predstavka nije podneta u roku od šest meseci od presude tadašnjeg Evropskog suda pravde, jer Vrhovni sud nije imao izbora, osim da primeni tu presudu. Sud je doneo odluku da rok od šest meseci počinje da teče od dana kada je Vrhovni sud u novembru 1996. godine doneo odluku kojom je primenio presudu Evropskog suda pravde, a ne od datuma kada je sam taj sud doneo odluku.[26]

3.2. Prestanak trajanja roka od šest meseci

Rok prestaje da teče od datuma kada je predstavka podneta Sudu. U podnesku se mora identifikovati podnosilac, zatim dati činjenično stanje i navodna povreda Konvencije. Postoji određena fleksibilnost u pogledu navođenja povrede Konvencije, tako što je, na primer, dovoljno upućivanje na kršenje nekog prava predviđenog Konvencijom i bez pominjanja konkretnog člana Konvencije, kojim je to pravo propisano.

Ukoliko dođe do neopravdanog i neobjašnjivog kašnjenja u prepisci nakon inicijalnog pisma to može da dovede do toga da se prvo pismo ne smatra podnošenjem predstavke. Za datum podnošenja predstavke se tada uzima datum kasnijeg dopisa u kojem podnosilac predstavke ponavlja svoju nameru da obnovi ili nastavi postupak povodom predmeta. Može doći do toga da predstavka bude „uspavana“ i da se na taj način zaobiđe rok od šest meseci. Podnošenje inicijalnog pisma Sudu imaće svoju svrhu samo ako se dalje radnje oko predstavke preduzimaju aktivno.

3.3. Obustavljanje roka od šest meseci

Protek roka od šest meseci može da se obustavi samo u izuzetnim slučajevima. Na primer, bolest ili mentalna nesposobnost nisu bili prihvaćeni kao razlog za obustavljanje roka. U slučaju Peters protiv Nemačke su oba podnosioca pred-

[25] Predstavka br. 46477/99 Paul and Audrey Edwards v. UK, presuda od 14. marta 2002. godine.

[26] Predstavka br. 45036 Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret AS v Ireland, presuda od 30. juna 2005. godine, pasus 102.

stavke bili mentalno oboleli, ali je Sud smatrao da ih to nije ometalo u pridržavanju roka, s obzirom na činjenicu da su bili sposobni da u to vreme vode postupak pred domaćim sudom.[27]

Pritvor nije dovoljan razlog za obustavljanje roka, osim u slučajevima kada se dokaže da je kontakt sa spoljašnjim svetom bio u potpunosti zabranjen. Takođe ni nepoznavanje Konvencije ili njene sudske prakse nije dovoljan razlog za prekid roka.[28] Rok ne prestaje da teče pokušajem iscrpljivanja nedelotvornih pravnih lekova, kao što je na primer obraćanje ombudsmanu ili korišćenje diskrecionih ili vanrednih pravnih lekova.

Kada postoji trajna odnosno kontinuirana situacija, činjenje ili propust ne primenjuje se rok od šest meseci.[29] Na primer, u slučaju Luizidu protiv Turske, podnosilac predstavke, kiparska državljanka, tvrdila je da su je i u prošlosti kao i na dan podnošenja predstavke turske trupe sprečavale da „neometano uživa" u svojoj imovini.[30]

U slučajevima kada država preduzima određene radnje, a usled kojih podnosioci predstavke postaju žrtve, dolazi do uspostavljanja tzv. trajnog stanja. Ukoliko u odnosu na njega ne postoji na raspolaganju nijedan pravni lek, rok od šest meseci počinje da teče od kraja tog trajnog stanja. Ovaj rok se neće primenjivati sve dok traje takvo stanje. Sud je ovaj svoj stav potvrdio u slučaju Iordahe protiv Rumunije.[31]

U slučajevima kada je pojava odnosno aktivnost na koju se podnosilac predstavke žali kontinuirana, kao na primer u slučaju pritvora, rok neće početi da teče sve dok kršenje prestane da ima trajno dejstvo.[32] Na primer u slučaju Almeida Garet i ostali protiv Portugalije, Sud je našao da eksproprijacija i nacionalizacija zemlje podnosioca predstavke do koje je došlo sredinom sedamdesetih godina prošlog veka, a to je pre stupanja Konvencije na snagu u Portugaliji, predstavlja pojedinačan akt: međutim, propuštanje plaćanja naknade za to predstavlja kontinuirani akt, koji je doveo do toga da je Portugalija proglašena odgovornom za kršenje člana 1 Protokola 1 uz Konvenciju.[33]

U slučaju Roš protiv Ujedinjenog Kraljevstva, podnosilac predstavke se žalio na kršenje članova 8 i 10 Konvencije, jer je država odbijala da mu dostavi odgovarajuće informacije povodom testiranja hemijskog oružja koje je obavljeno

[27] Predstavka br. 25435/94 Hans-Volker and Gisela Helene Peters v. Germany, odluka od 20. februara 1995. godine.

[28] Karen Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare, knjiga 1*, Beograd 2007, 30.

[29] Milan Paunović, Slavoljub Carić, op. cit., 65-66.

[30] Predstavka br. 15318/89 Loizidou v. Turkey, presuda od 28. novembra 1996. godine, pasus 12.

[31] Predstavka br. 6817/02, Iordachev. Romania, odluka od 14. oktobra 2008. godine, pasus 50.

[32] Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford 2005, 151.

[33] Predstavke br. 29813/96 and 30229/96, Almeida Garret and Others v Portugal, presuda od 11. januara 2000. godine, pasus 43.

nad njim kada je bio aktivni vojnik šezdesetih godina XX veka. Sud je doneo odluku da u ovom slučaju postoji trajna povreda.[34]

Međutim, u slučaju Veber protiv Estonije, Sud je našao da policijski pretres prostorija kompanije podnosioca predstavke i zaplena njegove dokumentacije ne predstavlja trajnu situaciju kršenja člana 8. Na osnovu toga, Sud je proglasio deo predstavke, koji se odnosio na period pre stupanja Konvencije na snagu za Estoniju, neprihvatljivom u pogledu nadležnosti *ratione temporis*.[35]

4. ODBACIVANJE PREDSTAVKE AKO NIJE NASTALA ZNAČAJNIJA POVREDA

Protokolom br. 14 je u članu 35 Konvencije dodat je jedan novi uslov dopuštenosti predstavke.[36] Sud može proglasiti neprihvatljivom svaku pojedinačnu predstavku ukoliko smatra da podnosilac predstavke nije značajnije oštećen. Izuzetak od ovog uslova postoji kada poštovanje ljudskih prava ustanovljenih Konvencijom i protokolima uz nju zahteva ispitivanje suštine predstavke. Takođe, predstavka se ne može odbaciti po ovom osnovu ukoliko slučaj nije prethodno s dužnom pažnjom razmotrio domaći sud. Razlog za promenu ove odredbe je obezbeđivanje dodatnog sredstva za Sud, kojim bi mu mogao pomoći da više pažnje posveti ispitivanju meritornih aspekata pojedinih slučajeva. Pojedini autori smatraju da je od svih promena koje je uveo Protokol br. 14, uvođenje ovog novog uslova prihvatljivosti bilo najspornije.[37] Međutim, načelo *de minimis non curat praetor* poznato je i u nacionalnim pravnim sistemima evropskih država, a može se reći da je ono bilo sadržano i u dosadašnjoj praksi Suda, kod uslova prihvatljivosti, da se ne razmatraju predstavke koje su očigledno neosnovane.[38]

Ključno pitanje kod ovog uslova dopuštenosti jeste šta se podrazumeva pod značajnom štetom. Ovaj standard ostavlja Sudu široko polje slobodne procene, ali to je slučaj i sa nekim drugim odredbama Konvencije. Ovo je pravni termin koji

---

[34] Predstavka br. 32555/96 Roche v UK, presuda od 19. oktobra 2005. godine.

[35] Predstavka br. 37571/97 Veeber v. Estonia, presuda od 7. novembra 2002. godine, str. 11.

[36] Član 12 Protokola br. 14. kojim je promenjen član 35, stav 3 Konvencije. Videti: Katarzyna Holy, „Significant Disadvantage Suffered by the Applicant as a New Admissibility Criterion before the EctHR – Necessary Development or Too Far-Reaching", *Silesian Journal of Legal Studies* 4/2012, 21-34; Dinah Shelton, „Significantly Disadvantaged? Shrinking Access to the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 16/2016, 303-322.

[37] Nikos Vogiatzis, "The Admissibility Criterion under Article 35(3)(b) ECHR: a 'Significant Disadvantage' to Human Rights Protection?", *International and Comparative Law Quarterly* 65/2016, 186.

[38] Alexander Morawa, "The European Court of Human Rights' Rejection of Petitions where the Applicant Has Not Suffered a Significant Disadvantage, *Journal of Transnational Legal Issues,* 1/2012, 7.

zahteva tumačenje, kako bi se uspostavili objektivni kriterijumi kroz praksu Suda. Takođe, postoji i dodatni vid zaštite u smislu da Sud može da proglasi određenu predstavku beznačajnom, samo ukoliko je bila na odgovarajući način ispitana pred domaćim sudom. Suština ovog pravila je da svaki slučaj treba da bude sudski ispitan na nacionalnom ili evropskom nivou.[39] Inače, uvođenju ovog novog uslova prihvatljivosti protivile su se nevladine organizacije, koje smatraju da je pravo na pojedinačnu predstavku jedan od suštinskih elemenata zaštite ljudskih prava i da ovaj novi uslov doprinosi smanjenju stepena te zaštite.[40] Takođe, smatrale su da će ovaj uslov dati Sudu preširoka diskreciona ovlašćenja da odbiju rešavanje slučajeva koji bi inače bili podobni za meritorno odlučivanje i da će na taj način biti stvorena pravna nesigurnost među podnosiocima predstavki u pogledu izgleda na uspeh njihovih zahteva. Ovaj uslov se i kod nekih sudija posmatrao kao nejasan i potencijalno arbitreran uslov,[41] a svoje mišljenje protiv predloženog uslova prihvatljivosti iznela je i Parlamentarna skupština Saveta Evrope.[42]

U slučaju Korolev protiv Rusije je potvrđeno da ovaj novi kriterijum prihvatljivosti počiva na ideji da povreda prava treba da zadovolji minimalni nivo težine da bi bila razmatrana pred Sudom. Naime, podnosilac predstavke se žalio na to što tuženi organ vlasti nije isplatio naknadu koju mu je dosudio domaći sud i koja je iznosila manje od jednog evra.[43] U jednom drugom slučaju protiv Rusije, podnosilac predstavke se žalio zbog toga što ruske vlasti nisu izvršile presudu kojom mu je dodeljena naknada od 12 evra.[44] Nešto veći iznos je bio u slučaju Rink protiv Francuske – radilo se o iznosu od 150 evra uz 22 evra na ime sudskih i ostalih troškova i nije bilo dokaza koji bi ukazivali na to da bi ovaj iznos mogao da ima ozbiljne posledice po lični život podnosioca predstavke.[45]

Sud je u slučaju protiv Rumunije istakao da je svestan da posledice određenog novčanog gubitka ne mogu da budu posmatrane u apstraktnim uslovima, jer čak i skromna materijalna šteta može da bude značajna u svetlu posebnih uslova datog lica i ekonomske situacije u zemlji ili regionu u kojem ono živi. U konkretnom

[39] Patricia Egli, „Protocol no. 14 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: towards a more effective Control Mechanism?“, *Journal of Transnational Law &Policy* 17/2007-2008, 16.

[40] Christina Hioureas, „Behind the Scenes of Protocol No. 14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights“, *Berkeley Journal of International Law* 24/2006, 751.

[41] Hellen Keller, Andreas Fischer and Daniela Kühne, op. cit.,1038.

[42] Antoine Buyse, „Significantly Insignificant? The Life in the Margins of the Admissibility Criterion in article 35 § 3 (b) ECHR“, chapter in: Brianne McGonigle Leyh, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera, Diana Contreras Garduno (eds.), iLiber Amicorum for Leo Zwaak, Atwerp: Intersentia 2013, 4 http://ssrn.com/abstract=2244283 12. novembar 2016.

[43] Predstavka br. 25551/05 Vladimir Petrovich Korolev v Russia, odluka od 1, jula 2010. godine, str. 4.

[44] Predstavka br. 34784/02 Vasilchenko v. Russia, presuda od 23. septembra 2010. godine, pasus 49.

[45] Predstavka br. 18774/09 Rinck v France, odluka od 19. oktobra 2010. godine, str. 5.

slučaju, radilo se o učiteljici koja je radila u državnoj školi i koja je bila samohrana majka. Sud je ipak doneo odluku da i pored toga, ona nije pretrpela značajnu štetu, jer je iznos bio 25 evra.[46]

Faktori koji se mogu uzeti u obzir pri proceni da li je nastupila značajnija šteta, jesu finansijski uticaj na podnosioca predstavke, ili važnost datog slučaja za njega. Ovo je bio slučaj u predmetu Ionesku protiv Rumunije. gde je Sud utvrdio da je navodni finansijski gubitak podnosioca predstavke zbog propusta da se izvrši ugovor bio zapravo ograničen. Iznos ukupne štete je bio 90 evra, po samoj proceni podnosioca predstavke i nije postojao dokaz da su njegove finansijske okolnosti takve da bi ishod ovog slučaja imao značajne posledice po njegov privatni život.[47] Međutim, u slučaju Giuran protiv Rumunije, Sud je razmatrao slučaj u kojem je podnosilac predstavke bio penzioner koji je pokušavao da povrati imovinu koja je bila ukradena iz njegove kuće i čija je ukupna vrednost bila oko 350 evra. Sud je zauzeo stav da je, u konkretnom slučaju, bila u pitanju značajna suma novca za podnosioca predstavke jer je prosečna penzija u Rumuniji tada iznosila 50 evra. Takođe, Sud je smatrao i da je to bilo principijelno pitanje za podnosioca predstavke, u smislu njegovog prava na poštovanje imovine i doma.[48]

Materijalni interesi nisu jedini element na osnovu koga se određuje da li je podnosilac predstavke pretrpeo značajnu štetu. Ona može nastati i ako nije došlo do ugrožavanja materijalnih interesa. Potrebno je da se subjektivni osećaj podnosioca predstavke o uticaju navodnog kršenja Konvencije obrazloži na objektivnoj osnovi. Na primer, u slučaju Rink protiv Francuske, podnosiocu predstavke je oduzet jedan saobraćajni bod iz dozvole i Sud je zaključio da to nije imalo bitan uticaj na njegov lični položaj i pored toga što je on to smatrao pitanjem principa.[49]

4.1. Odstupanje od primene „značajne povrede“ kao uslova prihvatljivosti

Kod ovog uslova prihvatljivosti za sada postoje i dve zaštitne odredbe. Naime, predstavka neće biti proglašena neprihvatljivom ako poštovanje ljudskih prava definisanih Konvencijom zahteva ispitivanje predstavke u meritumu, ili ako konkretni predmet nije propisno razmotrio neki domaći sud. Deklaracija iz Brajtona o reformi Suda je pozvala na ukidanje ove druge odredbe,[50] što je i uneto u Protokol br. 15.

---

[46] Predstavka br. 30934/05 Dorina Margareta Gaftoniuc v. Romania, odluka od 22. februara 2011. godine, pasus 33.

[47] Predstavka br. 36659/04 Adrian Mihai Ionescu v Romania, odluka od 1. juna 2010. godine, pasus 35.

[48] Predstavka br. 24360/04, Giuran v Romania, presuda od 21. juna 2011. godine, pasus 22.

[49] Predstavka br. 18774/09 Rinck v France, op.cit.

[50] Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, 45.

Do prvog odstupanja može da dođe, na primer, kada je potrebno da se razjasne obaveze strana ugovornica po Konvenciji, ili je potrebno rešiti problem strukturne manjkavosti koja utiče na druga lica koja se nalaze u položaju koji je istovetan sa položajem podnosioca predstavke. Konkretno, u pominjanom slučaju Korolev protiv Rusije, Sud nije našao nijedan obavezujući razlog javnog interesa da nastavi da ispituje meritum predstavke. Razlog za to je činjenica što je Sud već u mnogobrojnim prilikama rešavao pitanja koja su slična ovome, a i Sud i Komitet ministara Saveta Evrope su se već bavili sistemskim problemom neizvršenja domaćih presuda u Ruskoj Federaciji.

Takođe, u slučaju Nikoleta George protiv Rumunije,[51] Sud je odbio da primeni ovaj uslov dopuštenosti, uprkos beznačajnom finansijskom iznosu od 17 evra, koji je bio predmet postupka. Argument Suda je bio da je potrebno doneti odluku o konkretnom pitanju zbog nacionalnih sudova. Naime, radilo se o pitanju prezumpcije nevinosti i jednakosti stranaka u krivičnom postupku i to je bila prva presuda nakon promene nacionalnog zakonodavstva.

Ova prva tzv. zaštitna odredba se neće primenjivati u slučajevima kada je Sud već uspostavio značajnu praksu o konkretnom pitanju, kao i kada su Sud i Komitet ministara već utvrdili da je problem sistemski.[52] Takođe, neće doći do primene ove odredbe i kada su nacionalni propisi ili praksa na koje se podnosilac predstavke žali, već promenjeni tako da je žalba sa stanovišta opšte zaštite ljudskih prava samo od istorijskog značaja.[53]

Do usvajanja Protokola br. 15 uz Konvenciju, Sud ne može da odbaci predstavku pozivajući se na njenu beznačajnu prirodu, ukoliko taj predmet nije propisno razmotrio neki domaći sud. Na ovaj način se još jednom potvrdilo načelo supsidijarnosti, odnosno da je bitno da na nacionalnom nivou postoji delotvoran pravni lek protiv kršenja Konvencije. Svrha ovog pravila je da obezbedi da svaki slučaj bude razmatran pred sudom, na nacionalnom ili evropskom nivou, kako bi se izbeglo „uskraćivanje pravde". Na primer, u slučaju Dudek protiv Nemačke, žalba zbog predugog trajanja parničnog postupka prema nemačkom pravu, nije bila propisno razmatrana pred domaćim sudovima, jer još uvek nije postojao efikasni pravni lek u tom smislu. Sud je, stoga, odlučio da se ne može primeniti ovaj uslov prihvatljivosti.[54]

Izraz „propisno razmatran" se ne tumači striktno, pa je, na primer, u slučaju Ionesku protiv Rumunije, Sud utvrdio da je zahtev podnosioca predstavke meritorno razmatrao Okružni sud u Bukureštu i da je on mogao da iznese svoje argumente u sudskom postupku, pred barem jednim domaćim sudom.[55]

---

[51] Predstavka br. 23470/05 Nicoleta Gheorghe v. Romania, presuda od 3. aprila 2012. godine, pasus 24.

[52] Predstavka br. 11456/05 Lermik Gururyan v Armenia, odluka od 24. januara 2012. godine, pasus 62.

[53] Predstavka br. 36659/04 Adrian Mihai Ionescu v Romania, op.cit., pasus 39.

[54] Predstavka br. 12977/09 Dudek v. Germany, odluka od 23. novembra 2010. godine, str. 7.

[55] Predstavka br. 36659/04 Adrian Mihai Ionescu v Romania, op.cit., pasus 40.

Ovaj uslov prihvatljivosti je doprineo smanjivanju broja predmeta pred Sudom, ali pojedini autori smatraju da je njegov učinak ipak ograničen.[56]

5. ZAKLJUČAK

Evropski sud za ljudska prava je opterećen velikim brojem predstavki što dovodi do toga da, u određenom broju slučajeva, ne može da rešava po njima u razumnom roku. Najveće opterećenje za Sud predstavljaju neprihvatljive predstavke i potrebno je da one koje su očigledno neprihvatljive budu što brže i lakše uklonjene iz Suda, kako bi se omogućilo Sudu da se bavi najozbiljnijim slučajevima. Upravo to je razlog što prihvatljivost predstavke pred Sudom zahteva detaljnu analizu i bilo je potrebno pristupiti usvajanju i primeni mera za smanjivanje broja predstavki. Ovo pitanje je bilo razmatrano na brojnim konferencijama posvećenim reformama i budućnosti Suda, koje su održavane između ostalog u Interlakenu, Izmiru i Brajtonu. Uvek je jedna od tema bila i kako da se obezbedi da Sud smanji broj nerešenih slučajeva.

Jedan od uslova prihvatljivosti predviđa da se predstavka mora podneti u roku od šest meseci od konačne odluke nacionalnog suda. Sud je do sada tumačio ovaj uslov na jedan ne preterano formalistički način. Određeni problemi mogu da se jave kod utvrđivanja datuma od kojeg počinje da teče ovaj rok. Ovo pitanje je direktno povezano i sa utvrđivanjem efikasnih pravnih lekova koji moraju da budu iskorišćeni u nekoj državi, jer od trenutka njihovog iskorištavanja počinje da teče pomenuti rok. U cilju smanjenja broja predstavki, Protokolom br. 15 uz Konvenciju predviđeno je skraćivanje roka za podnošenje predstavke, sa šest na četiri meseca.

Uvođenje uslova da mora da postoji značajnija povreda, kako bi Sud razmatrao podnetu predstavku, svakako je doprinelo rasterećenju Suda u pogledu broja predmeta, ali ne u dovoljnoj i očekivanoj meri. Između ostalog, razlog za to su i dva odstupanja od primene ovog uslova: kada poštovanje ljudskih prava definisanih Konvencijom i protokolima zahteva ispitivanje suštine predstavke, ili ako konkretan slučaj nije bio razmatran pred nekim domaćim sudom. Stoga je u Protokolu br. 15 uz Konvenciju usvojeno da će Sud moći da odbaci predstavku ukoliko je smatra beznačajnom, čak i ako se utvrdi postojanje ove druge okolnosti. Na taj način će svakako jedan broj predstavki biti proglašen neprihvatljivim, ali to neće značajno uticati na broj podnetih predstavki Sudu, jer uslov postojanja značajne štete nije velika prepreka za obraćanje Sudu.

Protokol br. 14 je samo deo sveobuhvatnije reforme sistema zaštite ljudskih prava ustanovljenog Konvencijom i potrebno je preduzeti dalje korake. Međutim,

---

[56] Steven Greer and Luzius Wildhaber, Revisting the Debate about "constitutionalising" the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 12/2012, str. 671.

pitanje je koliko je moguće dalje menjati uslove prihvatljivosti predstavki, u odnosu na ono što je predviđeno Protokolom br. 15? Na ovom planu nije ostalo mnogo prostora za reformu. Rešenje za smanjivanje broja predstavki se pre može naći u efikasnijem radu pojedinih jedinica Suda koje se bave filtriranjem predstavki, ili u povećanju broja sudija, ili osoblja koje radi u Sudu. Takođe, potrebno je da se radi na tome da se uklone uzroci kršenja ljudskih prava, na nacionalnom nivou i samim tim bi se smanjio broj predstavki podnetih Sudu.

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

New Developments Regarding the Admissibility Criteria of Individual Applications to the European Court of Human Rights

Abstract: *This paper deals with certain admissibility criteria of an individual application before the European Court of Human Rights. This is one of the most important issues in the Court's practice and it represents a necessary condition for deciding on the merits of submitted applications. The period of six months for submitting the application is introduced in order to preserve legal certainty but also it serves for the interests of states because it prevents that final domestic decisions are questioned indefinitely. The Court can declare each application inadmissible if it considers that the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols requires an examination of the application. Also, the application cannot be rejected on this ground if the case has not been duly considered by a domestic tribunal. Protocol No. 15 to the Convention, which has not yet entered into force, envisages the deletion of this last possibility and also reducing the period for submitting the application from six to four months.*

Keywords: *European Court of Human Rights, admissibility of application, significant disadvantage.*

Datum prijema rada: 07.12.2016.

Pregledni članak 336.22:341.645(4)
doi:10.5937/zrpfns50-12513

Dr Marko B. Dimitrijević, asistent
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu
markod1985@prafak.ni.ac.rs

ULOGA EVROPSKOG REVIZORSKOG SUDA U OČUVANJU FISKALNOG OKVIRA EVROZONE*

Sažetak: *Predmet analize u ovom radu jeste uloga Evropskog revizorskog suda u procesu uspostavljanja održivog fiskalnog okvira u zemaljama članicama Evropske monetarne unije. U tom smislu se u radu ukazuje na razloge osnivanja Evropskog revizorskog suda i određivanje standarda za reviziju javnih finansija koji se nalaze u funkciji usmeravanja i podupiranja finansijskog upravljanja u EMU. Naročiti akcenat u istraživanju jeste na sagledavanju vrsta i obeležja revizija, fazama i metodologiji revizijskog procesa, kao i odnosu Suda sa drugim komunitarnim organima koji predstavlja uslov odgovornog, transparentnog i efikasnog upravljanja fiskalnom i monetarnom politikom u evrozoni.*

Ključne reči*: revizijski proces, Evropski revizorski sud, monetarno pravo, fiskalna održivost, evrozona.*

1. UVOD

Osnovni zadaci revizorskih institucija utvrđeni *Lima deklaracijom* usvojenom od strane Međunarodne organizacije vrhovnih revizorskih institucija (na kongresu održanom 1977. godine) obuhvataju: efektivno i valjano korišćenje sredstava javnih fondova, razvoj usaglašenog finansijskog menadžmenta, pravilno izvršenje administrativnih aktivnosti i razmenu informacija sa drugim javnopravnim institucijama, kao i blagovremeno obaveštavanje javnosti o rezultatima revizijskog procesa.[1] Vršenje revizorskih funkcija se u savremenim državama posmatra kao

* Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (D179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

[1] *The Lima Declaration,* International Organisation of Supreme Audit Institutions (ISSAI), The Lima Congress, 1977, 1-4.

integralni element demokratskog legitimiteta delovanja javnopravnih institucija. U Evropskoj uniji (EU), sagledanoj kao konferedraciji *sui generis*, se o demokratskom legitimitetu glavnih komunitarnih institucija može govoriti dvojako: kao tzv. *input* i *output legitimitetu*.[2] Istorijski posmatrano, *output* legitimitet je prvi nastao i svoj izvor ima u normama primarnog prava, tačnije odredbama osnivačkih akata gde se decidno stipuliše da komunitarni organi moraju delovati u korist građana obezbeđujući im rešenja za probleme sa kojim se suočavaju u sferi ekonomskih odnosa i očuvanja vrednosti unutrašnjeg tržišta zasnovanog na slobodnom kretanju kapitala, roba, usluga i radne snage. *Input* legitimitet je relativno novijeg datuma i svoje korene ima u pojavi institucionalnog demokratskog deficita glavnih organa tokom osamdesetih godina prošlog veka, kada je postalo jasno da evropske institucije ne deluju uvek i isključivo u interesu građana Unije, iz razloga što politički uticajnije države članice mogu prejudicirati pravac i smer njihove nadležnosti u svoju korist.

U tom kontekstu *možemo* primetiti da je ovaj oblik legitimiteta svoje puno obeležje dobio u reviziji osnivačkih akata i odredbama sekundarnog zakonodavstva usmerenih na rešavanje problema pravnih praznina u pogledu nadležnosti komunitarnih institucija iz domena evropskog monetarnog prava (tačnije, principa *lex loci* i *lex monetae*). Poseban oblik demokratskog legitimiteta koji je od značaja za usaglašeno vođenje javnih finansija država članica jeste koncept tzv. *sistemskog legitimiteta*. Ovaj oblik legitimiteta odnosi se na efikasnost pravila, struktura i procesa u funkciji odgovornosti, kojima se utiče na povećanje stepena poverenja građana u delovanje političkih institucija.[3] Globalna finansijska kriza je ukazala na odsustvo punog sistemskog legitimiteta u Ekonomskoj monetarnoj uniji (EMU) i uslovila potrebu za čvršćim pozicioniranjem Evropskog revizorskog suda (ERS) u novim modelima ekonomskog upravljanja (oličenih u međudržavnim sporazumima usmerenim na očuvanje monetarne stabilnosti i postizanje fiskalne održivosti). Slab sistemski legitimitet je direktna posledica neadekvatne fiskalne odgovornosti država članica u održavanju kriterijuma fiskalne i finansijske konvergencije utvrđenih Mastrihtskim sporazumom i Paktom o stabilnosti i rastu, zbog čega ERS mora imati nadležnost izricanja pravnobavezujućih odluka neodgovornim subjektima fiskalne politike. Jedino se na taj način može stvoriti optimalan pravni mehanizam kontrole trošenja budžetskih sredstava u evropskom monetarnom pravu, koji će zajedno sa novoutemeljenom budžetskom jurisdikcijom Evropskog suda pravde i novom ulogom ustavnih sudova (koji postaju *ex ante* čuvari fiskalne discipline) omogućiti održavanje fiskalnog okvira evrozone.

---

[2] Fritz Scharpf, „Problem Solving Efectiveness and Democratic Accountability in the EU“, Max Planck Institute Working Papers 1/2003, 1-5.

[3] Brigid Laffane, „Auditing and Accountability in the European Union“, *Journal of European Public Policy* 10 (5)/2003, 762-777.

2. NASTANAK I RAZVOJ EVROPSKOG REVIZORSKOG SUDA

Evropski revizorski sud je osnovan 22. jula 1975. godine kao organ Evropskih zajednica prilikom potpisivanja Ugovora u Briselu, kojim su izvršene određene revizije Rimskih ugovora u delu koji se tiče finansijskih provizija.[4] *Ratio legis* osnivanja ERS jeste vršenje sveobuhvatne i detaljne revizije finansija Unije. Reviziji su podvrgnute sve politike i budžet EU, sa posebnim akcentom na oblastima koje su vezane za privredni rast i razvoj, politiku zapošljavanja, ekološku politiku i klimatske promene. Zanimljivo je primetiti da Sud u početnim godinama svoga delovanja nije imao status komunitarne institucije sve do priznavanja takve pozicije Ugovorom iz Mastrihta. Takva promena okolnosti i posmatranja pozicije ERS su, *prema našem mišljenju*, nastali kao posledica nove svesti komunitarnih subjekta ekonomske politike o značaju delokruga rada suda, koji u procesu usaglašavanja nacionalnih fiskalnih politika mora zauzimati centralno mesto. Takođe, *mišljenja smo* da je upravo vremensko zaostajanje zakonodavne inicijative u njegovom finalnom uobličavanju kao komunitarne institucije, neposredni uzrok sadašnjih nezadovoljavajućih rezultata na terenu harmonizovanja nacionalnih budžetskih politika, politike upravljanja javnim dugom i nezadovoljavajuće primene zakonskih ograničenja u pogledu visine budžetskog deficita i javnog duga u nacionalnom i evropskom monetarnom pravu.

ERS obavlja ulogu *spoljašnjeg revizora* i sastavljen je od 27 članova koje delegiraju države članice na period od šest godina. Savet kvalifikovanom većinom nakon konsultovanja sa Evropskim parlamentom usvaja listu članova Suda koji predlažu države članice. Revizori svoj rad obavljaju u grupama, koje se mogu razvrstati na više odeljenja, a čiji rukovodioci srazemerno veličini grupe participiraju u koordinaciji i objedinjavanju rezultata rada, revizorske metodologije i jačanja međusobnog poverenja.[5] Formiranje ERS bilo je motivisano širenjem nadležnosti Evropskog parlamenta u oblasti budžetske kontrole i upotrebi sopstvenih resursa za finansiranje jedinstvenog budžeta EU. Naime, u ovom periodu Parlament je dobio ovlašćenje odobravanja izvršenja budžeta, ali je na funkcionalnom i strukturalnom nivou postojala potreba za stvaranjem nezavisne institucije koja bi nadzirala trošenje javnih prihoda i rashoda Zajednica. Formiranjem Revizorskog suda u monetarnom i finansijskom pravu Unije potvrđena je vrednost *finansijske konzistentnosti* u koncipiranju akcija monetarne i fiskalne politike na nadnacionalnom nivou. Sa konačnim uobličavanjem ekonomske i monetarne unije, finansijska konzistentnost dobija epitet imperativa u vođenju nacionalnih ekonomskih politika, gde su diskreciona ovlašćenja nacionalnih subjekata ograničena

[4] Treaty amending certain financial provisions of the Treaties establishing the European Economic Communities and of the Treaty establishing a Single Council of the European Communities, signed in Brussels on 22 July 1975.

[5] European Court of Auditors, *Archives Guides*, Curia Rationum, February 2007, 1-11.

supranacionalnim normama, kojima se potvrđuje suštinska vrednost finansijske usklađenosti u najširem smislu (posebno u uslovima kriza) i jača ugled nadnacionalih organa koji je implementiraju (prevashodno sudskih, jer oni procesu obezbeđuju preko potreban legitimitet i transparentnost).

3. STRATEGIJA EVROPSKOG REVIZORSKOG SUDA I REVIZIJSKI PROCES

Evropski revizorski sud još od početnih godina svog osnivanja obavlja ulogu inovatora i predvodnika promena u revizijskom procesu, određujući pritom revizijske prioritete i planirajući starteški razvoj.[6] Sud svoje dugoročne ciljeve utvrđuje u *višegodošnjim strategijama*. Zanimljivo da je prva strategija objavljena tek 2009. godine, što opet, *prema našem mišljenju*, samo potvrđije tezu o nedovoljnoj uključenosti Suda u kontrolu trošenja budžetskih sredstva do izbijanja dužničke krize iz 2008. godine. Hipotetički posmatrano, moguće je zamisliti scenario u kome bi posledice krize bile značajno umanjene da je Sud raspolagao sličnim starategijama i širim spektrom nadležnosti (pored onog koji je bio konzervativno utemeljen odredbama primarnog prava ili bolje rečeno tradicionalnim mehanizmima ekonomskog upravljanja u evrozoni koji su se pokazali neodrživim). Na taj način bi se istovremeno izvršilo blagovremeno i posredno derogiranje postojećih mehanizama koordinacije (barem na polju budžetske politike gde ostvareni stepen ekonomskog zajedništva i nadnacionalne fiskalne odgovornosti pokazuje brojne manjkavosti). Cilj prvobitne strategije iz 2009. godine ticao se podizanja stepena efikasnosti rada Suda, ali je kao takav bio postavljen na previše opštoj osnovi bez konkretnijih odrednica na polju različitih segmenta fiskalne politike, usled čega su izostali vidljiviji rezultati na terenu fiskalne održivosti. Prilikom kocipiranja naredne strategije koja je usvojena za period od 2013-2017. godine, pomenuti nedostaci su ispravljeni. Tako, pored primetnog povećanja vremenskog važenja strategije na period od četiri godine (sa prethodne tri usled toga što je za postizanje rezultata neophodan duži vremenski horizont), prioriteti su utvrđeni na realnim i stvarnim potrebama fiskusa. To najbolje potvrđuje činjenica da dugoročni prioriteti obuhvataju: saradnju sa drugim institucijama u cilju podsticanja finansijske odgovornosti, usmeravanje publikacija Suda tako da deluju preventivno na terenu fiskalne discipline, prodorniji razvoj Suda kao stručne institucije shodno principu *de lege artis*, unapređenje upotrebe veština i stručnosti revizora, kao i verodostojno dokazivanje efikasnog poslovanja.[7]

---

[6] U uobličavanju delokruga nadležnosti ERS značajnu ulogu je imalo meko pravo (u formi mišljenja, preporuka, strategija i rezolucija komunitarnih organa). O ulozi mekog prava vid. Dušanka Đurđev, „Soft law u evropskom komunitarnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013, 109-110.

[7] European Court of Auditors, *ECA Strategy 2013-2017*, 1-10.

Revizorski sud svoj rad realizuje kroz *višegodišnje planiranje* koje ostavlja dovoljno manevarskog prostora za potrebna usklađivanja. Smisao takvog planiranja ogleda se u jasnijem određivanju ciljeva strategije i modifikovanju njihove sadržine s obzirom na dinamičnost pravno-ekonomskih odnosa koji je u EMU neretka pojava. Godišnjim planom se utvrđuju zadaci koji se moraju realizovati u tačno određenim vremenskim periodima tokom godine. Svakako, prilikom koncipiranja plana rada potrebno je izvršiti *parifikaciju konkretnih zadataka*, jer se sredstva za realizovanje zadataka dodeljuju shodno stepenu prioriteta. Kako transparentnost predstavlja važnu komponentu demokratskog i finansijskog legitimiteta, predsednik suda ima dužnost predstavljanja godišnjeg programa rada suda javnosti preko Odbora Evropskog parlamenta za vršenje budžetskog nadzora.

ERS sud obavlja funkciju spoljašnjeg revizora i kao takav sprovodi *tri* vrste revizije: *finansijsku reviziju, reviziju usklađenosti i reviziju efikasnosti poslovanja*.[8] Prilikom vršenja finansijske revizije, Sud ocenjuje tačnost, pouzdanost i celovitost dostavljenih izveštaja. Pritom je bitno utvrditi da li izveštaji oslikavaju stvarno finasijsko stanje, novčane tokove iz prethodnih godina i rezultate shodno važećim standardima finansijskog izveštavanja. Na ovom mestu se moramo podsetiti diskutabilnog modusa putem kojeg su neke države postale članice EU, a koje su u direktnoj vezi sa finansijskom revizijom koja nije bila sprovedena na adekvatan način, pa su zemlje poput *Grčke* zahvaljujući metodama tzv. kreativnog računovodstva postale članice Unije i kasnije EMU. U tom smislu se terminom „*kreativnog računovodstva*“, označavaju postupci država članica monetarne unije koji u pogledu svoje pravne prirode nisu ni zakoniti, ni nezakoniti.[9] Radi se o takvom ponašanju kojim se izigrava intencija zakonodavca, tačnije u ovom slučaju sadržina računovodstvenih pravila i standarda. Takvi oblici ponašanja ne podrazumevaju samo radnje činjenja, već se mogu vršiti i prećutno i preduzimanjem određenih konkludentnih radnji. U praksi to podrazumeva iskorišćavanje *pravnih praznina* koje su neminovne, kako u nacionalnim, tako i u komunitarnim pravnim propisima, zbog nemogućnosti zakonodavca da predvidi sve društveno-ekonomske odnose za koji postoji potreba da se regulišu monetranom pravnom normom. Kod ovakog ponašanja, transakcije se ne izražavaju na prihodno neutralan način, već na način koji ih uklapa u željeni rezultat. Naročito ostaje zanimljivo gledanje Komisije (ili bolje rečeno njen pasivan stav) na postupke kojim su se neke države koristile ne bi li postale članice monetarne unije.

Pri obavljanju *revizije usklađenosti*, Sud procenjuje da li su prihodne i rashodne transakcije Unije tačno izračunate i da li su usklađene sa važećim pravnim okvirom, dok se kod *revizije efikasnosti poslovanja* analizi podvrgava ostvarena

[8] European Court of Auditors, *Auditing the Public Finances of the European Union*, Office for Official Publication of European Communities, Luxembourg 2010, 10-12.

[9] Miroslav Prokopijević, *Evropska monetarna unija,* Beograd 2007, 79-82.

vrednost uloženih finansijskih sredstava i određuje njena srazmernost troškovima. Kod revizije efikasnosti poslovanja posebna pažnja je posvećena ispitivanju programa, operacija, upravljačkih sistema i postupaka svih tela koja upravljaju sredstvima Unije ne bi li se tako procenila delotvornost upotrebe sredstava. Iako se kod ovog oblika revizije obuhvata širok spektar tema, posebna pažnja je posvećena oblastima vezanim za privredni rast i zapošljavanje, koji se objavljuju u posebnim tematskim izveštajima. Predmet analize kod revizije efikasnosti poslovanja sadrži i procenu različitih aspekata procesa javnih intervencija, uključujući *uložena sredstva* (tj. finansijske, kadrovske, materijalne i regulatorno-organizacione resurse), *izlazne proizvode* (ostvarene rezultate programa), *rezultate* (misli se na trenutne učinke programa za direktne korisnike) i *učinke* shvaćene u smislu dugoročnih promena u društvu proisteklih iz delovanja EU kao nadnacionalne organizacije.[10]

Pitanje celishodnosti uloženih sredstava i njihovih oportunitetnih troškova je uvek aktuelno pitanje u finansijama Unije, pogotovo u uslovima krize. Značaj ove revizije implicira potrebu za stalnim usavršavanjem sudskog osoblja, primenu i razvijanje novih revizijskih metodologija koji povećavaju stopu vrednosti uloženih zajedničkih sredstava (iako se sama revizija sprovodi shodno međunarodnim revizijskim standardima i etičkim kodeksom). Računovodstveni sud je ovlašćen za izdavanje *jemstvene izjave,* pod kojom se podrazumeva godišnji postupak koji u sebi obuhvata finansijsku reviziju i reviziju uklađenosti, a kojom se konačno revidira pouzdanost finansijskih izveštaja EU i pravilnost povezanih transakcija.

Sud pri obavljanju revizija koristi *priručnike* kojima su utvrđena detaljna tehnička uputstva za postupanje revizora.[11] *Priručnikom za finansijsku reviziju i reviziju usklađenosti* utvrđene su jasne smernice za obavljanje revizije, kontrolne liste i konkretni uputi utemeljeni na informatičkim tehnologijama. *Priručnikom za reviziju efikasnosti poslovanja* su pored međunarodnih revizijskih standarda obuhvaćena i *običajna načela* nastala kroz praksu revidiranja efikasnosti poslovanja. Značaj ovog priručnika se ogleda u funkciji podupiranja profesionalne relizacije revizije u svim fazama, za koju *možemo* primetiti da je u odnosu na na prethodo dve spomenute prilično kompleksna za primenu u praksi. Imlementacija priručnika je u praksi olakšana izradom *smernica za konkretne revizijske metode*. Kako su smernice nastale kao rezultat višegodišnje prakse Suda, njihov usmeravajući karakter i nesporna vrednost značajno olakšavaju revizorima obavljanje različitih zadataka. Posebno su značajne smernice za analizu pitanja i donošenje zaključaka, smernice za postavljanje revizijskih ciljeva i smernice za vrednovanje i procenu rizika kod revizije efikasnosti poslovanja. Svakako, lista

[10] Auditing the Public Finances of the EU, ibid.
[11] European Court of Auditors Manuals 2008, 10-11.

pomenutih smernica nije konačna, jer će se njihov broj i sadržina vremenom izdeferencirati shodno evoluciji uloge ERS u institucionalnoj strukturi novog ekonomskog upravljanja u EMU.

Bez obzira na razlike koje postoje u oblicima i vrstama revizije neophodno je da se svaka od njih počiva na određenim osnovama koje podrazumevaju upotrebu solidne metodologije koja se zasniva na profesionalnim standardima, usvajanju najbolje prakse i principa koji reflektuju stepen kvaliteta neophodan za promene u načinu vođenja javnih finansija.[12] U tom kontekstu je jasno da revizori u današnjim uslovima moraju imati i sposobnost kritičkog razmišljanja, osećaj za inovaciju, kreativnost kao i menadžerske osobine, koje im omogućavaju održavanje, kako dobrih *internih odnosa* (sa ostalim revizorima unutar Suda), tako i *eksternih odnosa* (koji nastaju u saradnji sa ostalim komunitarnim institucijama koje učestvuju u nadzoru fiskalnog okvira evrozone).

4. ODNOS EVROPSKOG REVIZORSKOG SUDA SA DRUGIM KOMUNITARNIM INSTITUCIJAMA

Globalna finansijska kriza ukazala je na nove izazove sa kojima se vrhovne revizorke institucije moraju suočiti na pravnovaljani način. U izveštaju ERS, nastalog kao rezultat saradnje sa drugim nacionalnim revizorskim institucijama, ističu se *pet ključnih oblasti* koji zahtevaju uređenije delovanje revizorskih tela. Ove oblasti obuhvataju: održivost javnih finansija (sa naročitim akcentom na fiskalnoj transparentnosti zarad motivisanja subjekata ekonomske politike da razmotre posledice kratkoročnih odluka na dugoročnu finansijsku i fiskalnu stabilnost); reviziju implicitnih državnih obveznica za velike finansijske subjekte (prevashodno banke i institucionalne investitore) radi sprečavanja pojave sistemskog rizika; kontrolu operacija centralnih banaka (ali uz neugrožavanje njene samostalnosti u radu); poboljšanje koordinacije i kooperacije i razvijanje novih računovodstvenih standarda koji povećavaju pouzdanost finansijskih izveštaja.[13]

Doprinos ERS u očuvanju fiskalne održivosti možemo sagledati kroz vršenje *primarnih* i *sekundarnih* funkcija. Pod *primarnom funkcijom* podrazumeva se kontrola svih javnih prihoda i rashoda Zajednice u cilju valjanog izvršenja budžeta. Kontrola koju Revizorski sud vrši može se obavljati i pre usvajanja za-

[12] John Reed, „How to Increase the Impact of Environmental Performance Audits?“, *International Journal of Government Auditing* 41(2)/2014, 17-18.

[13] Maria Sanchez Barruesco, „The Contribution of the European Court of Auditors to EU Financial Accountability in Times of Crisis“, *Romanian Journal of European Affairs* 15 (1)/2015, 70-84. Nadležnost ERS za razliku od nadležnosti nacionalnih revizorskih sudova nije definisana na način *ratione personae*, gde se kao predmet revizije može javiti rad bilo kog javnog administrativnog organa nezavisno od porekla sredstava kojima raspolaže.

vršnog računa budžeta.[14] Ugovorom je regulisano da Sud sprovodi terensku kontrolu na licu mestu, u prostorijama bilo kog tela koje ima ovlašćenje upravljanja budžetskim sredstvima Unije. Sud vrši kontrolu i u državama članicama u saradnji sa nacionalnim parlamentima ili nadležnim službama, ako prethodni ne raspolažu informacijama za utvrđivanje pravno-ekonomskog činjeničnog stanja. Sud sarađuje sa nacionalnim budžetskim institucijama za kontrolu trošenja sredstava na principima međusobnog poštovanja nezavisnosti i poverenja, s tim što su nacionalni organi dužni da blagovremeno obaveste Sud o tome da li su zainteresovani za saradnju.[15] Ukoliko se ustanovi postojanje povrede načela zakonitosti i drugih nepravilnosti, ERS sačinjava posebni dopis koji dostavlja Parlamentu i Savetu. Sud može vršiti i kontrolu trošenja vanbudžetskih sredstava kojima su nekada raspolagala Evropska zajednica za ugalj i čelik, zajedničkih preduzeća Evroatoma i Evropskog fonda za razvoj.[16] ERS ima obavezu da dostavi Savetu i Parlamentu, izjavu o tačnosti i zakonitosti računa i realizovanih poslova, koja se objavljuje u službenim glasilima Unije.[17] Akti Revizorskog suda nisu predmet tužbe za ocenu zakonitosti pred Evropskim sudom pravde, ali sam organ jeste aktivno legitimisan da podnese tužbu za poništaj akata drugih organa Unije.

Sekundarne funkcije posebno su značajne u oblasti koordinacije nacionalnih fiskalnih politika. Ove funkcije podrazumevaju rad na usaglašavanju finansijskih uprava (budžetskih odbora) zemalja Unije i obezbeđivanja transparentnosti celokupnom budžetskom sistemu.[18] Sud nema mogućnost donošenja pravnobavezujućih odluka u slučaju finansijskih prevara, ali to nadomeštava saradnjom sa Kancelarijom EU za suzbijanje prevara (*OLAF*). Sud je, istovremeno, ovlašćen da iznosi svoja mišljenja o usvajanju finansijsko-pravnih propisa i može usmeriti pažnju javnosti na određene probleme u fiskalnoj politici koji traže hitno rešavanje. Sud je u obavezi da odgovori na sve zahteve ostalih organa EU i svojim radom skreće pažnju Parlamentu, Komisiji i Savetu na aktuelne izazove iz oblasti budžetske politike.

Možemo primetiti da se vršenjem ovih funkcija u praksi stvaraju zajednički standardi u pogledu prikupljanja, raspolaganja i trošenja budžetskih sredstava što vodi jednoobraznosti u postupanju od strane drugih institucija i država EU. Takvi standardi u sadejstvu sa aktima sekundarnog zakonodavstva predstavljaju prvi korak ka uspešnoj koordinaciji nacionalnih fiskalnih politika koja predstavlja ve-

[14] O poboljšanju budžetske kontrole vid. Marina Dimitrijević, „Osnove programskog budžetiranja“, *tematski Zbornik radova* „Usklađivanje prava Srbije sa pravom EU“(knj.3), Pravni fakultet Niš 2016, 141-142.

[15] *Treaty on Forming and Functioning European Union (Treaty on Amsterdam) of 02.10.1997*, OJ C 340 of 10.11.1997, art. 3.

[16] Mahmed El-Agraa, *The European Union: Economics and Policies*, Cambridge University Press 2011, 49-50.

[17] *Treaty on Amsterdam,* art. 248. par. 1.

[18] Zoran Radivojević, Vesna Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš 2008, 219.

liki izazov za evropskog zakonodavac, jer države ne žele da ograniče svoj finansijski suverenitet (subjektivno budžetsko pravo) i komponente fiskalnog suvereniteta (ovlašćenje ustanovljavanja, uvođenja, kontrole i naplate poreza).

Iako je pozicija Revizorskog suda u procesu koordinacije na zavidnom nivou, njegov odnos sa drugim komunitarnim subjektima deluje prilično nekoherentan. Samim tim *smatramo* da je neophodno je raditi na jačanju njegove pozicije u makorekonomskom dijalogu, kao obliku svojevrsnog foruma za razmenu mišljenja glavnih institucija EU, koji umanjuje transakcione troškove, rešava problem moralnog hazarda i asimetrije informacija u procesu harmonizovanja različitih makroekonomskih i strukturnih politika. Analizom brojnih izveštaja Suda može se uočiti zanimljiva tendencija da sam organ često deluje na suprotnoj strani od Komisije, zbog čega se ponekad smatra da ne deluje u interesu komunitarnog prava.[19] Razlog ovih nesuglasica možda leži u činjenici da je kontrola trošenja budžetskih sredstva od strane ERS upotpunjena drugim oblicima kontrole, prevashodno kontrolom koju sprovodi Odeljenje Komisije za unutrašnju kontrolu nacionalnih administracija. Ovaj vid kontrole je neophodan iz razloga što se sredstva iz budžeta EU transferišu preko nacionalnih tela, gde postoji mogućnost činjenja različitih zloupotreba. Upravo iz toga razloga su i osnovani *Komitet i Jednica za borbu protiv pronevera* čiji rad nadgleda OLAF.[20]

Odnos Suda sa Evropskim parlamentom deluje stabilno i kooperativno, ali se odnos sa Savetom EU odvija u tonu „ignorisanja" od strane istog. Nužnost saradnje ERS i Evropskog parlamenta proizilazi iz bliske saradnje vrhovnih revizorskih tela i nacionalnih parlamentarnih odbora za budžetska pitanja, koja ima jako uporište u nacionalnom pravu država članica.[21] Naime, iako vrhovna revizorka institucija u zavisnosti od rešenja koja postoje u nacionalnom pravnom poretku može biti u sistemu izvršne, legislativne vlasti ili biti organizovana kao nezavisno telo od oba oblika vlasti, *možemo* uočiti da uvek postoji čvrsta saradnja sa nacionlanim predstavničkim telom. Pomenute razlike proizilaze iz drugačijih istorijskih, kulturoloških, političkih i drugih faktora. Zajedničko obeležje ipak proizilazi iz činjenice da bez obzira na organizacionu strukturu i formalno mesto revizorskih institucija u državnom aparatu, zakonodavac uočava potrebu za garanatovanjem njihove nezavisnosti u radu u cilju pružanja adekvatnog doprinosa parlamentarnoj kontroli trošenja novca poreskih obveznika.[22] Zanimljivo je da

[19] Paul Craig, Burca De Grainne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2011, 77.

[20] Miroslav Prokopijević, *Evropska unija-Uvod*, Beograd 2012, 126-127.

[21] Ovaj odnos je determinisan i odnosom Saveta i Parlamenta, gde se u slučaju njihovog neslaganja o predlogu budžeta, koristi jedna dvanestina sredstava prethodnog budžeta. Više vid. Slobodan P. Orlović, „Narodna skupština Srbije i Evropski parlament – jedno ustavnopravno poređenje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2011, 511.

[22] OECD, *Relations Between Supreme Audit Institutions and Parliamentary Committees*, *SIGMA Papers* No.33/2003, 10-12.

odnos Revizorskog suda sa predstavničkim telima država članica zbog nepoznavanja polja njegovog rada deluje prilično apstraktno i smatra se više „virtuelnim" nego faktičkim. U prilog tome, navodi se da ERS u vršenju kontrole nikada nije odobrio izvršenje budžeta u celini, ali da kao telo Unije ne sme da rizikuje i iznosi „*preoštre formulacije u pogledu načina trošenja sredstava*" (da ne bi ugrozio evrointegracije i prouzrokovao razočarenje građana), usled čega pribegava blažim formulacijama u izveštajima, što nezavisno revizorsko telo u pravom značenju te reči to ne bi činilo. U pogledu odnosa sa Evropskim parlamentom u budućnosti se moraju intezivirati napori na formiranju posebnih odbora koji bi Sudu olakšali vršenje finansijske revizije i olakšali saradnju sa nacionalnim revizorskim sudovima. Takođe, veliki nedostatak u vršenju uspešne revizije u javnom sektoru jeste odsustvo *zajedničkih standarda* kontrole trošenja budžetskih sredstava, kako na nivou država članica, tako i na nivou EU. Značajan inicijativa koji je Računovodstveni sud pokrenuo u uislovima krize odnosi se na formiranje tzv. *Komiteta za kontakt* (eng. Contact Commitee), čiji bi rad trebalo da omogući razvijanje integrisanog revizijskog okvira u EU uvođenjem obaveznih standarda za vršenje revizije u javnom sektoru, kao i oblikovanje novih funkcija, zadataka i uloge spoljašnjih revizora u novim institucionalnim okvirima EMU. [23]

Saradnja Suda sa Evropskom investicionom bankom se u praksi najteže razvijala. Tako je u početku za vršenje revizorske funkcije bilo neophodno postojanje posebnih sporazuma na tripartitnoj osnovi, gde je pored Suda i banke, potpisnik uvek bila i Evropska komisija. Kontrola koju je Sud vršio je bila dokumentarna ili terenska (na licu mesta), ograničenog obima i odvijala se veoma sporo, jer je bila opterećena brojim tehničkim formalnostima. Ipak, Sud danas može vršiti kontrolu nad sredstvima kojim raspolaže radom Evropska investiciona banka, i onda kada sporazum o saradnji nije potpisan ukoliko postoji potreba za prikupljanjem takvih informacija u cilju zakonitog i efektivnog trošenja finansijskih sredstava.[24]

Uloga ERS će biti posebno značajna kada sistemi bankarske i fiskalne unije budu zaživeli u praksi i omogućili zaokruživanje koncepta ekonomske i monetarne unije. Postulati bankarske i fiskalne unije predstavljaju elemente nove arhitekture EMU, koja ima svoju materijalnu i formalnu dimenziju.[25] Materijalna dimenzija obuhvata akcije koje su preduzete u cilju pružanja finansijske podrške članicama Evrozone i mere preduzete u oblasti nadzora nad nacionalnim budžetskim

---

[23] Brigid Laffan, Johannes Lindner, „The Budget", *Policy Making in the European Union* (eds. H. Wallace, W. Wallace), Oxford 2005, 210-212.

[24] Dimitris Skiadas, *European Court of Auditors: The Financial Consistence of European Union*, Durham theses, Durham University, 84, Retrieved 20, November 2012, from *www. http://etheses.dur.ac.uk/4810/pdf.*

[25] Paul Craig, "Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications", *The Constitutinalisation of European Budgetary Constraints* (eds. M. Adams, F. Fabbrin and P. Larouche), Oxford Hart Publishing 2015, 20-25.

politikama. Formalna dimenzija obuhvata mere koje su nastale kao rezultat prilagođavanja i delovanja normi primarnog prava i sekundarnog zakonodavstva. Polemike o koncipiranju bankarske i fiskalne unije su postale intezivnije kada su kreatori ekonomske politike EU uvideli da je očuvanje finansijske stabilnosti zajednički zadatak bankarskih i ostalih finansijskih institucija. Do izbijanja krize finansijska stabilnost se razmatrala kao jedan diskrecioni koncept koji se definisao na negativan način koji je u sebi inkorporirao stabilnost cenovnog sistema i sistema poravnanja. U uslovima krize je postalo jasno da se stabilnost javnih finansija može osigurati kumulativnim korišćenjem sistema fiskalnih transfera, sistema supervizije i evoluiranjem uloge centralne banke, koja mora vršiti i funkciju banke poslednjeg utočišta (eng. last resort bank).[26] U današnjim okolnostima centralna banka mora voditi računa i o ukupnoj finansijskoj stabilnosti i kreditirati dug vlade kao zajmodavac u poslednjoj instanci, iako je to u suprotnosti sa zabranom načela mekog budžetiranja u nacionalnom monetarnom pravu i *no-bailout* klauzulom u evropskom monetarnom pravu. U tom kontekstu se Sporazumima o formiranju Jedinstvenog sanacionog odbora i Jedinstvenog nadzornog mehanizma detaljno uređuje postupanje Revizorskog suda usmereno na očuvanje fiskalne održivosti evrozone, prevashodno u domenu odobravanja zajmova od strane Evropskog stabilizacionog mehanizma, kojim je *de facto* ustanovljen oblik kolektivne odgovornosti Zajednice za javni dug.[27]

5. ZAKLJUČAK

Usaglašavanje nacionalnih fiskalnih politika se ne može zamisliti bez delovanja Evropskog revizorskog suda koji svojim radom utiče na oblikovanje načina za vođenje zdravih javnih finansija utemeljenih na pravilima fiskalne i finansijske konvergencije. Iz toga proizilazi da je uspeh u održavanju optimalnog fiskalnog okvira ekonomske i monetarne unije uslovljen potrebom za revidiranjem odredaba osnivačkih ugovora (čvrstog prava) i akata sekundarne legislative (mekog prava), koji će omogućiti donošenje pravnoobavezujućih odluka Evropskog revizorskog suda uz širenje nadležnosti predsednika, povećanje broja revizora i formiranje posebnih odeljenja radi rasterećenja u radu i bolje podele individualnih poslova i ingerencija. Kritičkom analizom dosadašnje prakse Suda proizilazi da je *conditio sine qua non* uspešne kontrole trošenja budžetskih sredstava poboljšanje pravnih uslova u kojima deluje ne samo ERS, nego i uslova u kojima deluju Evropski savet, Parlament, Komisija i Sud pravde, jer svi zajedno učestvuju u

[26] Maria Rosa Lastra, *International Financial and Monetary Law*, Oxford University Press 2015, 126-127.

[27] Više vid. Marko Dimitrijević, „Institucionalne osnove bankarske unije“, *Pravo i privreda* 7-9/2016, 275-285.

makroekonomskom dijalogu koji se nalazi u funkciji podupiranja efikasne upotrebe sredstava javnih fondova. Jedino se na ovaj način mogu se bolje formulisati i očuvati zajednički ciljevi samog procesa revizije oličeni u mišljenjima, smernicama i metodologiji Suda i stvoriti povoljno institucionalno okruženje za njihovu implementaciju koji revizijskom procesu obezbeđuju preko potreban legitimitet, transparentnost i podršku građana. Opšti zaključak je i da se „diskreditaciji" Evropskog revizorskog suda može stati na put derogacijom normi čvrstog prava koje će omogućiti da Sud postane *ex post* čuvar fiskalne discipline kada odlučuje o načinu trošenja budžetskih sredstava, slično kao što je ustavni sud ratifikacijom Fiskalnog sporazuma (međudržavnog ugovora *sui generis*), postao *ex ante* čuvar fiskalne discipline, jer odlučuje o usklađenosti budžetskog programa sa srednjeročnim budžetskim ciljevima (koje određuje Komisija) i gde u slučaju ozbiljnog nepoštovanja takav program može staviti van snage. Istovremeno, bitno je napomenuti da nadležnost nacionalnih računskosudskih instanci u procesu vođenja javnih finansija obezbeđuje kredibilitet i protivtežu određenim političkim pritiscima koji potencijalno mogu ugroziti stabilnost evrozone zbog čega se njihovo jačanje i saradnja sa Evropskim revizorskim sudom moraju nastaviti u budućem periodu.

Marko B. Dimitrijević, Ph.D., Assistant
University of Niš
Faculty of Law Niš
markod1985@prafak.ni.ac.rs

The Role of the European Court of Auditors in Preserving of Fiscal Framework within the Eurozone

Abstract: *The subject of analysis in this paper is the role of the European Court of Auditors in the process of establishing a sustainable fiscal framework in the countries of the European Monetary Union. In this regard, in the paper points to the reasons for the establishment of the European Court of Auditor, standards and methodology for auditing public finances that are in the function of directing and supporting financial management in the EMU. Particular focus on the research is on reviewing the type and characteristics of the audit, phases and methodology of the audit process and the Court's attitude with other communitarian organs that is a requirement of responsible, transparent and efficient management of fiscal and monetary policy in the euro area.*

Keywords*: audit, European Court of Auditors, monetary law, fiscal sustainability, eurozone.*

Datum prijema rada: 25.11.2016.

Pregledni članak 336.226.22:663.8
doi:10.5937/zrpfns50-12393

Luka O. Baturan, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Dr Cvjetana M. Cvjetković, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

MOGUĆNOST UVOĐENJA AKCIZE NA BEZALKOHOLNA PIĆA SA DODATKOM ŠEĆERA U SRBIJI*

Sažetak: *U radu se razmatra mogućnost da se u srpski poreski sistem uvede akciza na bezalkoholna pića sa dodatkom šećera. Analiza je usmerena na izučavanje osnovnih efekata ovog fiskalnog instrumenta, a to su povećanje budžetskih prihoda i smanjenje potrošnje proizvoda na koji se plaća akciza. U radu se nastoji pronaći optimalni poreski oblik, u zavisnosti od cilja koji se želi postići.*

Ključne reči*: akcize; bezalkoholna pića sa dodatkom šećera.*

1. UVOD I OSNOVNE PRETPOSTAVKE

Visok fiskalni deficit predstavlja jedan od **osnovnih ekonomskih problema Srbije**. Zadatak društvenih nauka je da pomogne u iznalaženju rešenja kojim bi se ovaj problem sanirao. Jedno od rešenja za smanjenje budžetskog deficita jeste uvođenje akciza na bezalkoholna pića sa dodatkom šećera.[1] Ideja za uvođenje ovog fiskalnog oblika dolazi iz pojedinih zemalja u okruženju, zemalja Evropske unije, zemalja Severne i Južne Amerike i drugih, koje primenjuju ili nameravaju da primene ovo rešenje u okviru svog poreskog sistema.

---

* Rad je posvećen projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

[1] U daljem tekstu: bezalkoholna pića.

Uvođenje akcize na bezalkoholna pića u srpskom poreskom sistemu, svakako, bi imala za cilj ostvarenje fiskalnog efekta. Kako se često akcizama pridaju i nefiskalni ciljevi,[2] pored nespornog fiskalnog efekta, prisutno je i stanovište prema kojem se sistemom akciza na bezalkoholna pića može istovremeno ostvariti i efekat zdravstvene zaštite stanovništva. Naime, ovim fiskalnim instrumentom može se uticati na smanjenje potrošnje bezalkoholnih pića koja u sebi sadrže određenu koncentraciju šećera, što u krajnjem efektu ima za rezultat poboljšanje zdravstvenog stanja nacije. Smanjeni unos šećera, kroz smanjenu potrošnju zaslađenih napitaka, značio bi i smanjenje gojaznosti, kao jednog od uzroka brojnih zdravstvenih problema kod stanovništva. Na neophodnost smanjenja unosa tzv. prostih šećera apeluje i Svetska zdravstvena organizacija. Smanjenje zdravstvenih problema stanovništva direktno bi se reflektovalo i na smanjene izdatke Republičkog fonda za zdravstvenu zaštitu, što je posebno značajno za smanjenje budžetskog deficita.

Predmet istraživanja ovog rada biće različita rešenja koja se sreću u uporednom pravu u pogledu akciza na bezalkoholna pića. Cilj istraživanja je da se teorijski sagledaju svi efekti ovog fiskalnog instrumenta, kao i mogućnosti za prevazilaženje navedenih ekonomskih (fiskalnih) i zdravstvenih problema. Ovo je posebno značajno jer će različito određeni prioriteti, tj. davanje prevage fiskalnim, odnosno nefiskalnim ciljevima, tražiti i različito pozitivnopravno uređenje akciza.

Prva hipoteza je da se uvođenjem akcize na bezalkoholna pića mogu povećati budžetski prihodi (fiskalni cilj). Budžetski prihodi od poreza na potrošnju zavisiće, pre svega, od visine poreske stope, obima potrošnje i nivoa dohotka potrošača. Rast budžetskih prihoda bi trebalo da bude osnovni motiv za uvođenje akcize na bezalkoholna pića. Međutim, zbog generalno visokog poreskog opterećenja očekivani rezultat može izostati. U tom slučaju, povećanje poreskog opterećenja potrošnje (do čega bi dovelo uvođenje akcize na bezalkoholna pića) trebalo bi da bude praćeno smanjenjem poreskog opterećenja kod direktnih poreza. S druge strane, smanjenje potrošnje bi produkovalo povećanu štednju i investicije, čime bi se postigao održiv rast bruto domaćeg proizvoda.

Druga hipoteza je da bi uvođenje akcize dovelo do smanjene potrošnje bezalkoholnih pića, kroz povećanje njihove cene, s tim da bi veličina ovih promena zavisila, pre svega, od elastičnosti ponude i tražnje, kao i od visine poreske stope. Realizacija ovog cilja bi bila izraženija ukoliko bi se odredile dve poreske stope, čija bi visina zavisila od količine šećera u piću. Međutim, ukoliko se smanjenje

[2] Među njima, posebno kada su u pitanju akcize na naftne derivate, dominiraju ciljevi zaštite životne sredine. Vid. Cvjetana Cvjetković, „Oporezivanje putničkih automobila kao instrument zaštite životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2012, 372-373; Cvjetana Cvjetković, „Uloga posrednih poreza u zaštiti životne sredine“ *Pravo i privreda* 7-9/2013, 636-645.

potrošnje šećera odredi kao prioritet u odnosu na fiskalni cilj, onda kao poreski objekat treba odrediti sâm šećer, a ne bezalkoholna pića koja sadrže šećer.

Potencijalno pravno rešenje biće ispitano, prvenstveno, korišćenjem metoda neoklasične, odnosno neoinstitucionalne ekonomije, ali, u određenoj meri, i korišćenjem makroekonomskog metoda. Od metoda pravne nauke, biće korišćeni normativni i uporednopravni metod.

2. AKCIZE NA BEZALKOHOLNA PIĆA U UPOREDNOPRAVNIM SISTEMIMA

Akciza ili trošarina je porez kojim se oporezuje potrošnja ili upotreba pojedinačnih dobara.[3] Dobra koja su predmet oporezivanja razlikuju se od zemlje do zemlje, ali to su po pravilu različiti monopolski proizvodi ili proizvodi masovne potrošnje, koji garantuju izdašnost prihoda.[4]

U **srpskom poreskom sistemu**, akcize su regulisane Zakonom o akcizama.[5] Prema aktuelnom zakonskom rešenju, kao poreski objekat su određeni derivati nafte, biogoriva i biotečnosti, duvanske prerađevine (uključujući i duvanske prerađevine koje se pri upotrebi greju ali ne sagorevaju), alkoholna pića, kafa, tečnosti za punjenje elektronskih cigareta i električna energija za krajnju potrošnju.[6]

Bezalkoholna pića nisu objekat plaćanja akcize u Srbiji. Istina, akciza na bezalkoholna pića postojala je jedno vreme u poreskom sistemu Srbije. Naime, prema osnovnom tekstu Zakona o akcizama iz 2001. godine, akciza se plaćala i na „osvežavajuća bezalkoholna pića".[7] Poreska osnovica je bila specifična – litar bezalkoholnog pića. Pod tim pojmom su se podrazumevala bezalkoholna pića od voćne baze, biljnih ekstrakta i žitarica, veštačka osvežavajuća bezalkoholna pića, sirupi, praškovi i pastele za proizvodnju osvežavajućih bezalkoholnih pića.[8] Poreska stopa je bila propisana u apsolutnom iznosu, pa je periodično bila uvećavana radi korigovanja uticaja inflacije. Po tadašnjem rešenju, nije se pravila razlika da li su u pitanju veštački zaslađena pića ili ne.

Nakon toga (2004. godine) je plaćanje akcize ograničeno samo na „osvežavajuća bezalkoholna pića iz uvoza".[9] Iste godine odredba je preformulisana, tako

---

[3] Mirko Kulić, Goran Milošević, *Poresko pravo – teorija i praksa*, Marso doo, Beograd 2011, 425; Dejan Popović, Poresko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 463.

[4] M. Kulić, G. Milošević, 425, D. Popović (2013), 464.

[5] Zakon o akcizama, *Sl. glasnik RS,* br. 22/01, 73/01, 80/02, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/09, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 93/12, 119/12, 47/13, 68/14, 142/14, 55/15, 103/15.

[6] Čl. 2 Zakona o akcizama.

[7] Čl. 2, st. 1, tač. 5) Zakona o akcizama, *Sl. glasnik RS,* br.22/2001 – Zakon o akcizama (2001).

[8] Čl. 13 Zakona o akcizama (2001).

[9] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o akcizama, *Sl. glasnik RS,* br. 43/2004.

da se akciza plaćala na „uvozne proizvode: osvežavajuća bezalkoholna pića, sirupe i praškove za osvežavajuća bezalkoholna pića, voćne sokove, koncentrisane voćne sokove, voćni nektar i voćne sokove u prahu".[10] Sistem akciza je podrazumevao primenu dve poreske stope. Viša poreska stopa se plaćala na osvežavajuća uvozna bezalkoholna pića i uvozne sirupe i praškove za osvežavajuća bezalkoholna pića, dok se niža plaćala na uvozne voćne sokove, koncentrisane voćne sokove, voćni nektar i voćne sokove u prahu.[11] Ovakva odredba predstavljala je meru ekonomskog protekcionizma, odnosno vancarinsku barijeru uvozu bezalkoholnih pića koja je ukinuta 2007.godine,[12] nakon čega se na bezalkoholna pića u Srbiji više ne plaća akciza.

U **Bosni i Hercegovini** bezalkoholna pića su podvrgnuta akcizi.[13] Pod ovim pojmom smatraju se osvežavajuća bezalkoholna pića od voćnog soka, voćne baze, biljnih ekstrakata i žitarica i surutke, veštačka osvežavajuća bezalkoholna pića i niskoenergetska osvežavajuća bezalkoholna pića.[14] U ovo ne spadaju prirodne mineralne, gazirane i negazirane vode, izvorske domaće i uvozne vode i stone vode; 100% prirodni sokovi od voća i povrća i njihovih mešavina; sokovi od voća i povrća, te njihove mešavine, sa ili bez dodatka vode, sa ili bez dodatnog šećera, sa ili bez konzervansa, sa ili bez CO_2, sa ili bez veštačkih boja, sa ili bez veštačkih aroma i drugih veštačkih dodataka, sa stvarnim ili deklarisanim udelom od 50% i više voća i/ili povrća u suvoj tvari; sirupi, prašci i pastile namenjeni za pripremu bezalkoholnih pića razblaživanjem u vodi.[15]

Kao poreska osnovica uzeta je jedinica mere, tj. litar bezalkoholnog pića. Na poresku osnovicu plaća se akciza u iznosu od 0,10 bosanskohercegovačkih maraka,[16] što prema trenutnom kursu u Srbiji iznosi oko 6,28 dinara ili 5 evrocenti.

U **Francuskoj** se akciza na bezalkoholna pića plaća od 1. januara 2012. godine, i to na ona bezalkoholna pića koja imaju dodatak šećera i zaslađivača. Poreska osnovica je hektolitar, a iznos akcize je 7,16 evra,[17] dakle oko 7 evrocenti (8,73 dinara) po litru.

---

[10] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o akcizama, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2004 – Zakon o akcizama (2004).

[11] čl. 13 Zakona o akcizama (2004).

[12] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o akcizama, *Sl. glasnik RS*, br. 61/2007.

[13] Čl. 4, st. 2 Zakona o akcizama, *Sl. glasnik BiH,* br. 49/09, 49/14, 60/14 – Zakon o akcizama BiH.

[14] Čl. 7, st. 1 Zakona o akcizama BiH.

[15] Čl. 7, st. 2 Zakona o akcizama BiH.

[16] Čl. 18, st. 1, tač. a) Zakona o akcizama BiH.

[17] Journal officiel de la République française (29 décembre 2011), *https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=20111229&numTexte=1&pageDebut=22441&pageFin=22510* , 13. maj 2016. godine; Nicoleta Berrardi, Patrick Sevestre, Marine Tepaut, Marine, Alexandre Vigneron, *The impact of a 'soda tax' on prices. Evidence from French micro data,* Direction générale des études et des relatons internationals, Banque de France Working Paper No. 415; Case

U **Meksiku** se akciza na bezalkoholna pića plaća od 1. januara 2014. godine. Poreska osnovica je jedan litar bezalkolnog pića koje sadrži šećer. Ne plaća se akciza na bezalkoholna pića zaslađena veštačkim dijetalnim zaslađivačima, ukoliko ne sadrže šećer. Visina akciza je 1 meksički pezos,[18] što je oko 0,04 evra (4,88 dinara) po litri.

Velika Britanija je u okviru svog programa fiskalnih mera predvidela uvođenje akcize na bezalkoholna pića od 2018. godine. Britansko ministarstvo finansija je najavilo da će bezalkoholna pića biti oporezovana po dve specifične stope, u zavisnosti od sadržaja šećera. Na bezalkoholna pića koja u 100 ml sadrže više od 5 g šećera predviđena je niža, a na bezalkoholna pića sa preko 8 g šećera u 100 ml viša akciza. Najverovatnije će niža akciza iznositi 18 penija (0,23 evrocenta, odnosno 28,06 dinara), a viša 24 penija (30 evrocenti, odnosno 36,6 dinara) po litri. Na pića koja sadrže manje od 5 g šećera u 100 ml, neće se plaćati akciza. Planirano je da budžetski prihodi koji se dobiju od naplaćenih akciza, budu destinirani za razvoj sporta u osnovnim školama.[19]

3. KONCIPIRANJE AKCIZE NA BEZALKOHOLNA PIĆA U SKLADU SA POSTAVLJENIM CILJEVIMA

Nauka o porezima formulisala je određene principe kojih se treba pridržavati prilikom koncipiranja konkretnih poreskih instrumenata, u zavisnosti od postavljenih ciljeva fiskalne politike. Ovo je posebno važno zbog činjenice da različiti poreski instrumenti imaju različite efekte na društvene odnose.[20] Iako o ovim principima postoji značajna saglasnost među teoretičarima, potrebno ih je stalno proveravati u praksi.[21] Takođe je neophodno stalno proveravanje usklađenosti konkretnih pozitivnopravnih poreskih rešenja sa postavljenim principima, da bi se utvrdilo da li postoji mogućnost za njihovo poboljšanje. U ovom radu će se sagledati usklađenost akcize na bezalkoholna pića sa postavljenim ciljevima koji se pridaju ovom fiskalnom instrumentu.

---

study: Taxing of in France , *https://powerupforhealth.files.wordpress.com/2015/09/2015-07-13_case-study-taxing-sweetened-drinks-in-france.pdf* , 13. maj 2016. godine.

[18] Jeffrey Grogerr, *Soda Taxes and the Prices of Sodas and Other Drinks: Evidence from Mexico.* Institute for the Study of Labor, IZA, Discussion Paper No. 9682, 5.

[19] Sugar tax: How it *Works, http://www.bbc.com/news/health-35824071,* 13. maj 2016. godine; George Osborne announces suggar tax on soft drinks industry, *http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/health-news/budget-2016-george-osborne-announces-sugar-tax--a6934206.html,* 13. maj 2016. godine.

[20] Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo.* Open Society Institute, Constitutional and Legislative Policy Institute, Savremena administracija, Beograd 1997, 268-269.

[21] *Ibid*., 270.

3.1. Povećanje budžetskih prihoda

Preglomazan javni sektor je jedan od osnovnih problema srpske ekonomije. Veliki budžetski deficiti iz godine u godinu uvećavaju ukupan javni dug, koji se sada procenjuje na oko 76,6% BDP-a.[22] Rešenje problema budžetskog deficita, pre svega, treba tražiti u smanjenju javnih rashoda, ali i u boljem koncipiranju javnih prihoda. Kako se rešavanje ovog problema pokazalo kao prioritetno, uvođenje akcize na bezalkoholna pića potrebno je, prevashodno, sagledati iz ugla budžetskih prihoda.

Princip izdašnosti ili dovoljnosti označava da „porezi, zajedno sa ostalim javnim prihodima, treba da obezbede sredstva koja su neophodna za pokriće planiranih javnih rashoda".[23] Javni rashodi moraju biti pokriveni javnim prihodima. Uključenje bezalkoholnih pića u proizvode na koje se plaća akciza, dovešće do određenog rasta poreskih prihoda (pod pretpostavkom da ostali javni prihodi neće značajnije padati). Ovo je jedan od načina da se smanji budžetski deficit, što u sadašnjim uslovima predstavlja prioritet.

Kao poreski objekt određeno je bezalkoholno piće koje sadrži šećer. Poresko opterećenje treba postaviti na taj način da se maksimizuju budžetski prihodi. Kolika će biti izdašnost akcize, zavisiće u prvom redu od njene visine, kao i od njenog uticaja na potrošnju bezalkoholnih pića. Optimalni nivo poreske stope moguće je odrediti tek nakon sprovođenja detaljnih analiza tržišta bezalkoholnih pića.[24]

Proširenje predmetnog obuhvata akciza i na bezalkoholna pića bi značilo povećanje ukupnog poreskog opterećenja u zemlji. Dodatno povećanje fiskalnog opterećenja kroz oporezivanje bezalkoholnih pića moglo bi dovesti do pada, ne samo potrošnje bezalkoholnih pića, već i potrošnje ostalih proizvoda, što bi moglo da umanji ostvareni rezultat kada su ukupni budžetski prihodi u pitanju.

Ovaj argument zasniva se na stanovištu, da rast poreskog opterećenja iznad određenog limita, nema za rezultat rast poreskih prihoda, već njihovo smanjenje. Zato dugoročno rešenje visokog budžetskog deficita, prvenstveno, treba tražiti u smanjivanju javnih rashoda. Fiskalnom strategijom Vlade Srbije, planirano je da se u periodu od 2016. do 2018. godine javni rashodi smanje na 40,8% BDP, odnosno za 5,5 procentna poena,[25] što je dugoročno posmatrano dobro rešenje.

---

[22] Vlada Srbije: *Fiskalna strategija za 2016. godinu sa projekcijama za 2017. i 2018. godinu*, 22.

[23] D. Popović (1997), 272.

[24] Neke studije pokazuju da kod bezalkoholnih pića rast cene od 10% smanjuje njihovu potrošnju za 8-10%. Više o tome: Andreyeva, T.; Long, M. W.; Brownell, K. D. (2010), The impact of food prices on consumption: a systematic review of research on the price elasticity of demand for food. *AmericanJournal of Public Health,* Vol. 100, No. 2 (February), 216–22; Gustavsen, G. W.; Rickertsen, K. (2011), The Effects of Taxes on Purchases of Sugarsweetened Carbonated Soft Drinks: a Quantile Regression Approach.*Applied Economics,* Vol. 43, No. 6, 707–716.

[25] *Ibid.*

Dakle, uvođenje akcize na bezalkoholna pića treba da bude samo jedan od elemenata sveobuhvatne reforme poreskog sistema, usmeren ka podsticanju ekonomskog rasta. U tom smislu, treba prihvatiti i implementirati rešenja o povećanju fiskalnog opterećenja privatne potrošnje, u šta spada i uvođenje akcize na bezalkoholna pića, ali uz istovremeno dugoročno smanjenje javnih rashoda. Tako bi se destimulisala potrošnja stanovništva na račun povećanja štednje i investicija,[26] a sve kako bi se postigao rast BDP.[27]

3.2. Smanjenje potrošnje bezalkoholnih pića

Akcize neposredno umanjuju ekonomsku snagu potrošača akciznih proizvoda, a to se posredno odražava na promenu u njihovom ponašanju.[28] Preko tržišnog mehanizma, ove promene ponašanja prenose se i na ostale ekonomske subjekte. Jedan od osnovnih zahteva ekonomske teorije je da poreski sistem treba da bude nedistorzivan, odnosno da izaziva što manji poremećaj u ponašanju pojedinaca.[29] Sa druge strane, relativno je **prihvatljivo oporezivanje proizvoda kojim se smanjuje potrošnja štetnih proizvoda** (duvan, alkohol, prosti šećeri, itd.). Tako se npr. korektivnim porezima postiže poboljšanje efikasnosti alokacije, jer se njima eliminišu eksternalije.[30]

Kao što je rečeno, akciza predstavlja dažbinu kojom se oporezuje potrošnja. Uvođenjem akcize na bezalkoholna pića, njihova **cena na tržištu će porasti**. Veličina promene cene zavisiće, pre svega, od elastičnosti njihove ponude i tražnje, ali i od visine akcize. Krajnji rezultat biće **smanjenje potrošnje akciznog proizvoda**.[31]

---

[26] O odnosu potrošnje, štednje i investicija, videti: N. Gregory Mankiw, *Macroeconomics*, Fifth Edition (srpsko izdanje), Cekom books, Novi Sad, 2005, 24-27; Michael C. Burda, Charles Wyplosh, *Macroeconomics: A European text,* Third Edition (srpsko izdanje), Centar za liberalno-emokratske studije, Beograd 2004, 27-29; Kosta Josifidis, *Makroekonomija: principi teorije politike,* drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje. Futura publikacije, Novi Sad 2006, 63-64.

[27] Fiskalni savet: Predlog mera fiskalne konsolidacije 2012-2016. godine, *http://www.sam.org.rs/sw4i/download/files/article/Rezime%20Studije%20Fiskalnog%20saveta.pdf?id=72*, 29. mart 2016. godine. Iako su poreske stope kod poreza na dodatu vrednost promenjene, nisu usledile i druge mere koje je Fiskalni savet predlagao. Isto i kod: Milojko Arsić, „Rešavanje problema ili odlaganje i razvodnjavanje“, *Kvartalni monitor* 35/2013, 65.

[28] D. Popović (1997), 374.

[29] D. Popović (1997), 276-281; Jospeh E. Stiglic, *Economics of the Public Sector,* 3rd edition (izdanje na srpskom jeziku), Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 466-471.

[30] Termin „porez“, u ovom kontekstu, treba shvatiti u najširem smislu reči, tj. pod njega se podvode i neki drugi fiskaliteti, poput naknada, kojima se mogu internalizovati različite eksternalije. Vid. J. Stiglis, 471; Cvjetana Cvjetković, „Ekološke naknade kao instrument zaštite životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2014, 385-399.

[31] Ovo ne bi važilo jedino u ekstremnom teorijskom slučaju kada je tražnja akciznog proizvoda, u konkretnom slučaju zaslađenog bezalkoholnog pića savršeno neelastična, što sad neće biti predmet razmatranja.

Upravo je smanjenje potrošnje šećera u javnosti najčešći nefiskalni argument koji se ističe u prilog uvođenju akciza. Takođe, i Svetska zdravstvena organizacija preporučuje donošenje mera za smanjenje konzumacije prostih šećera.[32] Iako je načelno neutralnost poreza proklamovana kao osnovni princip oporezivanja, ima osnova da se prihvati stav da je ovde opravdano odstupanje od njega radi smanjenja potrošnje konkretnog proizvoda.

Smatra se da je preterana konzumacija prostih šećera jedan od osnovnih uzroka gojaznosti, koja se povezuje sa mnogim **zdravstvenim problemima**, kao što su dijabetes, različiti kardio-vaskularni problemi poput visokog krvnog pritiska, dislipidemija, bolesti srca (koronarna arterijska bolest, srčana insuficijencija, pretkomorska fibrilacija, cerebrovaskularna bolest), bolesti organa za disanje (opstruktivna apnea, astma), bolesti organa za varenje (gastroezofagealni refluks, hepatobilijarna bolest, nealkoholna masna jetra), osteoartritis, kancer, ginekološke i akušerske komplikacije, hirurške i anesteziološke komplikacije, hronična bolest bubrega, itd.[33]

U prilog mera za smanjenje potrošnje šećera govore i neki ekonomski argumenti. Ponašanje pojedinaca prilikom konzumiranja zaslađenih proizvoda često ima elemente tzv. **moralnog hazarda**.[34] Pojedinac, kome zdravstveno osiguranje pokriva troškove lečenja bolesti izazvane preteranom potrošnjom prostih šećera, nema dovoljno motiva da svede njegovu potrošnju na optimalan nivo. Tako on troškove svog lečenja eksternalizuje, odnosno prenosi na fondove zdravstvenog osiguranja. Drugi razlog zbog kojeg pojedinac ne troši optimalnu količinu šećera je asimetrija informacija, tj. nedovoljna informisanost pojedinaca o štetnosti šećera, kao i o tome kolika je zapravo optimalna doza ove supstance koju organizam može da prihvati.

Podaci u literaturi o **troškovima zdravstvene zaštite** koji se odnose na lečenje gojaznosti se dosta razlikuju. Neke studije pokazuju da su u Meksiku troškovi

---

[32] *Global Action Plan for the Prevention and Control of Non-communicable Diseases 2013-2020,* WHO Press, Geneva 2013, 32; *Guideline: Sugars Intake for Adults and Children,* WHO Press, Geneva 2015, 2.

[33] Malnick, S.D.H.; Knobler H. (2006), The Medical Comlications of obesity. The Quarterly Journalof Medicine, Oxford Universit Press, Vol. 99, 565-579. Pogledati još: Malik, Vasanti S.; Shulze, Matthias B.; Hu, Frank B. (2006), Intake of sugar-sweetened beverages and weight gain: a systematic review. American Journal of Clinical Nutrition, Vol. 84, No. 2 (August), 274-288; DiMeglio D.P.; Mattes, R.D. (2000) Liquid versus Solid Carbohydrate: Effectson Food Intake and Body Weight. *International Journal of Obesity*, Vol 24, No. 6, 794-800.

[34] Moralni hazard je pojava do koje dolazi kada pojedinac ne snosi posledice svojih odluka, što se često dešava kada postoji osiguranje.U tom slučaju, on nije motivisan da uloži optimalni nivo pažnje prilikom svog postupanja.Usled rizičnijeg ponašanja, društveni troškovi su iznad optimalnog nivoa. O moralnom hazardu više kod: Boris Begović, Miroljub Labus, Aleksandra Jovanović, *Ekonomija za pravnike,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 381-386; Hal R. Varian, *Intermediate Microeconomics, A Modern Approach* (srpsko izdanje: Mikroekonomija: moderan pristup), Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, 692-694.

zdravstvene zaštite od ovih bolesti u 2008. godini činili 13% ukupnih troškova, te se procenjuje da će do 2017. godine biti duplirani.[35] U literaturi se sreće i podatak da su troškovi lečenja usled gojaznosti u Francuskoj između 2,1 i 6,2 milijardi evra, što predstavlja između 1,5% i 4,6% ukupnih troškova zdravstvene zaštite.[36]

Poboljšanje zdravstvenog stanja stanovništva i smanjenje troškova zdravstvene zaštite **ne treba da bude osnovni razlog** uvođenja akciza na bezalkoholna pića. Ukoliko je šećer zaista štetan po zdravstveno stanje populacije, onda rešenje treba tražiti u primeni sveobuhvatnih mera kojima će se uticati na smanjenje konzumiranja šećera. Kada su poreski instrumenti u pitanju, osnovna mera u tom slučaju bi mogla biti uvođenje *akcize na šećer*, koju bi plaćali proizvođači i uvoznici šećera, a ne na bezalkoholna zaslađena pića.[37] Povećanje cene ovih pića zaista će dovesti do smanjenja njihove konzumacije, ali to i dalje ne znači da će se smanjiti konzumiranje šećera na nacionalnom nivou, jer se potrošači mogu preorijentisati na potrošnju drugih dobara koje takođe sadrže šećer (možda i u većim količinama nego bezalkoholna pića!), a koji nisu opterećeni akcizom.

Ukoliko se zdravstveni razlozi uzmu kao osnovni motiv za uvođenje akciza na bezalkoholna pića, tada je opravdano da **poreska osnovica** bude količina šećera u određenom piću, a ne zapremina tog napitka. Tako će proizvođači imati motiv da smanje količinu šećera u piću, kako bi smanjili i poresku obavezu. Ovim rešenjem stvaraju se podsticaji potrošačima da se preorijentišu na pića sa manjim sadržajem šećera, pošto su ona zbog manje akcize i jeftinija. Međutim, problem sa ovim rešenjem jesu visoki administrativni troškovi utvrđivanja poreske obaveze i kontrole njenog plaćanja. Čini se da britansko rešenje, kojim se uvode **dve poreske stope** u zavisnosti od količine šećera u napitku, predstavlja komprimis između zahteva da akciza treba da smanji konzumaciju šećera (a ne bezalkoholnih pića), ali da njen obračun i kontrola naplate ne treba da izazivaju velike administrativne troškove, što bi sigurno bio slučaj ukoliko bi se odredio veći broj poreskih stopa.

Ukoliko se kao osnovni motiv za uvođenje akcize definiše smanjenje konzumacije bezalkoholnih pića, onda ima osnova da prihodi prikupljeni na ovaj način budu **destinirani,** odnosno namenjeni za poboljšanje zdravstvenog stanja nacije i lečenje bolesti uzrokovanih prekomernom konzumacijom šećera. Ovakvo rešenje usvojeno je u Velikoj Britaniji. Međutim, onda isto rešenje treba primeniti i na sve prihode od akciza. Kako su trenutno prihodi od akciza značajna stavka

[35] Martinez, A. G., Lopez-Espinoza, A.; Lopez-Uriarte, P. J. (2015), *Mexico obeso: actualidades y perspectivas*. Guadalajara, Mexico: University of Guadalajara. Navedeno prema: Grogerr (2016), *op.cit*., 1.

[36] Emery C. et al. (2007), Évaluation du coût associé à l'obésité en France.*La Presse Médicale*, Vol. 36, No. 6, 832–40. Navedeno prema: Case study Taxing sweetened drinks in France, *op.cit.*

[37] U Kraljevini Srba, Hrvata Slovenaca, po Privremenom zakonu o državnoj Trošarini, taksama i pristojbama od 27. juna 1921. godine, plaćala se državna trošarina na šećer i predmete izrađene od šećera kad se uvoze iz inostranstva. Vid. Milorad Nedeljković, *Nauka o finansijama,* Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd 1923, 161-162.

koja ulazi u republički budžet,[38] teško je očekivati implementaciju ovakvog rešenja, što takođe pokazuje da je apsurdno navoditi smanjenje potrošnje bezalkoholnih pića kao prioritet u odnosu na povećanje budžetskih prihoda.

Treba biti posebno oprezan kod određivanja osnovnog motiva za uvođenje akcize na potrošnju bezalkoholnih pića, jer različito određeni prioriteti zahtevaju različita praktična rešenja. Ovo se posebno odnosi na određenje **poreske stope**. Ukoliko je cenovna elastičnost tražnje za ovim napicima niska, onda će do ozbiljnijeg smanjenja potrošnje akciznog proizvoda doći tek ako je poreska stopa izuzetno visoka. Takođe, visoka cenovna elastičnost ponude dovešće do prevaljivanja najvećeg dela akcize na proizvođače, koji će se truditi da očuvaju cenovnu konkurentnost na tržištu spuštanjem cene proizvoda, što takođe traži visoku poresku stopu. Međutim, visoka poreska stopa pogoduje širenju šverca i crnog tržišta, jer stvara podsticaj pojedincima da kroz izbegavanje plaćanja akcize ostvare visoke prihode.[39] Takođe, visoka poreska stopa stvara podsticaje pojedincima da otpočnu proizvodnju ovih proizvoda za sopstvene potrebe u granicama tehničko-tehnoloških i ekonomskih mogućnosti, čime se zakonito izbegava plaćanje poreza, a sa druge strane ne smanjuje se konzumiranje ovih pića.

Zagovornici akciza na bezalkoholna pića često u prvi plan ističu upravo ovu posledicu, verovatno da bi lakše pridobili podršku javnosti za njeno uvođenje. Pošto politički aspekti ovog problema neće biti predmet ovog rada, na ovom mestu se može zaključiti da ekonomski razlozi govore u prilog koncipiranju akciza na bezalkoholna pića sa osnovnih ciljem povećanja budžetskih prihoda.

4. SMANJENA PROIZVODNJA BEZALKOHOLNIH PIĆA KAO POSLEDICA AKCIZE

Povećanje budžetskih prihoda i smanjenje potrošnje proizvoda štetnog po zdravlje stanovništva predstavljaju osnovne argumente u prilog uvođenju akcize na bezalkoholna pića. Međutim, potrebno je ove argumente suočiti i sa negativnim stranama ovog fiskalnog instrumenta.

Jedan od osnovnih kontraargumenata je da će smanjena tražnja dovesti i do **smanjenja proizvodnje,** što će dalje dovesti do **smanjenja zaposlenosti** u ovom sektoru. Ovo je posledica smanjenja domaće tražnje usled povećanja cene u koju je ugrađena akciza. Ukoliko proizvođači akciznih proizvoda uspeju da kompenzuju smanjenje domaće tražnje povećanim izvozom na inostrana tržišta, ovi gubici mogu biti kompenzovani.

---

[38] Prihodi od akciza čine oko 5,4% ukupnih prihoda sektora države prema učešću u BDP-u. Vlada Republike Srbije: *Fiskalna strategija za 2016. godinu sa projekcijama za 2017. i 2018. godinu*.

[39] Vid. D. Popović (1997), 844.

Takođe, smanjena tražnja zaslađenih proizvoda može dovesti i do rasta tražnje za prirodnim napicima na koje se ne plaća akciza, usled efekta supstitucije. Posledica će tada biti povećano angažovanje radnika u toj (neoporezovanoj) proizvodnji, zbog povećane ponude.

Ipak, prirodno je očekivati da će uvođenje akcize na bezalkoholna pića izazvati otpor, pre svega proizvođača kojima će ona sigurno umanjiti profit. Alternativno rešenje o uvođenju akcize na šećer, dovelo bi do velikog otpora industrije šećera.

Na makroekonomskom nivou, povećanje poreskog opterećenja na potrošnju (u šta spada i uvođenje akciza na bezalkoholna pića) odvijalo bi se paralelno sa smanjenjem poreskog opterećenja faktora rada. U tim uslovima, porast investicija bi doveo do rasta bruto domaćeg proizvoda, pa indirektno i do rasta zaposlenosti.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analiza ekonomskih efekata akcize na bezalkoholna pića pokazala je osnovanost postavljenih hipoteza. Na prvom mestu, uvođenje novog poreskog oblika *ceteris paribus* značiće povećanje budžetskih prihoda. Ipak, moguće je i da zbog previsokog fiskalnog opterećenja, usled dejstva efekta supstitucije i promene ponašanja pojedinaca, izostane očekivani rast javnih prihoda. Rešenje za oporavak srpske ekonomije i problem fiskalnog deficita dugoročno treba tražiti u smanjenju javnih rashoda i pronalaženju novih izdašnih izvora oporezivanja. Istovremeno je potrebno smanjiti i fiskalno opterećenje faktora rada uz paralelno povećanje opterećenja potrošnje, kako bi se podstakao rast investicija, koje mogu fiskalno obezbediti postizanje održivog ekonomskog rasta na dugi rok.

Ako se srpski zakonodavac opredeli za uvođenje akcize na bezalkoholna pića, kao prioritet treba postaviti fiskalni cilj, odnosno povećanje budžetskih prihoda, a koliko će se u tome uspeti zavisiće, pre svega, od visine poreske stope, kao i od obima potrošnje akciznih proizvoda.

Očekivano je da bi uvođenje akcize dovelo do smanjenja potrošnje bezalkoholnih pića, zbog povećanja cene do koje će očekivano doći. Koliko će biti to smanjenje potrošnje, zavisiće, pre svega, od elastičnosti ponude i tražnje, visine poreske stope i nivoa dohotka potrošača. Međutim, nije izvesno da li će doći do smanjenja konzumacije šećera i u kojem obimu, jer poreski obveznici mogu potrošnju bezalkoholnih pića zameniti potrošnjom nekog drugog neoporezovanog proizvoda, koji takođe sadrži šećer.

Moguće je akcizama na bezalkoholna pića u određenoj meri postići i sekundarni cilj – a to je smanjenje potrošnje prostih šećera. Uvođenje dve poreske stope, pri čemu će se viša plaćati na bezalkoholna pića sa većim sadržajem šećera, predstavlja dobro rešenje, jer će ta pića biti skuplja od onih sa manjim sadržajem šećera, koja će zbog niže poreske stope biti jeftinija. Bezalkoholna pića koja imaju

izuzetno malu količinu šećera (u Velikoj Britaniji to je 5 g šećera u 100 ml) ne treba da budu oporezovana. Ukoliko je kao primarni cilj određeno smanjenje potrošnje šećera, onda poreski objekat treba da bude šećer, a ne bezalkoholna pića koja sadrže šećer.

Akciza može dovesti do pada proizvodnje bezalkoholnih pića, mada nije nužno ukoliko se smanjena domaća tražnja kompenzuje povećanom prodajom u inostranstvu. Diskutabilno je i da li će doći do smanjenja zaposlenosti u industriji bezalkoholnih pića, pošto posledica može biti povećana potrošnja bezalkoholnih pića koja nisu podvrgnuta akcizama. Samim tim, došlo bi i do povećanog angažovanja radnika u proizvodnji neoporezovanih proizvoda.

Luka O. Baturan, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

Excise Duty on Sweetened Drinks in Serbia

***Abstract**: In this paper the authors consider the possibility of introduction excise duty on sweetened drinks in Serbian tax system. The analysis is focused on the study of the basic effects of this fiscal instrument, such as an increase in budget revenues and reduction of the consumption of excise goods. This paper attempts to find the optimal form of excise duty depending on formulated objectives.*

***Keywords**: excise duty; sweetened drinks.*

Datum prijema rada: 14.11.2016.

Pregledni članak 343.232
doi:10.5937/zrpfns50-12426

Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
I.Milic@pf.uns.ac.rs

DA LI JE KRIVIČNO DELO UVEK NAJTEŽE KAZNENO DELO? (I DEO)

***Sažetak**: U Republici Srbiji postoje tri vrste kaznenih dela, krivična dela, prekršaji i privredni prestupi. Krivičnim zakonikom je propisano da je krivično delo ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i skrivljeno. Zaknodavac je Zakonom o prekršajima propisao da je prekršaj protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija. Zakonom o privrednim prestupima propisuje se da je privredni prestup društveno štetna povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala ili je mogla prouzrokovati teže posledice i koja je propisom nadležnog organa određena kao privredni prestup. Polazeći od društvene opasnosti i zaprećene kazne krivična dela su najstroža kaznena dela, u odnosu na prekršaje i privredne prestupe.*

Autor u ovom radu ima za cilj da ukaže da odgovornost za krivično delo ne mora da bude najteži vid kaznene odgovornosti. Odgovornost za prekršaj, u pojedinim slučajevima, može biti „stroža" po učinioca, od odgovornosti za krivično delo. U radu se ukazuje na pojedine odredbe Krivičnog zakonika i Zakona o prekršajima, na osnovu kojih autor dolazi do zaključka da je odgovornost zbog učinjenog krivičnog dela u pojedinim slučajevima „blaža" po učinioca dela, u odnosu na odgovornost za prekršaj.

***Ključne reči**: krivično delo, prekršaj, Krivični zakonik, Zakon o prekršajima.*

UVOD

Prema *zaprećenoj kazni* krivična dela su najstroža kaznena dela,[1] u poređenju sa prekršajima i privrednim prestupima. S tim u vezi, i *društvena opasnost*

[1] Kako navodi naš doajen u oblasti, pre svega, kaznenog prava prof. Živanović: „i u domaćem krivičnom zakonodavstu usvojena je trojna deoba krivičnih dela u zločine, prestupe i istupe". (...)

kod krivičnih dela je najveća. To bi, s druge strane, trebalo da znači, da su prekršaji prema stepenu društvene opasnosti i zaprećenoj kazni, „*bagatelna dela*“ u odnosu na krivična dela. Tako se i u naučnoj, stručnoj ali i opštoj javnosti uglavnom govori da su krivična dela najteža kaznena dela u odnosu na prekršaje i privredne prestupe, mada postoje i mišljenja da u pojedinim slučajevima odgovornost za prekršaj može biti stroža od krivične odgovornosti.[2]

Mi imamo cilj, da u ovom radu prikažemo kako u našem pozitivnom kaznenom sistemu odgovornost za prekršaj[3] može biti stroža od odgovornosti za krivično delo. Mi ćemo u radu napraviti jedno poređenje pojedinih odredaba Krivičnog zakonika i Zakona o prekršajima. Dakle, mi ćemo se držati pozitivnopravnih rešenja naša dva „kaznena zakona“, gde ćemo ukazati kako je odgovornost za prekršaj „stroža“ u odnosu na odgovornost zbog učinjenog krivičnog dela.

Naslov rada „Da li je krivično delo najteže kazneno delo? (deo I)“ možda, na prvi pogled, deluje neoubičajno, jer se mi u radu bavimo prekršajnom i krivičnom odgovornošću. Mi smo se za ovakav naslov odučili da bi smo naslov skratili, ali i da bismo skrenuli pažnju naučnoj, stručnoj, kao i opštoj javnosti da prekršaji nisu bagatelna dela, kako se to za njih uglavnom misli. Takođe, jasno smo označili da je reč o prvom delu rada našeg istraživanja, jer imamo za cilj da u našim daljim istraživanjima ukažemo i na druge institute krivičnog i prekršajnog zakonodavstva, u kojima ćemo nastaviti da opravdamo našu hipotezu – da odgovornost za prekršaj može biti stroža od odgovornosti za krivčno delo. Tako da je ovaj rad predstavlja početak istraživanja u ovoj oblasti.

Rad je podeljen u nekoliko sistematizovanih celina, u kojima se raspravlja o: delu malog značaja; pooštravanju kazne; uslovnoj osudi; izvršenju kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje; uslovnom otpustu; amnestiji i pomilovanju; prinudnoj naplati novčane kazne.

---

istupi su *najlakša* krivična dela nalaze se pak još i u nekadašnjim pokrajinskim k. z. (srpskom, hrvatskom, bosanskom, crnogorskom, dalmatinsko-slovenačkom (...). Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – Opšti deo, I. Knjiga (uvod. – I. Krivično delo)*, Beograd, 1935, 112-123. O deobi kaznenih dela vid. Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009, 8-9; Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, 49-51; Josip Šilović, Stanko Frank, *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca od 27. januara 1929*, Zagreb, 1929, 11-12. Mih. P. Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. januara 1929 god., noveliranog Zakonom od 9. okt. 1931. god*. Beograd, 1934, 52-56; Đoka Karajovanović, *Komentar Opšteg Krivičnog zakonika sa Zakonom, kojim se Krivični zakonik stavlja na snagu i uvodi u život*, Beograd, 1930, 11-12.

[2] Vid. Stanko Pihler, *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, 7; Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, 84; Ivan Milić, Novi Zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2014, 263–273. Može se reći da danas vlada teorija da su prekršaji i krivična djela dva samo po težini različita stupnja kažnjivog neprava, lakši i teži kažnjivi delikt. Franjo Bačić, *Krivično pravo – Opći dio*, Zagreb, 1978, 159.

[3] O odnosu prekršajnog prava prema krivičnom pravu vid. Ljubinko Mitrović, *Prekršajno pravo*, Banja Luka, 2014, 23-24.

1. DELO MALOG ZNAČAJA

Jedan od osnova koji isključuje protivpravnost je i delo malog značaja.[4] Naše krivično zakonodavstvo predviđalo je institut neznatne društvene opasnosti kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela. U novom KZ on je zamenjen institutom koji ima istu svrhu, a to je delo malog značaja.[5] Kako se propisuje Krivičnim zakonikom (čl. 18): Nije krivično delo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja delo malog značaja. Delo je malog značaja ako je stepen krivice učinioca nizak, ako su štetne posledice odsutne ili neznatne i ako opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije. Odredbe st. 1. i 2. ovog člana mogu se primeniti na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora *do pet godina ili novčana kazna*. Cilj instituta dela malog značaja jeste, prema tome, da isključi primenu krivičnog prava u odnosu na slučajeve u kojima su ispunjena sva obeležja nekog krivičnog dela, ali se radi o tako beznačajnom delu da primena krivičnih sankcija očigledno nema svrhe.[6]

[4] *Iz sudske prakse*: Značaj krivičnopravnog instituta dela malog značaja je da isključi primenu krivičnog prava u odnosu na slučajeve u kojima su ispunjena sva obeležja nekog krivičnog dela, ali se radi o tako beznačajnom delu da primena krivičnih sankcija nije opravdana. (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2088/06 od 6. septembra 2006. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 1733/05 od 27. februara 2006. godine) – Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 76/2007, Intermex, Beograd, sentencu priredili: Siniša Važić i mr Aleksandar Trešnjev. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[5] Stojanović, *op. cit.,* 126. O neznatnoj društvenoj opasnosti vid. Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava – po Krivičnom zakoniku od godine 1951*. Zagreb, 1955, 120.

[6] Stojanović, *op. cit*., 126. *Iz sudske prakse*: Držanje jedne tablete ekstazija za svoje potrebe, na muzičkoj manifestaciji, ako su ispunjeni svi drugi uslovi, može predstavljati delo malog značaja. (Presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu, Kž I 1493/05 od 25.10.2005) – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 12/2007, Intermex, Beograd, autor sentence: Milan Maločić, stručni saradnik. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016. *Iz sudske prakse*: Pravilno je prvostepeni sud ocenio da se radi o *delu malog značaja* s obzirom na to da je stepen krivice optuženog nizak, a imajući u vidu količinu manju od 0,01 grama heroina koja je pronađena kod optuženog, da isti ne ostavlja štetne posledice, odnosno da se radi o neznatnim štetnim posledicama po zdravlje onog koji konzumira navedenu količinu heroina, te da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije. (Presuda Okružnog suda u Kraljevu K.68/08 od 15.10.2008. godine i presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.I 1045/09 od 8.9.2009. godine) – Bilten Okružnog suda u Kraljevu, broj 4/2009, Intermex, Beograd, Autor sentence: Olivera Bojovic, Sudija Okružnog suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

Iz sudske prakse: Delo malog značaja, u smislu odredbe čl. 18. KZ, postoji kada je stepen krivice učinioca nizak čime nije isključena mogućnost primene ovog instituta na krivična dela izvršena sa direktnim umišljajem ukoliko postoji niži stepen svesti o protivpravnosti preduzetih radnji. *Iz obrazloženja*: Presudom Osnovnog suda u Kruševcu, okrivljeni S.S. je oslobođen od optužbe da je, između ostalog, u periodu od 3.12.2009. godine do 16.06.2010. godine u Ćelijama, Grad Kruševac, na kp. Br. 2632/2 KO Ćelije, ...uračunljiv, pri čemu je bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje, a bio je svestan da je njegovo delo zabranjeno, kao investitor gradio objekte bez građevinske dozvole...", jer je sud našao da se radi o *delu malog značaja* u smislu odredbe čl. 18. KZ. U obrazloženju presude prvostepeni sud je utvrdio da je okrivljeni po rešenju građevinskog inspektora

U vezi sa dosad rečenim – postavljamo pitanje da li postoje i *bagatelni prekršaji*, gde nema svrhe da se primenjuju prekršajne sankcije?[7] Da li, na primer, može da bude bagatelan prekršaj, onaj za koji je propisana novčana kazne u iznosu od 1.000 dinara? Na osnovu odredaba Zakona o prekršajima odgovor je **ne**, jer takvo rešenje nije zakonodavac predvideo. U prekršajnom zakonodavstvu ne postoji delo malog značaja, kao osnov koji može da isključi protivpravnost, što znači i da ne postoji bagatelan prekršaj, te sudija mora učiniocu da izrekne sankciju. Dakle, sada se dolazi do rešenja da se može isključiti pritivpravnost ukoliko se učini određeno krivično delo, ali ne i ukoliko se učini prekršaj. Drugim rečima, krivično delo može biti *bagatelo*, ali ne i prekršaj.

2. POOŠTRAVANJE KAZNE

Pooštravanje kazne predstavlja izricanje strožije mere kazne od one koja je propisana za određeno krivično delo, u slučajevima i pod uslovima koji su predviđeni zakonom.[8] Pojedina krivična zakonodavstava u uporednom pravu propisuju pooštravanje kazne[9], ali ne i Krivični zakonik Republike Srbije. Aktueli KZ ne propisuje mogućnost pooštravanja kazne, ali je naše prethodno krivično zakonodavstvo takvu mogućnost predviđalo u pojedinim slučajevima. S tim u vezi, da bismo prikazali odnos krivičnog dela i prekršaja, zadržaćemo se na dva instituta kaznenog prava – na sticaju i produženom delu.

2.1. Sticaj dela

Krivični zakonik Republike Srbije propisuje (čl. 60): Ako je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više krivičnih dela za koja mu se istovremeno sudi, sud će prethodno utvrditi kazne za svako od tih dela, pa će za sva ta dela izreći jedinstvenu kaznu. Jedinstvenu kaznu sud će izreći po sledećim pravilima: 1) ako je za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdio kaznu zatvora od trideset do četrdeset godina izreći će samo tu kaznu; 2) ako je za krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora, povisiće najtežu utvrđenu kaznu, s tim da jedinstvena kazna *ne sme*

uklonio dva zida dimenzija 4 x 4 metra, kao i da je dve nadstrešnice, kao pomoćne objekte, koje su svedene na dimenzije 2,5 x 4 metra, okrivljeni u izvršnom postupku porušio po nalogu izvršitelja, te da je iz navedenog razloga stepen krivice okrivljenog nizak. (...) Presuda Osnovnog suda u Kruševcu, 7K-1292/12 od 25.10.2012. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, KŽ1-708/13 od 25.02.2013. godine) – Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu, broj 1/2014, Intermex, Beograd, sentencu priredila: Milevka Milenković, sudija Apelacionog suda u Kragujevcu. Izvor: elektronska baza podataka *Paragraf Lex*, na dan: 1.1.2016.

[7] O osnovima koji isključuju protivpravnost kod prekršaja vid. Stjepan Potočki, *Prekršajno pravo, Opći dio*, Zagreb, 1959, 48-53.

[8] Emir Ćorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, 2015, 159.

[9] Vid. *Ibid*., 159-160.

dostići zbir utvrđenih kazni, niti preći dvadeset godina zatvora;[10] 3) ako su za sva krivična dela u sticaju propisane kazne zatvora do tri godine, jedinstvena kazna *ne može biti veća* od deset godina zatvora; 4) ako je za krivična dela u sticaju utvrdio samo novčane kazne, izreći će jednu novčanu kaznu u visini zbira utvrđenih kazni, s tim da ona ne sme preći osamnaest miliona dinara, a ako je utvrdio samo novčane kazne u određenim iznosima (član 50), ona ne sme preći milion dinara odnosno deset miliona dinara kad su jedno ili više krivičnih dela izvršeni iz koristoljublja; 5) ako je za krivična dela u sticaju utvrdio samo kazne rada u javnom interesu, izreći će jednu kaznu rada u javnom interesu u *visini zbira*[11] utvrđenih časova rada, s tim da ona ne sme preći tristašezdeset časova, a vreme u kome se rad mora obaviti ne sme biti duže od šest meseci; 6) ako je za neka krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora, a za druga dela novčane kazne, izreći će jednu kaznu zatvora i jednu novčanu kaznu po odredbama tač. 2. do 4. ovog stava.[12]

---

[10] *Iz sudske prakse*: Izricanje jedinstvene kazne jednake zbiru pojedinačno utvrđenih kazni zatvora je prekoračenje ovlašćenja koje sud ima po zakonu i predstavlja povredu zakona na štetu okrivljenog. *Iz obrazloženja*: Nerazumljiva je odluka o utvrđivanju kazne zatvora i primeni odredbe čl. 60. Krivičnog zakonika, na šta i Osnovni javni tužilac u žalbi ukazuje, jer prvostepeni sud utvrđuje za dva krivična dela kazne zatvora u trajanju od po tri meseca i izriče uslovnu osudu kojom utvrđuje jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od šest meseci, a obzirom da je odredbom čl. 60. st. 2. tač. 2. Krivičnog zakonika predviđeno da u takvoj situaciji, pri odmeravanju kazne za delo u sticaju jedinstvena kazna ne sme dostići zbir utvrđenih kazni, pa je na opisani način prvostepeni sud prekoračio ovlašćenja koja ima po zakonu i povredio zakon na štetu okrivljenog u smislu čl. 369. st. 4. KZ. Presuda Osnovnog suda u Prokuplju 4.K.br. 1029/10 od 19.04.2010. godine i rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž.1.br.3005/10 od 27.01.2011. godine) – Bilten Apelacionog suda u Nišu, broj 2/2011, Intermex, Priredila: Vesna Stevanović, sudija Apelacionog suda u Nišu. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[11] *Iz sudske prakse*: Prema čl. 48 OKZ, novčana kazna za dela u sticaju se može izreći kumulativno. Prema čl. 60 KZ novčana kazna za dela u sticaju obavezno se izriče primenom sistema kumulacije. *Iz obrazloženja*: Ispitujući odluku o kaznama Okružni sud nalazi da je prvostepeni sud pravilno ocenio sve okolnosti koje utiču da kazna bude veća ili manja i da su izrečene novčane kazne odgovarajuće za ostvarenje svrhe kažnjavanja. Neosnovano se žalbom ukazuje da je navodno prvostepeni sud povredio odredbe Osnovnog krivičnog zakona o odmeravanju kazne kod sticaja krivičnih dela jer je izrečena novčana kazna dostigla zbir utvrđenih novčanih kazni. Naime, prema odredbi člana 48. stav 2. tačka 3 OKZ jedinstvena novčana kazna ne sme preći zbir utvrđenih kazni, što znači da može dostići zbir kao što je u ovom slučaju. *Primedba* dr Danila Nikolića – Samo kod novčane kazne po Krivičnom zakoniku može se primeniti sistem kumulacije. Krivični zakonik u čl. 60 st. 2 tač. 4 propisuje sistem kumulacije kod novčanih kazni utvrđenih u sticaju, s tim što je limitirana visina jedinstvene novčane kazne. Ovakvo rešenje u Zakoniku smatramo dobrim jer je ono na liniji zakonitosti i jednakosti građana pred zakonom, ne privileguje višestruke učinioce krivičnih dela. Presuda Opštinskog suda u Nišu K. 644/03 i Presuda Okružnog suda u Nišu, Kž. 479/05) – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, br. 23/2006, Intermex, Beograd, priredio: sudija Novica Stefanović. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[12] O tome kako se nakada određivala kazna u slučaju sticaja vid. Toma Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njenog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1865.* Beograd, 1967, 469-471; O sticaju i produženom delu vid. Tomica Delibašić, *Praktična primena Zakona o prekršajima – Pravna shvatanja kaznenog prava sa komentarom*, Beograd, 2008, 109-121.

S druge strane, Zakonom o prekršajima propisuje se (čl. 45): 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. Jedinstvena kazna izreći će se po sledećim pravilima: 1) ako je za sve prekršaje u sticaju utvrđena kazna zatvora, izreći će se *jedinstvena kazna zatvora*, koja ne može biti veća od devedeset dana; 2) 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; 3) ako je za sve prekršaje u sticaju utvrđena kazna rada u javnom interesu, izreći će se jedinstvena kazna rada u javnom interesu koja *ne može trajati duže od 360 časova*; 4) ako je za prekršaje u sticaju utvrđena kazna zatvora, a za druge prekršaje novčana kazna, izreći će se jedinstvena kazna zatvora i jedinstvena novčana kazna na način propisan u tač. 1) i 2) ovog stava.[13]

Naime, po Zakonu o prekršajima kazna zatvora ne može da traje duže od *šezdeset* dana, dok vidimo da se u slučaju sticaja može izreći i do *devedeset* dana. Dakle, u ovom slučaju ZP dozvoljava da se izrekne kazna iznad zakonskog maksimuma, i to uvećano za 1/2 od maksimalno zaprećene kazne zatvora koja se može izreći. Takođe, značajno je ukazati da se u ovom slučaju dani kazne zatvora samo sabiraju. Kada je reč o novčanoj kazni vidimo da se ona može *udvostručiti* u slučaju sticaja.[14] Da zaključimo, za učinjeno krivično delo u sticaju kazna zatvora ne može da se pooštri, ali zato može učiniocu prekršaja.

2.2. Produženo delo

Produženo krivično delo čini više istih ili istovrsnih krivičnih dela učinjenih u vremenskoj povezanosti[15] od strane istog učinioca koja predstavljaju celinu zbog

---

[13] Više o sticaju prekršaja vid. Emir Ćorović, *Prekršajno pravo (prema Zakonu o prekršajima iz 2013. godine) – autorizovana predavanja –*, Novi Pazar, 2015, 55-58.

[14] *Iz sudske prakse*: Prilikom odmeravanja jedinstvene novčane kazne za prekršaje učinjene u sticaju, sud će prvo odmeriti kaznu za svaki prekršaj pojedinačno, uzimajući u obzir olakšavajuće i oteževajuće okolnosti, a potom izreći jedinstvenu kaznu. Iz obrazloženja: „Apelacioni sud je ocenio kao neosnovane navode žalbe okrivljenog na izrečenu novčanu kaznu, našavši da je izrečena jedinstvena novčana kazna u iznosu od 34.000,00 dinara za predmetne prekršaje iz 331 stav 1 tačka 80 i čl.331 st.1 tač. 55 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima pravilno odmerena, i to tako što je prvostepeni sud prethodno utvrdio novčane kazne za svaki prekršaj ponaosob na način opisan u izreci ožalbene presude, pri čemu je cenio sve otežavajuće i olakšavajuće okolnosti,a na koje se i okrivljeni u svojoj žalbi poziva, u smislu čl. 42 Zakona o prekršajima, koje u potpunosti prihvata i ovaj sud, nalazeći da se istom postiže svrha specijalne i generalne prevencije.“ (Presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž 19424/2015 od 29.10.2015. godine). Izvor: elektronska baza podataka *Paragraf Lex*, na dan: 1.1.2016.

[15] *Iz sudske prakse*: Nema mesta konstrukciji produženog krivičnog dela ako ne postoji kontinuitet u radnjama okrivljenog. Presuda Vrhovnog suda Srbije u Beogradu br. Kž I 357/02 od

postojanja najmanje dve od sledećih okolnosti: istovetnosti oštećenog, istovrsnosti predmeta dela, korišćenja iste situacije ili istog trajnog odnosa, jedinstva mesta ili prostora izvršenja dela ili jedinstvenog umišljaja[16] učinioca.[17]

Prethodni Zakon o prekršajima nije uređivao institut produženog prekršaja,[18] dok se aktuelnim Zakonom o prekršajima u članu 46 uređuje ovaj institut, pod nazivom „prekršaj u produženom trajanju"[19]. Tako se propisuje: 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 okolnosti: istovetnosti oštećenog, istovrsnosti predmeta prekršaja, korišćenja iste situacije ili trajnog odnosa, jedinstva mesta ili prostora izvršenja prekršaja.[20] Međutim, ono što je nama bitnije tiče se kažnjavanja učinioca produženog prekršaja.[21] S tim u vezi, ZP propisuje da za produženi prekršaj *može se izreći*

16.04.2002. godine – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu, br. 8/2005, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[16] *Iz sudske prakse*: Jedinstvenost umišljaja kao jedan od fakultativnih uslova za postojanje produženog krivičnog dela iz čl. 61 KZ postoji ukoliko optuženi krivično delo krađe vrši kako bi obezbedio sredstva za kupovinu opojne droge, a istovrsnost predmeta ako delo krađe vrši obijanjem automobila i oduzimanjem radio i CD plejera i ostalih stvari koje se nalaze u vozilima. Presuda Opštinskog suda u Nišu K. 2728/06 i Presuda Okružnog suda u Nišu Kž. 1070/07 – sudija Novica Stefanović – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, br. 25/2007, Intermex, Beograd, autor sentence sudija Okružnog suda u Nišu Zoran Krstić. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[17] Čl. 61. st. 1 Krivičnog zakonika.

[18] Interesanto je videti jednu sudsku odluku, u kojoj je raspravljano o produženom prekršaju, iako tada važeći Zakon nije uređivao ovaj institut. *Sentenca*: Izricanjem kazne zatvora veća za prekršaje za jedno produženo delo prekršaja umesto izrečenih kazni sudije za prekršaje za tri dela prekršaja, veće nije učinilo povredu iz člana 82 Zakona o prekršajima koja se tiče izricanja strožije kazne po žalbi okrivljenog. *Iz obrazloženja*:"Vrhovni sud nalazi da je pri odlučivanju po žalbi kažnjenog, Veće za prekršaje u odnosu na radnje kažnjenog u narušavanju javnog reda i mira pravilno našlo da se radi o *produženom delu* iz člana 12 stav 1 Zakona o javnom redu i miru, a ne o tri prekršaja, kako je to našao prvostepeni organ za prekršaje. Pri odmeravanju kazne za taj prekršaj Veće za prekršaje je cenilo sve zakonom propisane okolnosti koje utiču na visinu i vrstu kazne, kako je to i obrazloženo u pravnosnažnom rešenju Veća, a kaznom koja je tim rešenjem izrečena za prekršaj iz člana 12 stav 1 Zakona o javnom redu i miru, nije povređena odredba člana 82 Zakona o prekršajima, kako se to neosnovano iznosi u zahtevu." (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Up. 359/99 od 2.2.2000. godine – Zbirka sudskih odluka Saveznog suda, Knjiga dvadeset sedma, Sveska I za 2001. godinu – str. 286). Izvor: elektronska baza podataka *Paragraf Lex*, na dan: 1.1.2016.

[19] Više o produženom prekršaju vid. Nataša Mrvić-Petrović, Ljubinko Mitrović, *Prekršajno pravo*, Banja Luka, 2007, 35; Ognjen Okiljević, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o prekršajima (savezni, republički i pokrajinski) sa teorijom, praksom i obrascima za postupak*, Beograd, 1979, 19.

[20] Čl. 46 st. 1 Zakona o prekršajima.

[21] *Iz sudske prakse*: Nema produženog dela prekršaja na strani pravnog lica kad radnje izvršenja prekršaja preduzimaju različita odgovorna lica u tom pravnom licu. *Iz obrazloženja*: Prvostepeni sud je primenio pravnu konstrukciju produženog prekršaja obuhvatajući više radnji izvršenja jednim prekršajem, pa je pravno lice oglasio krivim za prekršaj u produženom trajanju

kazna teža od propisane, ali ona ne sme preći dvostruku meru propisane kazne, niti najvišu meru kazne predviđene članom 45. stav 2. ovog zakona za odmeravanje kazni za prekršaje učinjene u sticaju.[22] Dakle, Zakonom o prekršajima dozvoljava se pooštravanje kazne i u slučaju produženog prekršaja, dok se Krivičnim zakonikom ne predviđa takva mogućnost.

3. USLOVNA OSUDA

Osnovna karakteristika uslovne osude jeste težnja za postizanjem maksimalnih rezultata u suzbijanju određenje vrste kriminaliteta uz minimalno angažovanje države.[23] Uslovnom osudom sud učiniocu krivičnog dela utvrđuje kaznu i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti, ako osuđeni za vreme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od jedne niti duže od pet godina (vreme proveravanja) ne učini novo krivično delo. [24] Uslovna osuda se može izreći kad je učiniocu utvrđena kazna zatvora u trajanju manjem od dve godine.[25] Za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna ne može se izreći uslovna osuda.[26] Vidimo da se Krivičnim zakonikom propisuje za koja se krivična dela može, odnosno za koja se ne može izreći uslovna osuda.[27]

---

pod tačkom 1 izreke i za prekršaj u produženom trajanju pod tačkom 2 izreke presude. *U žalbi* se ističe da je izreka pod ovim tačkama 1 i 2 trebalo da predstavlja samo jedan prekršaj u produženom trajanju. Međutim, radnje iz tačke 1 preduzeo je okrivljeni R. V. kao odgovorno lice u pravnom licu a radnje iz tačke 2 preduzelo je drugo odgovorno lice u pravnom licu – okrivljena M. D. Zbog toga nema osnova da se oba ta prekršaja smatraju jednim prekršajem u produženju. Presuda Višeg prekršajnog suda u Beogradu, Odeljenje u Novom Sadu, III-313, Prž. broj 24345/13 od 20. 12. 2013. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*. na dan: 5.4.2016.

[22] Vid. čl. 46 st. 5 Zakona o prekršajima.

[23] Stojanović, *op. cit*., 288.

[24] Čl. 65 st. 1 Krivičnog zakonika.

[25] Čl. 66 st. 1 Krivičnog zakonika.

[26] Čl. 66 st. 1 Krivičnog zakonika. Sud ne može okrivljenom izreći uslovnu osudu za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od 1 do 10 godina. Iz presude Apelacionog suda u Beogradu Kž.1-692/2011 od 27.06.2012. godine, kojom je preinačena presuda Osnovnog suda u Zaječaru K.1056/10 od 02.12.2010. godine, u delu odluke o krivičnoj sankciji, dok je u nepreinačenom delu prvostepena presuda potvrđena. Izvor: Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[27] *Iz sudske prakse*: Činjenice da je okrivljeni u vreme kada je uzgajao pet biljaka psihoaktivne konoplje bio star 18 godina, dakle bio je mlađe punoletno lice, te da do tada nije bio krivično osuđivan, jesu okolnosti koje ukazuju da se može očekivati da će upozorenje uz pretnju kazne (uslovna osuda) dovoljno uticati prema njemu da više ne vrši krivična dela. *Iz obrazloženja*: Presudom Višeg suda u Kraljevu 3K. 45/10 od 31.3.2010. godine optuženi je oglašen krivim što je u toku 2009. godine u Ruđincima, opština Vrnjačka Banja, svestan svoga dela, te da je zabranjeno, ali hoteći njegovo izvršenje, neovlašćeno uzgajao psihoaktivnu konoplju, tako što je neutvrđenog dana u neposrednoj blizini groblja u Ruđincima zasejao pet semenki indijske konoplje (Cannabis), a kada je iz njih izniklo pet biljaka kanabisa nastavio da ih neguje do 20.8.2009. godine kada su

S tim u vezi, sada se postavlja pitanje da li se i u činiocu prekršaja može izreći uslovna osuda umesto novčane kazne ili kazne zatvora. Odgovor na to pitanje je **ne**, jer Zakon o prekršajima ne propisuje, kao vrstu sankcije, uslovnu osudu. S obzirom na to da se za prekršaj retko propisuje samo kazna zatvora, već se po pravilu propisuje alternativno sa novčanom kaznom,[28] možda je to bio razlog da zakonodavac ne propiše uslovnu osudu. Međutim, ipak postoje pojedini prekršaji za koje je propisana samo kazna zatvora,[29] tako da se u tom slučaju kazna zatvora mora i izreći. Nije teško zaključiti da se prekršajno kažnjeno lice, u ovom slučaju kažnjava strožom sankcijom, u odnosu na učinioca krivičnog dela.[30]

bile visoke 1,2 metara, 1,2 metara, 1,1 metara, 0,8 metara i 0,5 metara, čime je učinio krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. st. 2. Krivičnog zakonika („Službeni glasnik RS“ br. 72/2009). Prema optuženom je izrečena uslovna osuda tako što mu je Sud utvrdio kaznu zatvora u trajanju od šest meseci koja se neće izvršiti pod uslovom da u roku od jedne godine od pravnosnažnosti presude ne izvrši novo krivično delo. (...) Presuda Višeg suda u Kraljevu 3K. 45/10 od 31.3.2010. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 1. 4201/10 od 22.10.2010. godine) – Bilten Višeg suda u Kraljevu, broj 4/2010, Intermex, Beograd, Autor sentence: Milan Davidović, sudija Višeg suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[28] Kazna zatvora, kao najteža prekršajna kazna, rijetko se propisuje kao isključiva kazna za prekršaje, nego redovno dolazi kao alternativna kazna uz novčanu kaznu. Potočki, *op. cit*., 57.

[29] Vid. čl. 16 st. 2 Zakona o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016.

[30] Interesanto je navesti da Zakon o prekršajima Republike Srpske u svom sistemu prekršajnih sankcije propisuje i uslovnu osudu – Zakon o prekršajima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/2014. Uslovnom osudom sud počiniocu utvrđuje kaznu i zaštitnu mjeru ili samo kaznu ili samo zaštitnu mjeru i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako kažnjeni, za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od šest mjeseci niti duže od godinu dana (vrijeme provjeravanja), ne počini novi prekršaj ili ispuni drugi uslov koji mu odredi sud. Sud će izreći uslovnu osudu kada ocijeni da se i bez izvršenja kazne može postići svrha kažnjavanja, naročito imajući u vidu odnos počinioca prema tom prekršaju ili prema oštećenom i da će nadoknaditi štetu prouzrokovanu prekršajem. Zaštitne mjere izrečene uz uslovnu osudu izvršavaju se. Uslovna osuda ne može se izreći odgovornom za prekršaj koji u Registru ima registrovanog duga (neplaćenih novčanih kazni i troškova prekršajnog postupka), a podatke iz Registra pribavlja sud po službenoj dužnosti, odnosno licu koje nije izdržalo ranije izrečenu kaznu zatvora. Čl. 55 Zakona o prekršajima Republike Srpske. Takođe i Zakon o prekršajima Republike Crne Gore propisuje i uslovnu osudu kao vrstu prekršajne sankcije. Zakon o prekršajima, *Službeni list Crne Gore*, broj 1/2011. Tekst Zakona dostupan na: http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag=%7B04562DA3-C0B9-4853-9DA9-8C9B8FC4CDF8%7D na dan: 1.3.2016. vid. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o prekršajima, *Službeni list Crne Gore*, broj 39/2011. Uslovnom osudom sud učiniocu utvrđuje kaznu i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni, za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od tri mjeseca niti duže od jedne godine (vrijeme provjeravanja), ne učini novi prekršaj ili ispuni drugi uslov koji mu odredi sud. (2) Izuzetno, uslovnom osudom sud može osuđenom utvrditi i zaštitnu mjeru zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti i istovremeno odrediti da se ona neće izvršiti ako, za vrijeme koje odredi sud, a koje ne može biti kraće od tri mjeseca ni duže od jedne godine (vrijeme provjeravanja), ne učini novi prekršaj ili ispuni drugi uslov koji mu odredi sud. (3) Sud će izreći uslovnu osudu kad ocijeni da se i bez izvršenja kazne može postići svrha kažnjavanja, naročito imajući u vidu

4. IZVRŠENJE KAZNE ZATVORA BEZ NAPUŠTANJA PROSTORIJA U KOJIMA OSUĐENI STANUJE

„Savremen" način izvršenja kazne zatvora sastoji se u tome da osuđeno lice ne izdržava kaznu zatvora u kaznenom zavodu, već u prostorijama u kojma stanuje. Naše krivično zakonodavstvo 2009. godine uvodi mogućnost da osuđeno lice kaznu zatvora izdržava u prostorijama u kojima stanuje.[31] S tim u vezi, Krivični zakonik propisuje „ako učiniocu krivičnog dela izrekne kaznu zatvora do jedne godine, sud može istovremeno odrediti da će se ona izvršiti tako što će je osuđeni *izdržavati u prostorijama u kojima stanuje* ukoliko se s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje posle učinjenog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinio može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja".[32] Takođe, Krivičnim zakonikom se propisuje i da osuđeni (...) ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Ukoliko osuđeni jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje, sud će odrediti da ostatak kazne zatvora izdrži u zavodu za izvršenje kazne zatvora.[33]

---

odnos učinioca prema tom prekršaju ili prema oštećenom i da će naknaditi štetu prouzrokovanu prekršajem. Čl. 35 Zakona o prekršajima Republike Crne Gore.

[31] Više o ovakvom načinu izvršenja kazne vid. Ćorović, *op. cit.*, 90-93.

[32] Čl. 45 st. 5 Krivičnog zakonika. *Iz sudske prakse*: Prilikom donošenja odluke o tome da li će odrediti da se osuda na kaznu zatvora do jedne godine izvrši u prostorijama u kojima osuđeni stanuje sud vodi računa o svrsi kažnjavanja, odnosno, da li će se, ukoliko bi se osuđenom izašlo u susret da se ova kazna zatvora izvrši u prostorijama u kojima stanuje, prema njemu postići svrha kažnjavanja da ubuduće ne čini krivična dela (individualna prevencija), uticati na druge da ne čine krivična dela (generalna prevencija), najzad, da li će se ovakvom odlukom postići izražavanje društvene osude za krivično delo za koje je oglašen krivim, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona. (Rešenje Osnovnog suda u Kraljevu Ik. 266/10 od 19.1.2011. i rešenje Višeg suda u Kraljevu Su. VIII 43/11-3 od 4.2.2011) – Bilten Višeg suda u Kraljevu, broj 1/2011, Intermex, Autor sentence: Milan Davidović, sudija Višeg suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[33] Čl. 45 st. 6 Krivičnog zakonika. S tim da ovo lice može biti i pod elektronskim nadzorom. Sud je dužan da u pravnosnažnoj presudi odredi da li će se kazna kućnog zatvora izvršiti *sa ili bez* primene elektronskog nadzora. *Iz sudske prakse*: Kada prvostepeni sud ne označi u pravnosnažnoj presudi da li će se kazna kućnog zatvora izvršavati sa ili bez primene elektronskog nadzora, nadležan prvostepeni sud je dužan da se bez odlaganja izjasni o načinu izvršenja kazne. Zaključak usvojen na sednici Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Nišu, održanoj dana 23, 24. i 25.09.2014. godine, usaglašeni sa zaključcima Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda na sastanku Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Nišu dana 01.12.2014. godine. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

Sud je dužan da u pravnosnažnoj presudi odredi da li će se kazna kućnog zatvora izvršiti sa ili bez primene elektronskog nadzora. Kada prvostepeni sud ne označi u pravnosnažnoj presudi da li će se kazna kućnog zatvora izvršavati sa ili bez primene elektronskog nadzora, nadležan prvostepeni sud je dužan da se bez odlaganja izjasni o načinu izvršenja kazne. (Zaključak usvojen na

Dakle, vidimo da osuđeno lice na kaznu zatvora do jedne godine može kaznu zatvora da izdržava u svom stanu. Ovakvo naše zakonsko rešenje je u skladu sa savremenim penološkim shvatanjem, koje se ogleda u tome da nije potrebno svako osuđeno lice upućivati da kaznu zatvora izdržava u kaznenom zavodu.

Međutim, prema aktuelnom Zakonu o prekršajima, prekršajno kažnjeno lice kojem je izrečena kazna zatvora, mora kaznu zatvora da izdržava u zavodu u kojoj se izvršava kazna zatvora. Dakle, *argumentum a contrario*, prekršajno kažnjeno lice ne može da kaznu zatvora izdržava u svom stanu. Sada dolazimo i do rešenja da prekršajno kažnjeno lice koje je osuđeno i minimalnom kaznom zatvora, istu mora da izdržava u zavodu, dok osuđeno lice zbog učinjenog krivičnog dela može da izdržava kaznu u svojoj kući. Posmatrano iz ugla izvršenja kazne, u ovom slučaju, učinilac krivičnog dela je u povoljnijem položaju u odnosu na učinioca prekršaja.

5. USLOVNI OTPUST

Jedan od načina da osuđeno lice ranije izađe na slobodu postoji u slučaju dobijanja uslovnog otpusta. Uslovni otpust suspenduje kaznu zatvora i u tom pogledu ima slično dejstvo kao i uslovna osuda.[34] Da bi osuđeno lice moglo da dobije uslovni otpust potrebno je da se ispune određeni uslovi u pogledu visine izdržane kazne i njegovog vladanja u zavodu u kojoj se izdržava kazna zatvora. Članom 46. Krivičnog zakonika uređuju se pravila o dobijanju uslovnog otpusta.[35]

sednici Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Nišu, održanoj dana 23, 24. i 25.09.2014. godine, usaglašeni sa zaključcima Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda na sastanku Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Nišu dana 01.12.2014. godine). Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[34] Stojanović, *op. cit*., 258.

[35] Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud će uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne, ako se u toku izdržavanja kazne tako popravio da se može sa osnovom očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo. Pri oceni da li će se osuđeni uslovno otpustiti uzeće se u obzir njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, izvršavanje radnih obaveza, s obzirom na njegovu radnu sposobnost, kao i druge okolnosti koje pokazuju da je u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja. Ne može se uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. (2) Ukoliko ispunjava uslove iz stava 1. ovog člana, sud može uslovno otpustiti osuđenog: – koji izdržava kaznu zatvora od 30 do 40 godina; – koji je osuđen za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 370. do 393a), krivična dela protiv polne slobode (čl. 178. do 185b), krivično delo nasilje u porodici (član 194. st. 2. do 4), krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. stav 4), krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 305. do 321), krivično delo primanje mita (član 367) i krivično delo davanje mita (član 368); – koji je osuđen od strane nadležnih sudova, odnosno njihovih posebnih odeljenja, u postupcima vođenim u skladu sa nadležnošću određenom Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela; – koji je više od tri puta pravnosnažno osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje ili ne postoje uslovi

Dakle, osuđena lica zbog učinjenog krivičnog dela, mogu, primenom instituta uslovnog otpusta da se ranije nađu na slobodi. Sada se postavlja pitanje – da li prekršajno kažnjena lica mogu da dobiju uslovni otpust? Odgovor je **ne**.[36] Naime, aktuelni Zakon o prekršajima ne predviđa uslovni otpust. Nekada važeći Zakon o prekršajima[37] omogućavao je dobijanje uslovnog otpusta, tako je bilo propisano (član 308a) da kažnjeni kome je u prekršajnom postupku izrečena kazna zatvora u trajanju od najmanje trideset dana, i koji je izdržao najmanje polovinu izrečene kazne, ima pravo na podnošenje molbe za uslovni otpust.[38]

Ako se na izdržavanju kazne zatvora nalaze dva lica, jedan koji je osuđen na kaznu zatvora od tri meseca (zbog učinjenog krivičnog dela), i drugo lice koje je kažnjeno kaznom zatvora od 90 dana (zbog učinjenog prekršaja), postoji mogućnost da osuđeno lice zbog učinjenog krivičnog dela ranije izađe iz zavoda u kojem izdržava kaznu zatvora, ali takva mogućnost ne postoji i za prekršajno kažnjeno lice. Naime, učinilac krivičnog dela može nakon izdržane 2/3 kazne zatvora[39] (u našem

za brisanje neke od osuda. (3) Sud može u odluci o uslovnom otpustu odrediti da je osuđeni dužan da ispuni obaveze predviđene krivičnopravnim odredbama. (4) U slučaju iz st. 1. i 2. ovog člana, ako uslovni otpust ne bude opozvan, smatra se da je osuđeni izdržao kaznu.

[36] *Iz sudske prakse*: Ne postoji zakonska mogućnost uslovnog otpusta lica koje je na izdržavanju kazne zatvora zbog izvršenog prekršajnog dela. *Iz obrazloženja*: Predsednik prekršajnog suda je pravilno postupio kada je molbu kažnjenog za uslovni otpust odbacio kao nedozvoljenu s obzirom na to da u Zakonu o prekršajima nije propisana ustanova uslovnog otpusta, niti je ima u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija u delu koji se odnosi na izvršenje sankcija izrečenih za prekršaj. Rešenje Prekršajnog apelacionog suda u Beogradu, VIII Su broj 48/14-324-1 od 11. 8. 2014). Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[37] *Sl. glasnik SRS*, br. 44/89 i „Sl. glasnik RS“, br. 21/90, 11/92, 6/93 – odluka USRS, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97 – odluka USRS, 36/98, 44/98 i „Sl. list SRJ“, br. 62/2001 – odluka SUS i „Sl. glasnik RS“, br. 55/2004.

[38] *Iz sudske prakse*: Ukoliko uslovni otpust na koji je osuđeni *rešenjem organa za prekršaje* uslovno otpušten sa izdržavanja kazne zatvora, koja mu je rešenjem organa za prekršaje bila utvrđena, nije opozvan, smatra se da je osuđeni izdržao kaznu i isti se ima uračunati u izrečenu kaznu zatvora za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja. *Iz obrazloženja:* Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je osuđeni Đ.D., rešenjem organa za prekršaje Up. br. 6978/04 od 13.12.2006. godine uslovno otpušten sa izdržavanja kazne zatvora koja mu je rešenjem pod istim brojem od 26.9.2005. godine utvrđena u trajanju od 30 dana, a uslovno otpušten četiri dana pre isteka roka ukupne kazne. (Rešenje Opštinskog suda u Kraljevu K. br. 652/08 od 27.3.2008. godine Rešenje Okružnog suda u Kraljevu Kž. br. 320/08 od 29.5.2008. godine) – Bilten Okružnog suda u Kraljevu br. 3/2008, Intermex, Beograd, autor sentence: Radojka Bažalac, sudija Okružnog suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

[39] Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud će uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne, ako se u toku izdržavanja kazne tako popravio da se može sa osnovom očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo. Pri oceni da li će se osuđeni uslovno otpustiti uzeće se u obzir njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, izvršavanje radnih obaveza, s obzirom na njegovu radnu sposobnost, kao i druge okolnosti koje pokazuju da je u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja. Ne može se uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Čl. 46 st. 1 KZ.

primeru posle dva meseca) da dobije uslovni otpust, i da na taj način „odsluži svoju kaznu“[40], dok učinilac prekršaja mora da svih 90 dana provede u ustanovi u kojoj se izvršava kazna zatvora. Više je nego jasno da je u povoljnijem položaju osuđeno lice zbog učinjenog krivičnog dela, u odnosu na prekršajno kažnjeno lice.

6. AMNESTIJA I POMILOVANJE

Amnestijom i pomilovanjem se nastoji postići ne samo kriminalno-politički, već i određeni politički ciljevi. Oni predstavljaju politički akt koji se dodeljuje od strane najviših organa državne vlasti (parlamenta, odnosno šefa države).[41] U našoj državi amnestiranje učinilaca krivičnih dela, nije baš ni retkost.[42] Za potrebe ovog rada samo ćemo se zadržati na odredbu jednog Zakona o amnestiji iz 2012. godine, gde se u članu 1. propisuje „oslobađaju se od izvršenja 25% izrečene kazne zatvora lica pravnosnažno osuđena za krivična dela koja su propisana zakonima Republike Srbije ili su bila propisana zakonima koji su prestali da važe, a koja se na dan stupanja na snagu ovog zakona nalaze na izdržavanju kazne zatvora u Republici Srbiji ili još nisu stupila na izdržavanje kazne zatvora ili čiji premeštaj je radi izdržavanja te kazne izvršen u inostranstvu. *Lica iz stava 1. ovog člana prvi put pravnosnažno osuđena na kaznu zatvora do tri meseca oslobađaju se od izvršenja kazne zatvora u celini,* a ona prvi put pravnosnažno osuđena na kaznu zatvora od tri do šest meseci oslobađaju se od izvršenja 50% izrečene kazne zatvora“.

Zadržaćemo se samo na deo koji se tiče oslobođena od izvršenja kazne zatvora u celini. Vidimo da se ovim Zakonom prvi put pravnosnažno osuđena lica na kaznu zatvora do tri meseca oslobađaju kazne zatvora u celini. S druge strane, prekršajno kažnjena lica bez obzira na izrečenu kaznu zatvora morala su da izdržavaju kaznu zatvora u zavodu za izvršenje kazne zatvora.[43] Dakle, prekršajno

---

[40] Pod uslovnom da se uslovni otpust ne opozove.

[41] Stojanović, *op. cit*., 327.

[42] Vid. Zakon o amnestiji, *Sl. list SRJ*, br. 28/96; Zakon o amnestiji, *Sl. list SRJ*, br. 9/2001; Zakon o amnestiji, S*l. glasnik RS*, br. 10/2001; Zakon o amnestiji, *Sl. list SRJ*, br. 37/2002; Zakon o amnestiji, *Sl. glasnik RS*, br. 33/2006; Zakon o amnestiji, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2010; Zakon o amnestiji, *Sl. glasnik RS*, br. 107/2012.

[43] *Iz sudske prakse*: Odredbe čl. 2. Zakona o amnestiji *ne odnosi* se na lica pravosnažno osuđena u prekršajnom postupku. S tim u vezi vid. *Iz obrazloženja*: *Rešenjem prekršajnog suda odbijen je zahtev kažnjenog NN za oslobađanje od izdržavanja kazne zatvor*a. Protiv prvostepene presude žalbu je izjavio kažnjeni u kojoj navodi da je po stupanju na snagu Zakona o amnestiji od prvostepenog prekršajnog suda zatražio da donese rešenje o oslobađanju od kazne zatvora u trajanju od 5 dana, koja mu je određena kao zamena za neplaćenu novčanu kaznu, međutim prvostepeni sud je odbio njegov zahtev pozivajući se na čl. 1. Zakona o amnestiji, a u čl. 2. istog zakona navedeno je na koja osuđena lica se odnosi amnestija, pa smatra da prvostepeni sud nije dobro postupio i predlaže da se pobijano rešenje poništi i da se donese rešenje kojima se oslobađa od kazne zatvora. Viši prekršajni sud je razmotrio izjavljenu žalbu, pobijano rešenje i spise vođenog postupka u

kažnjena lica nisu amnestirana. Nije teško doći do zaključka da su u ovom slučaju „*teže prošli*“ učinioci prekršaja, nego učinioci krivičnih dela. Prema Ustavu Republike Srbije, Narodna skupština daje amnestiju za krivična dela,[44] ali ne i za prekršaje.

Takođe, isti je slučaj i kada je reč o pomilovanju. Pomilovanje daje predsednik Republike, ali se ono ne može odnositi i na učinioce prekršaja.[45]

7. PRINUDNA NAPLATA IZREČENE NOVČANE KAZNE

Novčana kazna, kao kazna koja se, po pravilu, najčešće izriče učiniocima prekršaja, izvršava se nakon što odluka postane pravnosnažna i izvršna.[46] Neretko se dešava da učinilac krivičnog dela ili prekršaja nema ili ne želi da plati izrečenu kaznu zatvora. Krivični zakonik poznaje *dva sistema novčane kazne* tako što novi sistem, koji naziva naovčanom kaznom u dnevnim iznosima (čl.49) po-

---

vezi žalbenih navoda, pa je našao da je žalba neosnovana. Prvostepeni sud je pravilno odbio zahtev kažnjenog NN za oslobađanje od izdržavanja kazne zatvora u trajanju od 5 dana, dajući u pogledu svoje odluke jasne i valjane razloge, koje i ovaj sud prihvata. Naime, Zakon o amnestiji („Sl. glasnik RS“ br. 107/2012 od 09.11.2012. godine) koji se primenjuje od 17.11.2012. godine, ne *odnosi se na pravosnažno osuđena lica za prekršaje*, već isključivo na pravosnažno osuđena lica za krivična dela koja su propisana zakonima Republike Srbije ili su bila propisana zakonima koji su prestali da važe, a koja se na dan stupanja na snagu ovog zakona nalaze na izdržavanje kazne zatvora u Republici Srbiji, ili još nisu stupila na izdržavanje kazne zatvora, ili čiji je premeštaj radi izdržavanja te kazne izvršen u inostranstvu. Odredbe čl. 2. Zakona o amnestiji kojima je propisano koja lica pravosnažno osuđena ne podležu amnestiji ne odnose se na lica pravosnažno osuđena za prekršaje, niti na lica kojima je neplaćena novčana kazna za prekršaj zamenjena u kaznu zatvora, te je ovaj sud našao da je žalba kažnjenog neosnovana. (Rešenje Višeg prekršajnog suda 306 Prži.1157/13 od 09.04.2013. godine) – iz „Zbornika sudske prakse“ – Udruženja sudija prekršajnih sudova, jun 2013. godine, Pripremila: Svetlana Stanković, sudija Višeg prekršajnog suda. Dostupno na: http://www.usudprek.org.rs/pub/download/Zbornik%20sudske%20prakse.pdf na dan: 17.1.2016.

[44] Vid. čl. 99 Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

[45] Čl. 112 Ustava Republike Srbije. Zakon o pomilovanju*, Službeni glasnik RS*, br. 49/95, 50/95. u čl. 1 propisuje se „pomilovanje za *krivična dela* propisana zakonima Republike Srbije daje predsednik Republike Srbije“. Interesanto je navesti da je u Repbulici Srpskoj donet Zakon o amnestiji prekršaja, kojim se oslobađa od prekršajnog kažnjavanja, potpuno ili djelimično oslobađanje od izrečene kazne, neizvršenog dijela kazne i novčane kazne zamijenjene u kaznu zatvora (...), svim fizičkim i pravnim licima koja su do dana stupanja na snagu ovog zakona, počinila prekršaje. Zakon o amnestiji prekršaja, *Službeni glasnik RS*, br. 64/06, 14/06/2006. Tekst Zakona dostupan na: http://www.udruzenjepravnika.org/dokumenti.html na dan: 17.1.2016.

[46] Više o novčanoj kazni vid. Žan Pradel, *Komparativno krivično pravo – sankcije*, Beograd, 2009, 29-34. (prevod: prof. dr Obrad Perić); O novčanoj kazni i njenom izvršenju u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu vid. *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika* (pod opštom redakcijom Moše Pijade), Beograd, 1948, 165-170; Metod Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije,* Zagreb, 1930, 93-97

stavlja kao primaran, a stari sistem (novčana kazna u određenom iznosu) postavlja kao supsidijaran (čl. 50).[47] S druge strane, Zakon o prekršajima propisuje samo sistem kazni u određenom iznosu[48], tako da i siromašani i bogati plaćaju isti novčani iznos kazne.

Ukoliko učinilac krivičnog dela ne plati novčanu kaznu ista se zamenjuje kaznom zatvora ili kaznom radu u javnom interesu.[49] Ako osuđeni ne plati novčanu kaznu u određenom roku, sud će novčanu kaznu zameniti kaznom zatvora, tako što će za svakih započetih hiljadu dinara novčane kazne odrediti jedan dan kazne zatvora, s tim da kazna zatvora ne može biti duža *od šest meseci*, a ako je izrečena novčana kazna u iznosu većem od sedamsto hiljada dinara, kazna zatvora ne može biti duža *od jedne godine*.[50] Neplaćena novčana kazna može se, umesto kaznom zatvora, zameniti kaznom rada u javnom interesu tako što će za svakih započetih hiljadu dinara novčane kazne odrediti osam časova rada u javnom interesu, s tim da rad u javnom interesu ne može biti duži od tristašezdeset časova.[51]

S druge strane, Zakon o prekršajima propisuje da novčanu kaznu koju kažnjeno fizičko lice, preduzetnik ili odgovorno lice u pravnom licu ne plati (u celini ili delimično), sud može zameniti kaznom zatvora tako što se za svakih započetih 1.000 dinara određuje jedan dan zatvora, s tim što kazna zatvora ne može trajati kraće od jednog dana ni duže od šezdeset dana.[52] Ako je pored novčane kazne kažnjenom licu bila izrečena i kazna zatvora, zatvor kojim se zamenjuje neplaćena novčana kazna i izrečena kazna zatvora ne mogu trajati duže od *devedeset* dana.[53] Ako sud oceni opravdanim, s obzirom na težinu prekršaja, visinu neplaćene novčane kazne i imovinske mogućnosti osuđenog sud može, umesto kazne zatvora, odrediti da se neplaćena novčana kazna zameni radom u javnom interesu, s tim što osam sati rada zamenjuje jedan dan zatvora, odnosno 1.000 dinara novčane kazne, a rad ne može da traje duže od 360 sati.[54] Međutim, ako se na ovaj način ne naplati izrečena novčana kazna, ostatak se *prinudno* naplaćuje.[55]

---

[47] Stojanović, *op. cit.*, 262.

[48] S tim da se za prekršaje može propisati i kazna u fiksnom iznosu, koja opet isto pogađa i bogate i siromašne.

[49] Više o izvršenju novčane kazne izrečene zbog učinjenog prekršaja vid. Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd, 2014, 118-119.

[50] Čl. 51 st. 2 Krivičnog zakonika.

[51] Čl. 51 st. 3 Krivičnog zakonika. Nekad se kod nas i novčana kazna izrečena učiniocu krivičnog dela prinudno naplaćivala. Vid. Franjo Bačić, Ljubo Bavcov, Miroslav Đorđević, Božidar Kraus, Ljubiša Lazarević, Miomir Lutovac, Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike jugoslavije*, Beograd, 1982, 186-188.

[52] Čl. 41 st. 1 Zakona o prekršajima.

[53] Čl. 41 st. 2 Zakona o prekršajima.

[54] Čl. 41 st. 3 Zakona o prekršajima.

[55] O izvršenju novčane kazne koje su izrečene zbog učinjenog prekršaja vid. Milan Brkić, Jovo Crnogorčević, *Osnovni zakon o prekšajima sa komentarom*, Beograd, 1963, 46-49; Milorad

Na osnovu ovakvog rešenja zakonodavca novčana kazna se prvo zamenjuje kaznom zatvora, a eventualni „o*statak*“ novčane kazne koji se nije mogao zameniti prinudno se naplaćuje.[56]

Da zaključimo, ostatak novčane kazne koji ne može da se naplati od učinioca krivičnog dela „propada“[57], dok takva mogućnost ne postoji kada je reč o prekršajno kažnjenom licu, jer se on prinudno naplaćuje.

Vučković, Negoslav Ocokoljić, *Osnovni zakon o prekršajima sa komentarom i posebnim saveznim propisima o prekršajima*, Beograd, 1959, 35-38.

[56] Deo neplaćene novčane kazne koji nije mogao biti zamenjen kaznom zatvora ili radom u javnom interesu, naplaćuje se prinudno, vid. čl. 41 st. 4 ZP. Ovakav način naplate nije novina u prekršajnom pravu. Vid. Milorad Vučković, Negoslav Ocoković, *Osnovni zakon o prekršajima, sa komentarom i posebnim saveznim propisima o prekršajima*, Beograd, 1960, 35; O prinudnoj naplati novčane kazne vid. Э. G. Lipatov i S. E. Čannov (redakc.), *Posmamejnый kommenmarij k kodeksu RF ob adminismramivnыh nravonarushenijah*, Moskva, 2008, 527-528. *Iz sudske prakse*: *Sentenca:* Kada je u odluci organa uprave nepravilno određeno da će se neplaćena novčana kazna fizičkom licu naplatiti prinudnim putem i takva odluka postane pravnosnažna i izvršna, a sud zatim donese rešenje i njime izrečenu kaznu zameni u kaznu zatvora, čini povredu materijalnog prava na štetu kažnjenog. *Iz obrazloženja*: “Kako je u pravnosnažnoj i izvršnoj odluci Poreske uprave navedeno da će se kazna, ukoliko ne bude uplaćena u roku, izvršiti prinudnim putem (na koji način je u stvari učinjena povreda materijalnog prava u korist okrivljenog jer se fizičkom licu kazna u označenom iznosu ne izvršava prinudno već zamenom u kaznu zatvora ili u rad u javnom interesu), prekršajni sud je donošenjem rešenja o zameni novčane kazne u zatvorsku, iako bi ono inače bilo pravilno, u ovom slučaju na štetu kažnjenog povredio materijalno pravo iz člana 235. stav 1. tačka 4) u vezi sa članom 37. Zakona o prekršajima (dalje: Zakon) – pravnosnažna odluka predstavlja izvršni naslov te se način izvršenja sankcije kako je u njoj određen ne može kasnije menjati. Osim toga, iz spisa proizilazi da uslova za bilo koji način izvršenja rešenja Poreske uprave (prinudni, zamenom u kaznu zatvora) zapravo nije ni bilo jer je novčana kazna plaćena dobrovoljno istog dana kada je odluka Poreske uprave postala pravnosnažna tj. 4. novembra 2011. godine, što znači znatno pre datuma prosleđivanja pomenutog rešenja na nadležnost Prekršajnom sudu u B. i pre donošenja rešenja o zameni novčane kazne u zatvorsku. S obzirom na to da je na navedenu činjenicu osnovano ukazano žalbenim navodima a da se o povredi materijalnog prava vodi računa i shodno članu 241. Zakona, ožalbena odluka je ukinuta uvažavanjem navoda kažnjenog i po službenoj dužnosti – kao nepravilno rešenje se odstranjuje iz pravnog života a postupak izvršenja faktički obustavlja.“ (Rešenje Višeg prekršajnog suda, Prži. 3063/2013 od 28.10.2013. godine). Izvor: elektronska baza podataka *Paragraf Lex*, na dan: 1.1.2016.

[57] *Iz sudske prakse*: Za neplaćenu novčanu kaznu izrečenu po Krivičnom zakonu Republike Srbije posle stupanja na snagu Krivičnog zakonika primenjuje se odredba 51. KZ. *Iz obrazloženja*: Prvostepenim rešenjem osuđenom je izrečena novčana kazna u iznosu od 8.000 dinara s tim što će se ona u slučaju nenaplativosti zameniti kaznom zatvora u trajanju od 40 dana na osnovu čl. 39. st. 3. KZS. Protiv rešenja o zameni novčane kazne uložio je žalbu osuđeni pa je okružni sud našao da treba preinačiti rešenje opštinskog suda tako što se neplaćena novčana kazna u iznosu od 8.000 dinara po KZ zamenjuje kaznom zatvora u trajanju od 8 dana. Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 76/06 od 25. januara 2006. i rešenja Opštinskog suda u Obrenovcu Kv. 205/05 od 18. oktobra 2005. godine) – Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 72/2006, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 5.4.2016.

UMESTO ZAKLJUČKA

Maćehinski odnos od strane zakonodavca prema aktuelnom Zakonu o prekršajima, ali i prethodnim zakonima koji su uređivali ovu oblast jeste za svaku kritiku. Mi smo i u ranijim našim radovima ukazivali na pojedine, između ostalih, loše, nedorečene, nelegitimne i kontradiktorne odredbe aktuelnog Zakona.

Na osnovu analize pojedinih istituta iz Krivičnog zakonika i Zakona o prekršajima, mi smo u radu ukazali kako učinilac prekršaja „*trpi teže posledice*" nego učinilac krivičnog dela. U radu smo ukazali samo na nekoliko instituta, ali ćemo u nastavku našeg rada o ovoj problematici, u našim budućim radovima, analizirati i ostale odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog karaktera, sa istim ciljem kao i u ovom radu – da ukažemo da prekršaji nisu „bagatelna dela".

S obzirom na težinu prekršajnih sankcija i njenih posledica, po prekršajno kažnjeno lice, potrebno je da se veća pažnja posveti i prilikom propisivanja konkretnih prekršaja zakonima, a posebno odlukama lokalnog karaktera.

Ivan D. Milić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs

Is a Crime always the Most Serious Unlawful Act? (Part I)

Abstract: *In the Republic of Serbia there are three kinds of unlawful acts: crimes, misdemeanours and economic offences. The Criminal Code prescribes that a crime is an act which is foreseen as such by law, which is illegal and for which guilt has been established. The legislator has, with the Misdemeanour Law, prescribed that a misdemeanour is an illegal act, prescribed by law or another act by the competent body and for which a misdemeanour sanction is prescribed. The Law on Economic Offences prescribes that an economic offence constitutes a harmful breaking of the rules of economic or financial legislation which has caused or might have caused serious consequences and which has, by an act of the competent body been prescribed as an economic offence. According to, above all, the social danger and prescribed sanctions, crimes are the most serious unlawful acts, in comparison to misdemeanours and economic offences.*

The author's goal in this work is to highlight that the responsibility for a crime is not necessarily the most serious form of penal liability. The responsibility for a misdemeanour, in certain cases, can be more serious for the offender, than the responsibility for a crime. In the work articles of the Criminal Code and the Misdemeanour Law are pointed out, based on which the author draws the conclusion that the responsibility for a committed crime can in certain cases be „milder" for the offender, in comparison to the responsibility for a misdemeanour.

Keywords*: crime, misdemeanour, Criminal Core, Misdemeanour Law.*

Datum prijema rada: 15.11.2016.

Pregledni članak 351.853:349.412.2
doi:10.5937/zrpfns50-12421

Sloboda D. Midorović, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

SAVESNOST U KONTEKSTU RESTITUCIJE KULTURNIH DOBARA*

***Sažetak**: U radu su analizirana međunarodna i nadnacionalna pravila o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara. Ukazano je na odstupanja od opštih pravila o savesnosti iz ugla sticanja prava svojine od nevlasnika i sticanja prava svojine održajem. Umesto da, u kumulaciji sa drugim uslovima, omogući sticanje prava svojine, savesnost sticaocu ukradenog i nezakonito izvezenog kulturnog dobra može da obezbedi samo pravo na pravičnu naknadu. Napuštena je pretpostavka savesnosti i teret njenog dokazivanja prebačen je na držaoca kulturnog dobra. Istovremeno su pooštreni kriterijumi na osnovu kojih se savesnost procenjuje. U slučajevima besteretnog sticanja, savesnost pravnog sledbenika je uslovljena savesnošću njegovog pravnog prethodnika. Na taj način je onemogućeno da sukcesor potražuje pravičnu naknadu ukoliko ona ne bi pripala ni njegovom pravnom prethodniku. U radu je, takođe, ispitano u koje su izvore i na koji način pojedine države članice Evropske unije inkorporisale u svoja zakonodavstva rešenja o savesnosti sadržana u Direktivi 2014/60/EU. Na osnovu toga predočene su mogućnosti za harmonizaciju prava Republike Srbije sa izloženim nadnacionalnim pravilima.*

***Ključne reči:** kulturna dobra, restitucija, savesnost, teret i način dokazivanja, implementacija.*

1. UVOD

Kulturna dobra su stvari i tvorevine od opšteg interesa koje, bez obzira na svojinski oblik, uživaju poseban tretman i zaštitu u skladu sa zakonom.[1] Zbog svojih naročitih svojstava, kulturna dobra potpadaju pod poseban pravni režim koji, između

---

* Rad je zasnovan na rezultatima istraživanja sprovedenim prilikom izrade završnog rada na master studijama pod naslovom *Upotreba i zaštita kulturnih dobara – građanskopravni aspekti* odbranjenog na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu juna 2016. godine.

[1] Vid. čl. 2 st. 1 Zakona o kulturnim dobrima, *Službeni glasnik RS*, br. 71/94, 52/2011, 99/2011.

ostalog, karakterišu izuzeci od opštih pravila. Navedena konstatacija odnosi se i na međunarodna i nadnacionalna pravila o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara, naročito u pogledu njenog pravnog značaja, tereta i načina dokazivanja.

Iako od savesnosti zavisi raspravljanje brojnih pravnih pitanja, u radu će ona biti analizirana iz ugla sticanja prava svojine od nevlasnika i sticanja prava svojine održajem. Na navedene načine sticanja svojine se u praksi redovno pozivaju sticaoci ukradenih, nezakonito iskopanih i izgubljenih pokretnih kulturnih dobara u cilju da izdejstvuju odbijanje zahteva za njihovu restituciju. U tu svrhu, pribaviocima kulturnih dobara pogoduju razlike u pravilima o sticanju svojine od nevlasnika u pojedinim jurisdikcijama.[2] Preduzimanjem radnji koje vode prenosu prava svojine na pokretnoj stvari na teritoriji zemlje koja propisuje najblaže uslove za sticanje svojine od nevlasnika, pribavioci kulturnih dobara uspevali su da obezbede imunitet od restitucionih zahteva.[3] Ovakav razvoj događaja podstakao je reakciju međunarodnih i regionalnih aktera čiji je ishod bio revidiranje opštih pravila o savesnosti pri sticanju kulturnih dobara u kontekstu njihove restitucije. Cilj modifikovanih pravila ogleda se u suspendovanju primene nacionalnih opštih pravila o sticanju svojine *a non domino* i sticanju svojine održajem i uspostavljanju pravične ravnoteže između suprotstavljenih interesa dveju savesnih strana – (ranijeg) vlasnika i sticaoca.[4]

---

[2] Najizraženije razlike se tiču mogućnosti sticanja svojine na stvarima koje su izašle iz vlasnikove državine protiv njegove volje. Austrijski građanski zakonik (nadalje: AGZ) (vid. čl. 367 i 368), Italijanski građanski zakonik (nadalje: IGZ) (vid. čl. 1153), Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa *Službeni list SFRJ*, br. 6/80, 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96, *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005, (nadalje: ZOSPO) (vid. čl. 31) i Zakon o kulturnim dobrima ne isključuju mogućnost sticanja svojine od nevlasnika na ovim stvarima. U Francuskom građanskom zakoniku (nadalje: FGZ) (vid. čl. 2276 i 2277) je predviđeno da lice koje je izgubilo stvar ili kome je stvar ukradena može da je zahteva od njenog držaoca u roku od tri godine računajući od dana gubitka ili krađe stvari, iz čega sledi da se njihov sticalac protekom trogodišnjeg roka može odbraniti od tužbe za povraćaj. U Nemačkom građanskom zakoniku (nadalje: NGZ) je, s druge strane, u § 935 izričito isključena mogućnost sticanja svojine od nevlasnika na stvarima koje su izašle iz vlasnikove državine protiv njegove volje (*abhanden gekommene Sachen*), osim kada se radi o novcu, hartijama od vrednosti na donosioca i na stvarima kupljenim na javnoj prodaji. Rešenje slično nemačkom predloženo je u čl. 1717 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

[3] U literaturi se ova pojava naziva „pranjem pravnog osnova" (*cleansing the title*), a postiže se primenom pravila o određivanju merodavnog prava – *lex rei sitae*. O njoj, između ostalog, svedoče slučajevi: *Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd. and Another*, [1980] 1 ER (Ch) 496, [1980] 1 All ER 1121 i *Stato francese v. Ministero per i beni culturali ed ambientali e De Contessini.* Više o tome vid. John Henry Merryman, *Thinking about the Elgin Marbles – Critical Essays on Cultural Property, Art and Law,* Kluwer Law International, 2009, str. 523; Deborah A. Demott, Artful Good Faith: An Essay on Law, Custom, and Intermediaries in Art Markets, *Duke Law Journal,* Vol. 62, 2012, str. 633.

[4] Više o tome vid. Derek Fincham, Towards a Rigorous Standard for the Good Faith Acquisition of Antiquities, *Syracuse Journal of International Law and Commerce,* Vol. 37, Issue 1, 2009, str. 9, 12, 23.

Na međunarodnom nivou evolucija standarda savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara započeta je pre više od četiri decenije. Pod uticajem međunarodnog prava, specifična pravila o savesnosti su krajem 2015. godine počela da se primenjuju i u Evropskoj uniji. Iako su tokom vremena osobena pravila o savesnosti u međunarodnom i komunitarnom pravu kulturnih dobara postala svojevrsni pravni standard, srpskom pravu su i dalje strana. Zbog toga će u radu biti ispitano da li je potrebno njihovo uvođenje u srpski pravni sistem i u koje pravne izvore bi se ona potencijalno mogla inkorporisati. U cilju sagledavanja mogućih načina i metoda implementacije nadnacionalnih pravila o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara, izložena su rešenja za koja su se opredelile pojedine države članice Evropske unije.

2. OPŠTA PRAVILA O SAVESNOSTI U KONTEKSTU STICANJA SVOJINE OD NEVLASNIKA I STICANJA SVOJINE ODRŽAJEM

Prema opštim pravilima zemalja kontinentalne Evrope, savesnost pribavioca predstavlja jedan od neophodnih uslova za sticanje svojine od nevlasnika.[5] Osim toga, savesnost je obavezan kvalifikativ državine koja protekom vremena, uz ispunjenje drugih uslova,[6] može da obezbedi sticanje svojine održajem. U uporednom pravu prisutna su različita određenja savesnosti.[7] Uprkos nijansama, njeno značenje se u suštini svodi na sledeće: savesnim će se smatrati držalac koji prilikom sticanja faktičke vlasti,[8] odnosno za sve vreme toka roka održaja,[9] nije znao niti je mogao znati[10] da stvar koju drži nije njegova. Drugim rečima,

[5] FGZ u tom pogledu predstavlja izuzetak budući da ne predviđa *expressis verbis* savesnost kao uslov za sticanje svojine od nevlasnika. U francuskoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi, međutim, preovladava mišljenje da je ona neophodna i da se podrazumeva. Više o tome vid. Nina Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika,* Kragujevac, 2008, str. 255.

[6] Više o tome vid. Danica Popov, Kvalifikovana državina u funkciji sticanja svojine održajem, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, 1/2011, 109-125.

[7] Afirmativno određenje pojma savesnosti sadrže ZOSPO (čl. 72 st. 2), AGZ (čl. 368), IGZ (čl. 1147 st. 1 i 2), Nacrt građanskog zakonika Republike Srbije (čl. 5 i čl. 2192). Pojam savesnosti je negativno određen u § 932 (2) NGZ.

[8] U slučaju da se zaključenje pravnog posla i predaja stvari u državinu vremenski mimoilaze, savesnost se zahteva i u vreme zaključenja ugovora i u vreme pribavljanja državine. Vid. Obren Stanković u Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Nomos, Beograd, 2014, str. 77; Andrija Gams, Milan Petrović, *Osnovi stvarnog prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1980, str. 202. Ovo rešenje je izričito predviđeno u Nacrtu Građanskog zakonika (vid. čl. 1715 i 1716).

[9] Vid. § 937 st. 2 NGZ. Iako se savesnost zahteva za sve vreme toka roka održaja, ona se ceni prema različitim kriterijumima u momentu sticanja državine i kasnije, dok teče rok za održaj. Vid. O. Stanković, *op. cit*, str. 88.

[10] U pojedinim zakonodavstvima se izričito ističe da se kao opravdanje savesnosti ne prihvata neznanje o relevantnim okolnostima sticanja koje je posledica grube nepažnje. Vid. § 932 (2) NGZ, čl. 1147 st. 2 IGZ.

savesni sticalac opravdano veruje, odnosno prema okolnostima slučaja nema razloga da sumnja, da je pribavljanjem državine stvari postao njen vlasnik. Na ovaj način štiti se pouzdanje u privid koji državina pokretnih stvari odaje, da je lice koje drži stvar njen vlasnik ili da je ovlašćen da njome raspolaže.[11]

U zakonodavstvima brojnih zemalja izričito je propisano da se savesnost sticaočeve državine pretpostavlja.[12] U pravnoj teoriji se često povlači paralela između pretpostavke savesnosti i pretpostavke nevinosti: „Kao što se od nikog ne može zahtevati da dokazuje da nije kriv, tako se ni od posednika ne može tražiti da dokazuje svoje poštenje."[13] Navedeno pravilo upućuje na teret dokazivanja i ukazuje na to da sud nije dužan da istražuje savesnost sticaoca *proprio motu*. Ukoliko želi da uspe sa reivindikacionim zahtevom, tužilac mora da dokaže da je tuženi u vreme sticanja državine bio nesavestan ili da je, u slučaju primene pravila o održaju, postao nesavestan pre isteka roka za održaj.[14] Ovakva raspodela tereta dokazivanja bila je motivisana potrebom očuvanja pouzdanja u sigurnost pravnog prometa.

Postojanje savesnosti je faktičko pitanje koje sud ceni na osnovu svih okolnosti konkretnog slučaja.[15] Načelno je prihvaćeno da sticalac, osim ukoliko nema razloga da sumnja, ne treba da ispituje svojinu otuđioca.[16] S tim u vezi, pojedina zakonodavstva ukazuju na potencijalne okolnosti koje kod sticaoca treba da izazovu sumnju u otuđiočevo pravo svojine ili njegovo ovlašćenje za raspolaganje. Primera radi, u AGZ su, *exempli causae*, navedene okolnosti koje bi kod savesnog sticaoca morale pobuditi osnovanu sumnju u otuđiočevo pravo da prenese svojinu

[11] Rešenje prema kome je dovoljno da je savesnost sticaoca usmerena na tradensovo ovlašćenje za raspolaganje, a ne nužno na njegovu svojinu na konkretnoj stvari, predviđeno je čl. 112 (2) Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima. AGZ u čl. 368 predviđa da se sticalac može pozivati na svoju savesnost ukoliko se pouzdao u otuđiočevo ovlašćenje za raspolaganje stvari samo ako je stvar pribavio od privrednog subjekta u okviru njegove redovne delatnosti. U § 932 NGZ predviđeno je da se savesnost ceni spram toga da li je sticalac znao, ili mu je usled grube nepažnje ostalo nepoznato da stvar ne pripada otuđiocu. Zbog toga je u nemačkoj pravnoj teoriji zastupljeno mišljenje da za sticanje svojine od nevlasnika nije dovoljno da se sticalac pouzda u otuđiočevo ovlašćenje za raspolaganje. Vid. Ralph Weber, *Sachenrecht I, Bewegliche Sachen*, Nomos, 2016, str. 149.

[12] Vid. čl. 72 st. 3 ZOSPO, čl. 328 AGZ, čl. 2275 FGZ, čl. 1147 IGZ. Pretpostavka savesnosti predviđena je uopšteno u čl. 5 i konkretno u čl. 2193 Nacrta građanskog zakonika Republike Srbije, kao i u čl. 5 (2) i 47 (2) Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

[13] Gavella Nikola i dr, *Stvarno pravo*, svezak prvi, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007, str. 224. Vid. Radenka Cvetić, *Praktikum za Sudsku praksu – građansko pravo*, *Pravna dejstva državine*, 3D+, Novi Sad, 2004.

[14] U teoriji je prihvaćeno pravilo prema kome u slučaju sticanja svojine od nevlasnika *mala fides superveniens non nocet,* dok kod održaja važi obrnuto pravilo prema kome *mala fides superveniens nocet*.

[15] Vid. O. Stanković, *op. cit*, str. 77.

[16] Vid. N. Planojević, *op. cit,* str. 277; Wolfgang Lüke, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2014, str. 79; Andreas Bergmann, *Der Verfall des Eigentums – Ersitzung und Verjährung der Vindikation am Beispiel von Raubkunst und Entarteter Kunst (Der Fall Gurlitt),* Mohr Siebeck – Tübingen, 2015, str. 22.

na stvari. Naime, „ukoliko na osnovu prirode stvari, njene izrazito niske cene, ličnih svojstava otuđioca, posla kojim se bavi ili drugih okolnosti, vlasnik dokaže da je držalac nesavestan, sud će ga obavezati da stvar vrati vlasniku".[17] Sličnu odredbu sadržao je i Građanski zakonik za Knjaževinu Srbiju, koji je pisan po uzoru na AGZ: „Ako se dokaže, da je kupac pokretne stvari imao osnova posumnjati se o poštenju prodavca, bilo to po ličnim svojstvima prodavca, bilo po njegovoj radnji ili po retkosti i osobenosti stvari, ili po niskoj ceni, ili po vremenu, mestu i načinu prodaje, ili po drugim okolnostima, ili kupac ne zna da imenuje lice od koga je kupio, ili kaže da je kupio od koga, koji je umro ili u svet otišao, i ne može da se ispita, a kupovinu i ne može dokazati, dužan je ne samo stvar povratiti bez naknade njenom pređašnjem gospodaru, nego će i svu štetu i izgubljeni dobitak naknaditi kao besavestan kupac."[18]

S obzirom na to da se kod održaja savesnost smatra subjektivnim kvalifikativom državine koji se procenjuje prema unutrašnjem uverenju držaoca,[19] savesnost uzukapijenta koji je državinu stvari pribavio besteretno (nasleđem, legatom ili poklonom), ceni se nezavisno od savesnosti njegovog pravnog prethodnika.[20] Ovo pravilo je, u pogledu nasleđa, u pravnoj teoriji opšte prihvaćeno, a predloženo je i u Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije: „Naslednik ima savesnu državinu od otvaranja nasleđa i u slučaju kad je ostavilac bio nesavesni držalac, izuzev ako je za nesavesnost ostavioca naslednik znao ili je prema prilikama mogao znati." Iako se u pravnoj teoriji i Nacrtu Građanskog zakonika, autonomno ispitivanje savesnosnosti držaoca u odnosu na savesnost njegovog pravnog prethodnika *expressis verbis* ističe samo u pogledu nasleđa, analogijom se isti princip može primeniti i na druge slučajeve besteretnog sticanja.

3. MEĐUNARODNA PRAVILA O SAVESNOSTI U KONTEKSTU RESTITUCIJE KULTURNIH DOBARA

3.1. Pravila UNESCO Konvencije o merama za zabranu i sprečavanje nedozvoljenog uvoza, izvoza i prenosa svojine na kulturnim dobrima

Na međunarodnom i nadnacionalnom nivou značaj savesnosti u sticanju kulturnih dobara dolazi do izražaja u kontekstu restitucije kulturnih dobara. U poređenju sa opštim pravilima, uticaj savesnosti je najpre ograničen *UNESCO*

[17] Čl. 368 st. 2 AGZ.

[18] Vid. § 220 Građanskog zakonika za Knjaževinu Srbiju u: Gojko Niketić, *Građanski zakonik Kraljevine Srbije – Zbirka zakona protumačenih sudskom i administrativnom praksom*, Sv. 1, drugo izdanje, Beograd, str. 109.

[19] Vid. D. Popov, *op. cit*, str. 119; N. Planojević, *op. cit,* str. 270; R. Weber, *op. cit*, str. 147.

[20] Vid. O. Stanković, *op. cit*, str. 88; A. Bergmann, *op. cit*, str. 26-32.

Konvencijom o merama za zabranu i sprečavanje nedozvoljenog uvoza, izvoza i prenosa svojine na kulturnim dobrima iz 1970. godine (nadalje: UNESCO Konvencija).[21] Iako je u pogledu restitucije kulturnih dobara polje primene UNESCO Konvencije prilično ograničeno,[22] njome je učinjen prvi korak u slabljenju domašaja savesnosti. Naime, isključena je mogućnost držaoca ukradenog kulturnog dobra da se pozivom na svoju savesnost (prema rečniku Konvencije „nevinost") odbrani od zahteva za restituciju. Umesto da u sadejstvu sa drugim uslovima omogući sticanje svojine, savesnost sticaocu omogućuje samo isticanje zahteva za isplatu pravične naknade prema tražiocu restitucije.[23] U UNESCO Konvenciji nije precizirano da li se držaočeva savesnost pretpostavlja i na koji način se dokazuje, shodno čemu je to pitanje prepušteno na uređenje državama članicama u skladu sa njihovim nacionalnim pravom.

3.2. Pravila UNIDROIT Konvencije o ukradenim i nezakonito izvezenim kulturnim dobrima

Vremenom je standard savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara značajno evoluirao i to u dva pravca. Napuštena je pretpostavka savesnosti i postroženi su kriterijumi na osnovu kojih se savesnost ceni.[24] Ova tendencija je naročito izražena u *UNIDROIT Konvenciji o ukradenim i nezakonito izvezenim kulturnim predmetima* iz 1995. godine (nadalje: UNIDROIT Konvencija).

UNIDROIT Konvencija propisuje da će držalac kulturnog dobra, koji bude obavezan na njegov povraćaj, imati pravo na pravičnu i razumnu naknadu pod uslovom „da nije znao, niti je razumno mogao znati da je reč o ukradenom dobru i da može da dokaže da je prilikom njegovog sticanja postupio sa dužnom pažnjom".[25] Iz formulacije odredbe proističe da je dužna pažnja nužan uslov za ostvarivanje prava na pravičnu naknadu i da je napuštena pretpostavka držaočeve savesnosti. Teret dokazivanja dužne pažnje prilikom sticanja ukradenog kulturnog dobra snosi držalac. U nameri da apostrofiraju autonomnost novog koncepta pažnje i ukažu ne promene u odnosu na tradicionalno ukorenjeno shvatanje savesnosti, redaktori Konvencije su se opredelili za termin dužna pažnja (*due diligence*) umesto za savesnost (*good faith*).

[21] Socijalistička Federativna Republika Jugoslavija je ratifikovala ovu Konvenciju (*Službeni list SFRJ* – Međunarodni ugovori, br. 50/73), dok se Srbija, prema pravilima o sukcesiji, smatra njenom članicom.

[22] Vid. čl. 7 b (i) i 7 b (ii) UNESCO Konvencije.

[23] Vid. čl. 7 st 1 (b) (ii) UNESCO Konvencije. U Konvenciji, međutim, nisu utvrđeni kriterijumi na osnovu kojih se može odrediti visina pravične naknade. Više o tome vid. I. A. Stamotoudi, *op. cit,* 50.

[24] Vid. Marc-André Renold, Stolen Art: The Ubiquitous Question of Good Faith, in *Resolution of Cultural Property Disputes*: papers emanating from the seventh PCA International Law Seminar, The Hague, Kluwer Law International, 2004, str. 251-263.

[25] Vid. čl. 4 (1) UNIDROIT Konvencije.

Držaočeva savesnost se ceni prema svim okolnostima konkretnog slučaja. Između ostalog, vodi se računa o svojstvu strana u pravnom poslu, ceni koja je plaćena, da li je držalac konsultovao razumno dostupne registre ukradenih kulturnih dobara i dostupne agencije, bilo koje druge relevantne informacije i dokumenta koja je razumno mogao da pribavi i da li je preduzeo bilo koji drugi korak koji bi razumna osoba preduzela u datim okolnostima.[26] Redaktori Konvencije opredelili su se, dakle, za kombinaciju subjektivnih i objektivnih kriterijuma, pri čemu se prvi cene prema ličnosti sticaoca, a drugi prema tome da li je sticalac preduzeo potrebne radnje usmerene na istraživanje porekla kulturnog dobra koje stiče.[27]

Kada je reč o svojstvu strana u pravnom poslu, strože će se ceniti dužna pažnja profesionalnih trgovaca umetnina, muzeja i aukcijskih kuća u poređenju sa laicima. Od subjekata koji se profesionalno bave sticanjem i prodajom kulturnih dobara se očekuje da su im informacije o njihovom poreklu dostupnije u poređenju sa ostalim sticaocima.[28] Standard dužne pažnje zahteva da se sticalac podrobno raspita o ličnosti tradensa i njegovoj reputaciji. Zbog toga, želja otuđioca da ostane anoniman kod sticaoca treba da pobudi sumnju u zakonitost transakcije. Štaviše, u slučaju komisione prodaje, sticalac treba da se raspita da li je komisionarev nalogodavac zaista vlasnik kulturnog dobra koje se nudi na prodaju i da li je komisionar ovlašćen da raspolaže konkretnim dobrom za komitentov račun.

Sticalac je, takođe, dužan da vodi računa o odnosu vrednosti i cene kulturnog dobra. Ukoliko bi mu bilo ponuđeno delo ispod njegove realne vrednosti, to bi trebalo da signalizira da je reč o sumnjivoj transakciji. U slučaju da sticalac ne poseduje znanje na osnovu kog može proceniti vrednost dela u pitanju, trebalo bi da angažuje ovlašćenog procenitelja. Sumnju, bez dileme, mora da izazove insistiranje otuđioca da se kupoprodajna cena plati u gotovom novcu.[29]

Da bi se sticalac mogao pozvati na svoju savesnost potrebno je da proveri da li je dobro koje želi da pribavi prijavljeno ili evidentirano kao nestalo ili ukradeno. Danas postoji više baza podataka preko kojih se mogu vršiti provere porekla i statusa kulturnih dobara. Neke od ovih baza su javno dostupne putem interneta, bez plaćanja naknade,[30] dok su druge u nadležnosti privatnih kompanija koje za

[26] Vid. čl. 4 (4) UNIDROIT Konvencije.

[27] Vid. Michael Anton, *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht, Band 2: Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, De Gruyter, Berlin-New York, 2010, str. 333.

[28] Vid. *Nicole de Préval v Adrian Alan Ltd*, 24 January 1997, unreported i *Porter v. Wertz* 68 A.D.2d 141, 416 N.Y.S.2d 254 (1979).

[29] Vid. *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg,* 717 F.Supp. 1374 (S.D.Ind.,1989), Aug. 3, 1989.

[30] Vid. Interpolovu bazu podataka o ukradenim umetničkim delima. Dostupno na: https://www.interpol.int/notice/search/woa (9.11.2016.). Vid. Lost Art-Datenbank. Dostupno na: http://www.kulturgutverluste.de/de/lost-art-datenbank (5.2.2016.). U istraživanju porekla kulturnog dobra od velike pomoći može biti i *Getty Provenance Index Database*. Dostupno na: http://www.getty.edu/research/tools/provenance/search.html (9.11.2016.).

usluge pretrage podataka iz svojih baza naplaćuju razumne naknade.[31] Kako bi osigurao dokaz u slučaju spora, sticaocu se savetuje da pribavi potvrdu nadležnog organa ili kompanije o izvršenoj pretrazi baze podataka određenog registra i rezultatima pretrage. Ovako postavljeno pravilo ujedno predstavlja podsticaj za sve vlasnike čija su kulturna dobra nestala ili ukradena da ih registruju u dostupnim bazama ukradenih kulturnih dobara. Do uvođenja novih pravila o savesnosti, često se dešavalo da su muzeji i galerije izbegavali da prijave nestala kulturna dobra u cilju očuvanja svoje reputacije i ugleda. Istoj strategiji pribegavali su i privatni kolekcionari u strahu da bi objavljivanjem vesti o krađi kulturnog dobra privukli pažnju javnosti i postali meta novih krađa.

Prilikom sticanja kulturnih dobara mora se voditi računa i o svim drugim relevantnim okolnostima. Ukoliko je, na primer, umetničko delo oštećeno, može se posumnjati u njegovo poreklo. Može se pretpostaviti da je do oštećenja došlo usled nezakonitog iskopavanja ili da je reč o prokrijumčarenom dobru oštećenom usled neadekvatnog transporta.[32] Takođe, ukoliko je umetničko delo vidno obeleženo nekom oznakom ili brojem, sticalac bi trebalo da se raspita čemu služi konkretna oznaka.[33] Posebnu opreznost u sticanju treba ispoljiti prema kulturnim

---

[31] Vid. *The Art Loss Register*. Dostupno na: http://www.artloss.com/en (5.11.2016.). Ova baza podataka se sastoji iz više podbaza: baze ukradenih kulturnih dobara, tzv. pozitivne baze podataka (*pre-loss database*) koja podrazumeva registraciju neukradenih dobara sa ciljem da se informacije o nečijem punopravnom vlasništvu nad određenim kulturnim dobrom učine dostupnim potencijalnim sticaocima. Registrovanje punopravnog vlasništva na kulturnim dobrima je osmišljeno sa ciljem da se potencijalni lopovi odvrate od pokušaja krađe, budući da se u slučaju pokušaja prodaje ukradenog dobra jednostavno može identifikovati njegov pravi vlasnik. Postoje i liste za uzbunu (*Red Flag Lists*) i liste iz opreza (engl. *Cautions Lists*). Na prvim listama navedene su zbirke iz kojih su pojedina dela konfiskovana u periodu između 1933. i 1945. godine, kao i spisak trgovaca umetninama za koje se zna da su sarađivali sa Nacionalsocijalističkom partijom. Na listama opreza su navedene organizacije za koje se zna da su bile upletene u falsifikovanje, krađu, neovlašćenu prodaju ili nezakonit prevoz ukradenih umetničkih dela.

[32] Takva sudbina zadesila je statuu poznatu u javnosti kao „Afrodita", visoku 2,3 metra. Statua je najpre nezakonito iskopana na Siciliji, potom je nasilno rasparačana u tri dela radi lakšeg transportovanja u Švajcarsku. Više o slučaju vid: http://traffickingculture.org/encyclopedia/case-studies/1059/ (9.11.2016.).

[33] U slučaju *Lissitzky v. Beyeler Foundation* iskrslo je pitanje da li se na savesnost može pozvati držalac slike na čijoj je pozadini vidno bio evidentiran inventarni broj kojim su pripadnici Nacionalsocijalističke partije označavali konfiskovana umetnička dela. Zahtevom je tražen povraćaj slike Vasila Kandinskog poznate pod nazivom Improvizacija broj 10. Slika je tokom 1937. godine bila konfiskovana od strane pripadnika Nacionalsocijalističke partije kao primerak tzv. „degenerativne" umetnosti. Tokom 1951. godine švajcarski kolekcionar Ernst Bejeler je u Nemačkoj kupio sliku od Ferdinanda Molera, kome je navodno Hitler poverio prodaju konfiskovanih umetnina. U sporu je bilo merodavno švajcarsko pravo koje ne predviđa rok zastarelosti za isticanje zahteva za povraćaj dobara od nesavesnih sticalaca. Stoga je dokazni postupak prevashodno bio usmeren na dokazivanje Bejlerove nesavesnosti, u prilog čemu je istican i argument jasno vidljivog konfiskacionog broja na poleđini slike. Spor je na kraju rešen putem medijacije.

dobrima koja potiču sa zaraćenih, kriznih[34] i područja koja su bogata nedovoljno zaštićenim arheološkim nalazištima.[35] Mesto na kome se vrši transakcija, takođe, može biti indikativno.[36]

Pravilo UNIDROIT Konvencije prema kome držalac snosi teret dokazivanja svoje dužne pažnje primenjuje se samo u slučaju restitucije ukradenih kulturnih dobara, ne i na zahteve za povraćaj nezakonito izvezenih kulturnih dobara.[37] Stoga, državama članicama preostaje da na pitanje tereta dokazivanja savesnosti sticanja nezakonito izvezenog kulturnog dobra primene svoja nacionalna pravila. Izostavljanjem posebne odredbe o teretu dokazivanja savesnosti u ovom kontekstu htela se naglasiti razlika između ukradenih i nezakonito izvezenih kulturnih dobara.[38] Konvencija, međutim, i u slučaju nezakonito izvezenih kulturnih dobara uslovljava pravo na pravičnu naknadu savesnošću držaoca. U ovom slučaju naknada će pripasti držaocu samo ako nije znao niti je prema okolnostima sticanja razumno mogao znati da je kulturno dobro nezakonito izvezeno, pri čemu se vodi računa o (ne)postojanju izvozne dozvole zemlje porekla.[39] Praksa je, međutim, pokazala da ni sama izvozna dozvola nije dovoljna i da sticalac treba da ode korak dalje. Budući da na tržištu umetnina cirkuliše pozamašan broj krivotvorenih izvoznih dozvola, od savesnog sticaoca se očekuje da stupi u kontakt sa organom ili ustanovom koja je navedena kao izdavalac odobrenja za izvoz radi provere njene verodostojnosti. Iz ovog se može zaključiti da se od sticaoca očekuje da pre upuštanja u transakciju sazna iz koje zemlje kulturno dobro potiče, da li zemlja porekla predviđa izvozne zabrane ili ograničenja, a u slučaju pozitivnog

---

[34] U cilju sprečavanja nezakonite trgovine kulturnim dobrima koja potiču iz Sirije i Iraka, Evropska unija je usvojila odgovarajuće mere. Vid. čl. 11c Uredbe Saveta EU br. 1332/2013 od 13. decembra 2013. godine o restriktivnim merama u vezi sa situacijom u Siriji, *Official Journal of the European Union* L 335/3 i čl. 3 Uredbe Saveta EU (EZ) br. 1210/2003 od 7. jula 2003. godine o određenim restrikcijama u ekonomskim i finansijskim odnosima sa Irakom, *Official Journal of the European Union* L 169/6.

[35] U svrhu zaštite ugroženih arheoloških objekata, Međunarodni savet muzeja objavio je tzv. crvene liste (ICOM *red list/liste rouge*) na kojima su objavljena najugroženija područja sa opisima i fotografijama najčešće krijumčarenih kulturnih predmeta. Dostupno na: http://icom.museum/programmes/fighting-illicit-traffic/red-list/ (2.11.2016.).

[36] U slučaju *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v. Goldberg* sud je u prilog nesavesnosti sticaoca, između ostalog, naveo da je predaja državine na spornim mozaicima izvršena u bescarinskoj zoni aerodroma u Ženevi što se može smatrati krajnje netipičnim mestom za trgovinu kulturnim dobrima.

[37] Vid. UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report, prepared by the UNIDROIT Secretariat, *Uniform Law Review*, 2001/3, 516, 536.

[38] U slučaju nezakonitog izvoza radi se o kulturnom dobru koje je vlasnik punovažno preneo u svojinu drugom licu, koje ga je protivno propisima države izvezlo u inostranstvo. Za razliku od nezakonitog izvoza kulturnog dobra gde vlasnikova ovlašćenja nisu povređena, krađa nečijeg kulturnog dobra podrazumeva neosnovano deposedovanje vlasnika.

[39] Vid. čl. 6 (1) i 6 (2) UNIDROIT Konvencije.

odgovora, da li je izdato odobrenje za izvoz i, najzad, da li se njime dozvoljava trajan izvoz konkretnog dobra.

Domašaj sticaočeve savesnosti najviše je ograničen u slučajevima besteretnog sticanja kulturnih dobara. U slučaju sticanja kulturnog dobra nasleđem, poklonom ili drugim dobročinim pravnim poslom, savesnost sticaoca se ne ceni autonomno na osnovu onog što je sam znao ili je prema okolnostima trebalo da zna, nego je uslovljena savesnošću njegovog prethodnika. U Konvenciji je to propisano na sledeći način: „Držalac ne sme biti u povoljnijem položaju od osobe od koje je stekao kulturno dobro nasleđem ili besteretno na neki drugi način.“[40] Drugim rečima, nesavesnost pravnog prethodnika automatski sprečava sukcesora da potražuje pravičnu i razumnu naknadu u slučaju da bude obavezan na povraćaj besteretno stečenog kulturnog dobra. Prilikom konstrukcije ovog pravila pošlo se od stava da sticalac koji bude obavezan da vrati besteretno stečeno kulturno dobro nema pravo da ostvari korist koja ne bi pripala ni njegovom pravnom prethodniku.

4. PRAVILA EU O SAVESNOSTI U KONTEKSTU RESTITUCIJE KULTURNIH DOBARA

4.1. Rešenja Direktive 2014/60/EU o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznetih sa teritorije države članice

Direktivom 2014/60/EU je propisano da će, ukoliko držalac bude obavezan da vrati kulturno dobro, sud države članice u kojoj se ono nezakonito zatekne, držaocu dosuditi pravičnu naknadu prema okolnostima slučaja, pod uslovom da on dokaže da je prilikom sticanja postupio sa dužnom brigom i pažnjom.[41] U terminološkom smislu, ovde se otišlo još korak dalje u poređenju sa UNIDROIT Konvencijom. Umesto o dužnoj pažnji govori se o dužnoj brizi i pažnji (*due care and attention*). U Direktivi je, takođe, napuštena pretpostavka savesnosti i teret njenog dokazivanja prebačen je na držaoca kulturnog dobra. Ovo predstavlja novinu u poređenju sa prethodnom verzijom Direktive (Direktiva Saveta 93/7/EEZ) u kojoj je bilo predviđeno da se teret dokazivanja dužne brige i pažnje prilikom sticanja kulturnog dobra ima urediti u skladu sa pravom države članice koja odlučuje o zahtevu za povraćaj.[42]

Prilikom ocene dužne brige i pažnje vodiće se računa o svim okolnostima sticanja, a naročito o dokumentima o poreklu kulturnog dobra, da li je njegovo

[40] Vid. čl. 4 (5) i čl. 6 (5) UNIDROIT Konvencije.

[41] Vid. čl. 10 st. 1 Direktive 2014/60/ EU.

[42] Vid. čl. 9 st. 2 Direktive Saveta 93/7/EEZ od 15. marta 1993. godine o povraćaju kulturnih dobara nezakonito iznetih sa teritorije države članice, *Official Journal* L 074, 27/03/1993 P. 0074 – 0079.

iznošenje iz zemlje porekla bilo odobreno, o ličnim svojstvima ugovornih strana, ceni koja je plaćena, da li je držalac konsultovao dostupne registre ukradenih kulturnih dobara i druge informacije koje je razumno mogao da pribavi, kao i da li je preduzeo bilo koji drugi korak koji bi razumna osoba preduzela u datim okolnostima.[43] U slučaju da držalac dokaže da je prilikom sticanja postupio na opisani način, stiče pravo na pravičnu naknadu koja dospeva nakon povraćaja kulturnog dobra u zemlju njegovog porekla.[44]

Kao i u UNIDROIT Konvenciji, opisana pravila o proceni savesnosti odnose se na slučajeve teretnog sticanja kulturnih dobara, dok se u slučajevima besteretnog sticanja, savesnost držaoca procenjuje na osnovu savesnosti njegovog pravnog prethodnika: „U slučaju poklona ili nasleđa, držalac ne sme biti u povoljnijem položaju od osobe od koje je na taj način stekao dobro".[45]

Evidentno je da su na formulacije izloženih odredaba Direktive 2014/60/EU presudan uticaj imala rešenja koja su dve decenije ranije bila ustanovljena UNIDROIT Konvencijom. Razlika se ogleda jedino u tome što Direktiva 2014/60/EU predviđa jedinstven režim za sva nezakonito izneta kulturna dobra, bilo ona ukradena ili nezakonito izvezena. Zbog toga se objašnjenja kriterujuma za procenu savesnost iz UNIDROIT Konvencije *mutatis mutandis* mogu primeniti i na rešenja Direktive 2014/60/EU.

4.2. Implementacija relevantnih rešenja Direktive 2014/60/EU u pojedinim državama članicama Evropske unije

Kao što je poznato, direktive predstavljaju pravne akte Evropske unije koji obavezuju u pogledu cilja, dok se državama članicama prepušta izbor načina i metoda implementacije njihovih rešenja u nacionalna zakonodavstva.[46] Zbog toga je interesantno ispitati u kojim izvorima i na koji su način pojedine države članice inkorporisale izložena rešenja Direktive 2014/60/EU u svoja nacionalna prava. Ova analiza može biti od koristi za Srbiju od koje se očekuje da, na putu za članstvo u EU, uskladi svoje pravo sa *acquis communautaire*.[47]

U Nemačkoj je u cilju implementacije rešenja Direktive 2014/60/60/EU donet *Zakon o zaštiti kulturnih dobara*.[48] S obzirom na značaj, Nemci su zauzeli stav da je ovoj problematici potrebno posvetiti poseban zakon. Kroz konstrukciju pravila o savesnosti (*die Sorgfalt*) provejava težnja da se uspostavi što pravičniji odnos

[43] Vid. čl. 10 st. 2 Direktive 2014/60/ EU.

[44] Vid. čl. 10 st. 4 Direktive 2014/60/ EU.

[45] Vid. čl. 10 st. 3 Direktive 2014/60/ EU.

[46] Pod implementacijom se, u ovom kontekstu, podrazumeva unošenje (inkorporisanje) rešenja direktiva EU u nacionalna zakonodavstva država članica EU.

[47] Oblasti obrazovanja i kulture posvećeno je posebno pregovaračko poglavlje br. 26.

[48] *Gesetz zum Schutz von Kulturgut* – Kulturgutschutzgesetz vom 31. Juli 2016 (BGBl. I S. 1914).

između obaveza koje se nameću licima koja kulturna dobra stavljaju u promet[49] i sticalaca kulturnih dobara. Odredbe o savesnosti u vezi sa sticanjem kulturnog dobra inkorporisane su u paragraf 66 koji nosi naziv *Naknada u slučaju povraćaja*: „Neposredni držalac koji je prilikom sticanja kulturnog dobra postupio sa zahtevanom pažnjom može da odbije zahtev za povraćaj kulturnog dobra države članice EU ili države potpisnice UNESCO Konvencije dok mu ne bude isplaćena odgovarajuća naknada".[50] Iz ove formulacije se može zaključiti da, pod pretpostavkom savesnosti, držalac može da istakne prigovor zadržavanja kulturnog dobra koje drži dok mu ne bude isplaćena odgovarajuća naknada.[51] Ovakvo rešenje, iako suprotno cilju odnosne odredbe Direktive 2014/60/EU,[52] pogoduje savesnom držaocu. Prilikom procene dužne pažnje držaoca treba voditi računa o svim okolnostima sticanja kulturnog dobra,[53] pri čemu nije izričito propisano ko snosi teret njihovog dokazivanja. Tumačenjem bi se moglo zaključiti da navedene okolnosti treba da dokaže sticalac kulturnog dobra, jer je u njegovom interesu da izdejstvuje naplatu odgovarajuće naknade. U slučaju besteretnog sticanja, zahtevani stepen pažnje mora biti podjednako zadovoljen od strane pravnog prethodnika i od strane pravnog sledbenika. Osim toga, izričito je propisano da su naslednik i legatar dužni snositi pravne posledice nedostatka savesnosti na strani ostavioca.[54]

U Austriji su, poput Nemačke, relevantna rešenja Direktive 2014/60/EU uneta u poseban *Savezni zakon o povraćaju nezakonito iznetih kulturnih dobara*.[55] U Zakonu je izričito predviđeno da će vlasniku ili držaocu, u slučaju da bude obavezan na povraćaj kulturnog dobra, pripasti pravo na odgovarajuću naknadu samo ukoliko uspe da dokaže da je prilikom sticanja kulturnog dobra postupio sa zahtevanim stepenom pažnje.[56] Prilikom procene savesnosti vodiće se računa o okolno-

---

[49] Vid. odeljak 4 nemačkog Zakona o zaštiti kulturnih dobara (Kapitel 4 – *Pflichten beim Inverkehrbringen von Kulturtgut*).

[50] Vid. čl. 66 st. 1 nemačkog Zakona o zaštiti kulturnih dobara.

[51] U čl. 67 nemačkog Zakona o zaštiti kulturnih dobara propisano je da se prilikom određivanja visine naknade ima voditi računa o troškovima koje je sticalac imao prilikom sticanja kulturnog dobra kao i troškovima koje je imao u cilju preduzimanja potrebnih mera očuvanja kulturnog dobra, ali da ne uključuje i izmaklu dobit.

[52] Vid. čl. 10 st 4 Direktive 2014/60/EU.

[53] Prema čl. 66 st. 3 nemačkog Zakona o zaštiti kulturnih dobara, naročito se vodi računa o 1. dokumentima o poreklu kulturnog dobra, 2. zahtevanim izvoznim dozvolama u skladu sa pravom države tražioca, 3. svojstvima učesnika transakcije, 4. ceni koje je plaćena, 5. ostvarivanju uvida od strane neposrednog držaoca u dostupne registre ukradenih kulturnih dobara i pribavljanja relevantnih informacija koje su mu bile dostupne uz razumne troškove i 6. da li je preduzet bilo koji drugi korak koji bi razumna osoba preduzela u datim okolnostima.

[54] Vid. čl. 66 st. 2 nemačkog Zakona o zaštiti kulturnih dobara. Ova izričita napomena ne čudi kada se uzmu u obzir činjenice slučaja *Gurlitt*. Više o tome vid. A. Bergmann, *op. cit*, str. 81-89.

[55] Bundesgesetz über die Rückgabe unrechtmäßig verbrachter Kulturgüter (Kulturgüterrückgabegesetz – KGRG) StF: *Das Bundesgesetzblatt I* Nr. 19/2016.

[56] Vid. čl. 15 (1) austrijskog Zakona o povraćaju nezakonito iznetih kulturnih dobara.

stima o kojima je već bilo reči. U vezi sa besteretno stečenim kulturnim dobrima, predviđeno je da će vlasnik odnosno držalac imati pravo na naknadu samo ukoliko bi ona pripadala i njegovom neposrednom pravnom prethodniku.[57] Ono što je dodato, u poređenju sa formulacijom odnosne odredbe Direktive 2014/60/EU, jeste da se naknada, ukoliko bude isplaćena, proteže i na založno ili drugo stvarno pravo ustanovljeno na kulturnom dobru koje je predmet restitucije.[58]

Za razliku od Nemačke i Austrije, u Holandiji su odredbe o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara inkorporisane u Građanski zakonik – Knjiga III, u delu *Nedostatak ovlašćenja za raspolaganje*, koji suštinski uređuje slučajeve sticanja svojine od nevlasnika.[59] Zakonikom je izričito isključena mogućnosti primene pravila o sticanju od nevlasnika prema: 1) državama članicama EU i državama potpisnicama Sporazuma o Evropskom ekonomskom prostoru pod uslovom da se radi o dobru koje je u skladu sa čl. 2 Direktive 2014/60/EU nezakonito izneto sa teritorije neke od ovih država, 2) vlasnicima kulturnih dobara koja su u skladu sa Zakonom o zaštiti kulturnog nasleđa uživala status zaštićenih kulturnih dobara u vreme kada su izašla iz vlasnikove državine, ili koja su uprkos zabrani bila izneta iz Holandije,[60] 3) prema državi članici UNESCO Konvencije i prema vlasniku koji istakne zahtev za restituciju kulturnog dobra u skladu sa čl. 4 Zakona o implementaciji UNESCO Konvencije.[61] U svim navedenim slučajevima, uključujući i one bez inostranog elementa, sud će držaocu kulturnog dobra dosuditi razumnu novčanu naknadu pod uslovom da je on prilikom sticanja kulturnog dobra postupio sa dužnom brigom i pažnjom. Međutim, okolnosti na osnovu kojih se savesnost ceni[62] biće uzete u obzir samo ako je reč o kulturnim dobrima koja ulaze u polje primene Direktive 2014/60/EU i UNESCO Konvencije.[63] Pravilo o teretu dokazivanja navedenih okolnosti nije uređeno *expressis verbis*.

U Francuskoj su relevantne odredbe o savesnosti unete u važeći Zakonik o zaštiti kulturnog nasleđa[64] u delu koji uređuje procesnopravna pitanja o restituciji kulturnih dobara. Izložena rešenja Direktive 2014/60/EU o pravnom značaju i načinu dokazivanja savesnosti sadržana su u članu L 112-8 Zakonika. Okolnosti koje ukazuju na (ne)savesnost držaoca predviđene su na isti način kao i u Direktivi. O isplati naknade odlučuje sud uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti, o

[57] Vid. čl. 15 (3) austrijskog Zakona o povraćaju nezakonito iznetih kulturnih dobara.

[58] Vid. čl. 15 (4) austrijskog Zakona o povraćaju nezakonito iznetih kulturnih dobara.

[59] Vid. čl. 86 holandskog Građanskog zakonika (nadalje: HGZ).

[60] Vid. čl. 86a st. 1 i 2 HGZ

[61] Vid. čl. 86b HGZ.

[62] Postojanje dokumentacije o poreklu kulturnog dobra, izvozna dozvola, svojstvo strana, plaćena cena, da li je držalac konsultovao dostupne registre ukradenih kulturnih dobara i da li je preduzeo bilo koji drugi korak koji bi razumna osoba preduzela u datim okolnostima.

[63] Vid. čl. 87a(1) HZG.

[64] Vid. *Code du patrimoine* (version consolidée au 9 octobre 2016). Dostupno na: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074236 (17.10.2016.).

kojima je već bilo reči, pri čemu nije posebno predviđeno ko snosi teret njihovog dokazivanja. Usvojeno je i pravilo o besteretnom sticanju, shodno kojem u slučaju poklona ili nasleđa, držalac ne može uživati veća prava od onih koja bi uživao njegov pravni prethodnik. Najzad, predviđeno je da će se zahtev za povraćaj kulturnog dobra države tražioca smatrati povučenim ukoliko ona ne isplati naknadu utvrđenu pravnosnažnom presudom držaocu kulturnog dobra u roku od tri godine, računajući od dana objavljivanja presude.[65]

5. PREDLOZI ZA HARMONIZACIJU PRAVA PEPUBLIKE SRBIJE SA PRAVILIMA EVROPSKE UNIJE O SAVESNOSTI U KONTEKSTU RESTITUCIJE KULTURNIH DOBARA

Od izloženih pravila u Srbiji se, za sada, primenjuju samo rešenja UNESCO Konvencije. Budući da je Srbija na putu za pridruženje Evropskoj uniji i da se od nje očekuje da uskladi svoje pravo sa komunitarnim[66], poželjno je ispitati u koje bi nacionalne izvore prava mogla biti inkorporisana pravila o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara. Na osnovu analiziranih načina i metoda implementacije za koje su se opredelile pojedine države članice EU, pred Srbijom stoji više mogućnosti. Poput Nemačke i Austrije, Srbija može da usvoji nov zakon kojim će na sveobuhvatan način urediti problematiku restitucije kulturnih dobara. Druga mogućnost je da se, po uzoru na Holandiju, pravila o savesnosti unesu u Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, tj. u potencijalni Građanski zakonik, u delu koji uređuje sticanje svojine od nevlasnika i sticanje svojine održajem. Najzad, po uzoru na Francusku, pravila o savesnosti, zajedno sa drugim pravilima od značaja za restituciju kulturnih dobara, mogu biti uneta u Zakon o kulturnim dobrima, koji se smatra osnovnim izvorom prava kulturnih dobara u Republici Srbiji.

Prednost usvajanja novog zakona posvećenog restituciji kulturnih dobara ogledala bi se u koncentrisanju relevantnih pitanja na jednom mestu.[67] S druge strane, usvajanjem novog izvora bi se dodatno opteretio pravni sistem. Unošenje odredbe o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara u izvor kojim se uređuje stvarnopravna materija, imalo bi smisla ukoliko bi nova pravila o savesnosti bila primenjiva na sve slučajeve neovlašćenog raspolaganja kulturnim dobrima, nezavisno od prisustva inostranog elementa. Ukoliko bi se, pak, dejstvo pravila o savesnosti ograničilo samo na slučajeve povraćaja kulturnih dobara u

[65] Vid. čl. 112-9 st. 2 francuskog Zakonika o zaštiti kulturnog nasleđa.

[66] Više o tome vid. Dušan Nikolić, Problemi implementacije acquis communautaire u zemljama istočne Evrope, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, 3/2004, str. 181-206.

[67] Koja kulturna dobra mogu biti premet restitucije, pod kojim uslovima, ko je aktivno legitimisan za isticanje restitucionog zahteva, u kojim rokovima se restitucioni zahtevi moraju podneti, i druga relevantna pitanja.

kojima je prisutan element inostranosti, deluje da bi njihov najadekvatniji izvor bio Zakon o kulturnim dobrima kao *lex specialis*.

Prilikom formulisanja pravila o savesnosti u kontekstu restitucije kulturnih dobara, jasno treba navesti da je savesnost držaoca prilikom sticanja kulturnog dobra samo uslov za ostvarivanje prava na pravičnu naknadu, da savesnost treba da dokazuje držalac kulturnog dobra koji je obavezan na njegov povraćaj, da se savesnost dokazuje na osnovu objektivnih i subjektivnih okolnosti, o kojima je bilo reči. Poželjno je utvrditi iz čega se sastoji naknada koju je tražilac restitucije dužan isplatiti držaocu i u kom momentu ona dospeva. Takođe, treba predvideti kakva je sudbina stvarnih prava savesnih trećih lica na kulturnom dobru koje bude predmet restitucije. Najzad, treba propisati da u slučaju besteretnog sticanja kulturnog dobra, nesavesnost pravnog prethodnika isključuje pravo sledbenika da potražuje naknadu.

6. ZAKLJUČAK

Savesnost je, u skladu sa opštim pravilima, nužan uslov za sticanje prava svojine od nevlasnika i neophodan kvalifikativ državine koja protekom vremena, u kumulaciji sa drugim uslovima, može dovesti do sticanja prava svojine. Ona se pretpostavlja. Teret obaranja pretpostavke savesnosti pada na (ranijeg) vlasnika-tužioca. Kod pravila o održaju, savesnost se smatra subjektivnim kvalifikativom državine i zbog toga se kod besteretnih pravnih poslova savesnost pravnog sledbenika ceni nezavisno od savesnosti njegovog pravnog prethodnika.

Na međunarodnom i nadnacionalnom nivou pitanje savesnosti u sticanju kulturnih dobara uređeno je u kontekstu restitucije ukradenih kulturnih dobara. Vremenom se uvidelo da pravila o savesnosti imaju snažan potencijal da doprinesu borbi protiv nezakonite trgovine kulturnim dobrima i da ih stoga treba prilagoditi njihovom značaju. U tom cilju ograničen je domašaj savesnosti na taj način što ona ne može da doprinese odbijanju zahteva za restituciju kulturnog dobra, nego samo savesnom držaocu može da obezbedi pravo na pravičnu naknadu. Napuštena je pretpostavka savesnosti sticaoca kulturnog dobra. Umesto da (raniji) vlasnik obara pretpostavku savesnosti držaoca, sada držalac kulturnog dobra treba da obara pretpostavku svoje nesavesnosti. Osim toga, pooštreni su kriterijumi na osnovu kojih se ceni savesnost držaoca kulturnog dobra. Zbog toga je poželjno da držalac pre i prilikom sticanja kulturnog dobra obezbedi dokaze na okolnosti od kojih će zavisiti utvrđivanje njegove savesnosti.[68]

Na putu usaglašavanja zakonodavstva Republike Srbije sa *acquis communautaire*, relevantna rešenja o savesnosti Direktive 2014/60/EU mogla bi biti inkorporisana u Zakon o kulturnim dobrima. Imajući u vidu da modifikovana pravila

[68] Vid. M. Anton, *op.cit*, str. 326.

o savesnosti mogu da posluže kao efektivna poluga u borbi protiv nezakonite trgovine kulturnim dobrima uopšte, treba razmotriti proširenje njihovog domašaja i na čisto nacionalne transakcije koje za predmet imaju neovlašćeni prenos državine na kulturnim dobrima, bez obzira na njihov svojinski oblik.[69] U tom slučaju bi se pravila o savesnosti u kontekstu sticanja kulturnih dobara mogla uneti i u Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, odnosno u potencijalni Građanski zakonik.

[69] Prema važećim propisima, isključena je samo mogućnost sticanja svojine održajem na kulturnim dobrima u državnoj svojini. Vid. čl. 14 st. 2 Zakona o kulturnim dobrima.

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

Good Faith in the Context of Restitution of Cultural Property

***Abstract**: The paper examines international and supranational rules on good faith in the context of restitution of cultural property. Deviations from the general rules on good faith with regard to the good faith acquisition and adverse possession have been indicated. Instead of insuring acquisition of ownership in conjunction with other preconditions, good faith only entitles an acquirer of the stolen or illegally exported cultural object to a fair compensation. The good faith presumption was abandoned and the burden of proof was imposed on the possessor of the cultural object. At the same time the criteria upon which the good faith ought to be evaluated had been tightened. Concerning gratuitous legal transactions, good faith of a transferee depends on good faith of a transferor. For that reason, a transferee will be prevented from claiming a fair compensation if it would not have been awarded to his transferor. Ultimately, the paper explores in which legal sources and in what manner certain EU Member States have implemented good faith stipulations enshrined in Directive 2014/60/EU. Based on that, the paper suggests possibilities of harmonising law of the Republic of Serbia with the outlined supranational rules.*

***Keywords:** cultural property, restitution, good faith, burden of proof and proving of good faith, implementation.*

Datum prijema rada: 15.11.2016.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Pregledni članak 339.738(4)
doi:10.5937/zrpfns50-11986

Zoltán B Nagy, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
jogdrnz@uni-miskolc.hu

Anett S Csiszár, lawyer
anett.csiszar92@gmail.com

ASPECTS OF THE EUROPEAN SYSTEM OF FINANCIAL SUPERVISION*

Abstract: *The study presents the main stages of the development of the European financial supervisory regulation and the current European System of Financial Supervision. The financial economic crisis highlighted the weaknesses in the supervisory system and the fact that the supervisor has an important role in consumer protection and in the mitigation of risk-taking by financial institutions. The European Union has developed a new financial strategy known as Banking Union, which has a three-pillar framework. These three pillars are the Single Supervisory Mechanism, the Single Resolution Mechanism and the Common Deposit Guarantee Scheme. This system is intended to achieve a single economic and monetary union at supranational level and to avoid the emergence of a new crisis as far as possible.*

Keywords: *Banking Union, financial supervision, SSM, SRM, DGS, European Central Bank, European System of Financial Supervision, banking regulation.*

1. INTRODUCTION

The establishment of an effective financial supervision system has been an important task as it had been shown by the recent financial economic crisis. The beginning of the crisis[1] was in 2007, and in 2008 it got to the European countries

* This research was partially carried out in the framework of the Center of Excellence of Mechatronics and Logistics at the University of Miskolc.

[1] Đorđe Popov, Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2009, p. 7-20.

bringing along sweeping changes in the regulation of the subject, not only on domestic level, but also in the European Union and even all over the world.[2] Prior to these alterations there were shortcomings in the regulation of the financial system and supervision that played an important role in the over-indebtedness of the households and in the spread of the foreign currency loans in several Eastern European countries.[3]

As the crisis unravelled, the liberal, permissive legislation failed to remain sustainable stability in the financial markets. The financial intermediary system is insomuch a key element of the states and their economies that its orderly operation is a social interest.[4] This serves as proof of state intervention, under which the State can build up a proper "defense" system.

The financial supervision as a subject matter of this article can be considered timely and up to date, not only for the reasons we have indicated above, but also due to the overall reform of the legislation that took place a few years ago, and the practice resulting from the new provisions is only now emerging.

Financial supervision means the supervision of financial institutions by a public body responsible for monitoring the areas defined by the public interest.[5] To put it more simply, it refers to an activity, a process by which the purpose is to obtain assurance that something was carried out properly, correctly.[6] Of course, not only government agencies carry out financial supervision, nowadays supervision performed by the central banks is increasingly gaining ground.

The purpose of supervision is, regardless of the institutional form, to maintain the effectiveness of the existing regulation in the financial sector and the stability of the financial system (financial institutions and financial markets).[7] Financial stability is a condition in which the financial system – financial markets and financial institutions – is resistant to shocks affecting the economy and the ability to seamlessly fulfil the basic functions.[8] And this can be achieved if the risks are recognized in time and handled accordingly.

---

[2] Đorđe Popov, Svetska ekonomska kriza i Srbija, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2010, p. 7-26.

[3] Az MNB pénzügyi felügyeleti funkcióinak megerősítése, http://www3.mnb.hu/letoltes/felugyelet-hu.pdf , accessed 14.02.2016.

[4] Nagy Zoltán: A gazdasági válság hatása a pénzügyi intézmények és szolgáltatások szabályozására, p. 230., Miskolc University Press, Sectio Juridica et Politica, Tomus XXVIII.,2010.

[5] Investor Dictionary: Definition of financial supervision, http://www.investordictionary.com/definition/financial-supervision , accessed 06.02. 2016.

[6] Financial Times: Definition of supervision, http://lexicon.ft.com/Term?term=supervision , accessed 13.02. 2016.

[7] Investor Dictionary: Definition of financial supervision, ibid.

[8] Dr. Kálmán János: A pénzügyi stabilitás „háromlábú széke" – különös tekintettel az Európai Bankunió koncepciójára, SZE-ÁJDI, TAMOP 4.2.2b Pályázat könyve,

Supervision can be characterized as a sort of an executive power appearing in the financial system. The supervising agencies are related to the legislative power as well: they are subordinate to the legislation produced by the legislature – which can optionally be the government or the parliament. In addition, the supervisors themselves are endowed with certain legislative powers which are defined by each state.[9]

Crockett[10], for example, describes supervisors as accessories to the financial system's infrastructure. This is the "infrastructure" on which the financial systems can rely for proper operation that involves contract law, enforcement law, auditing activities, prudential rules and effective supervision, appropriate disclosure requirements and the creation of well-functioning payment and settlement systems. When establishing the regulatory framework, the optimal allocation of responsibility is of key importance to ensure that the financial system can operate efficiently and effectively.[11]

According to Zsolnai, the essence of the supervisory activity is that the presumption of innocence must be strictly maintain, alongside with analysing, interpreting and checking everything in a rational manner.[12]

If we continue to investigate the supervision, we can determine it as a protective equipment of society. This approach leads to the *raison d'être* of supervision, as it needs to protect society and the community from financial instability. In Farkas' view society is paying the supervision's operation in exchange for protection from a "greater harm" including the social costs resulting from it.

But from what exactly ought to protect the supervisor? This can be ascertained mainly from the objectives set by the law concerning the supervision, however, there are generally identifiable objectives too that will always be valid. This happens where the legitimate interests of the market operators need protection, while on the other side consumers as well as the market have to be protected to

---

http://www.tankonyvtar.hu/hu/tartalom/tamop422b/2010-0010_kotet_02_penzugyi_stabilitas_haromlabu_szeke_kalman_janos/penzugyi_stabilitas_haromlabu_szeke_kalman_janos_1_1.html , accessed 6.02. 2016.

[9] Andreas Grünbichler and Patrick Darlap: Regulation and Supervision of Financial Markets and Institutions, A European Perspective, July 2003,

http://www.fep.up.pt/disciplinas/pgaf924/PGAF/Texto_7_Grunbichler_Darlap.pdf , accessed 06.02. 2016.

[10] Crockett, Andrew: Central banking, financial stability and Basel II. Speech at the 38th SEACEN Governors' Conference, Manila, 13 February 2003., http://www.bis.org/speeches/sp030213.htm , accessed 07.02. 2016.

[11] Andreas Grünbichler and Patrick Darlap: ibid.

[12] Zsolnai Alíz: A pénzügyi szektorbeli felügyelet kérdései az Európai Unió tükrében, Hitelintézeti Szemle, 2009/5. Lentner Csaba:A magyar gazdasági válság és válságkezelés néhány történeti és nemzetközi aspektusa,Pénzügyi Szemel,201063. p. 561-585.

ensure fair competition. The negative effects of the financial crisis constitute further part of protection, and the maintenance of confidence in the financial system and the fight against financial abuses and financial crime can be mentioned as well.[13]

The responsibility of the supervisors is moreover to strengthen market discipline, plus constantly endeavor to get a solution to the banks that are in trouble and to the banking system's problems. These requirements can only be fulfilled if the flow of information, transparency, cooperation between the authorities, the uniformity of the financial reporting system, and the accessibility of information relating to the activities of supervisors are being developed in the banking system.[14]

Who claim that financial supervision is not required, most often explain it by the fact that the financial markets function well, market distortions cannot or only in exceptional circumstances can occur, thus it does not justify maintaining a supervisor, it is not worth the "costs ".

However, the necessity is substantially supported by a greater number of factors. If we think about the banks, they carry the risk of "hazardous operation" in nature, since they handle payments, play an important role in the economy, problems related to their activities thereby affect the financial system. Further criteria may be laid down in connection with the clients. Clients are generally not in possession of proper information, the supervisory body can easily make accessible and available to them all the information on individual financial institutions and financial products without having to obtain the information they need for themselves. It would certainly be much more difficult if it was their task. The supervision also provides the basis of protection of consumers' interest because data and information provided by financial institutions can flow through it so that clients can be prevented from abuses and scams. Transactions on financial products require greater foresight as they are different from the rest of the industries' products.

We believe that in the modern financial system financial supervision is indispensable, but the operation should be linked with the accountability requirements in any case. The supervisors always have to report their activities to the National Assembly on the one hand, and to society on the other hand. It may meet through written or oral report, supplemented by the possibility of having recourse to various media channels. Thus, they make sure that the supervisors

---

[13] Farkas István: Pénzügyi felügyeletek működési alapja, a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyeletének Stratégiája p. 429., In Dr. Lentner Csaba (szerk.): Pénzügypolitikai stratégiák a XXI. század elején, Akadémiai Kiadó, Budapest, 2007. Lentner Csaba:Közpénzügyek és államháztartástan,Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó,Budapest,2013.,p.280-330.

[14] Ligeti Sándor: A pénzügyi felügyeletek függetlensége és beszámoltathatósága. A határokon átnyúló pénzügyi tevékenység felügyelete, p. 70., Külgazdaság, LIII. évf., 2009. jan.-febr.

carry out their activities in accordance with the law and if they do not, they may be contested before court on unlawful measures.[15]

2. THE DEVELOPMENT OF THE REGULATION OF FINANCIAL SUPERVISION IN THE EUROPEAN UNION

The main steps of the regulation need to be reviewed in order to understand the current situation, even if the presentation of the complete development history, because of space limitations, is not possible within the framework of this study.

The financial sector had a special significance in Brussels since the mid-1980s. The Commission initially was in favour of detailed harmonization directives, the first banking coordination directive[16] adopted in 1977 exemplifies this tendency. The turning-point was the White Paper[17] in 1985. The focus shifted gradually away from detailed harmonization towards mutual recognition between Member States. The liberalization of financial services were placed high in the White Paper but the most important goal was all along to build the single market. In the Commission's policy a new element came to the fore, namely the protection of consumers. The economic and monetary integration, technological process, and the recognition that changes are necessary to complete the single market led to the Financial Services Action Plan[18] and the related Lamfalussy procedure. The Financial Services Action Plan contained three main objectives, the most relevant of these is ensuring uniform standards of supervision of financial markets in the Member States and at EU level as well that can be achieved through harmonization of the laws and closer cooperation between the Member States' authorities.[19] The financial supervisory and prudential regulations should be developed further, the stability of the European financial markets must be preserved. The Action Plan came true at the beginning of 2005, the Lamfalussy method was expanded from the capital market to the banking and insurance sectors.[20]

[15] Ligeti Sándor: A pénzügyi felügyeletek függetlensége és beszámoltathatósága., op. cit. p.63- 67.

[16] Council Directive 77/780/EEC on the coordination of laws, regulations, and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, OJ L 332, 1977. 12.17.

[17] Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council, COM (85) 310 final, 14 June 1985

[18] Commission Communication of 11 May 1999 entitled „Implementing the framework for financial markets: action plan" [COM (1999) 232 final]

[19] Kende Tamás – Széles Tamás: Bevezetés az Európai Unió politikáiba, p. 469-472., Complex Kiadó, Budapest, 2011.

[20] A pénzügyi szolgáltatási szektor szabályozása, Biztosítási Szemle, 2006. ápr., http://www.biztositas.hu/Hirek-Informaciok/Biztositasi-szemle/2006-aprilis/A-penzugy-szektor-szabalyozasa.html , accessed 16.02. 2016.

The regulatory policy of the EU was effected by the 2007-2008 financial economic crisis and significant changes have been made, and the events accelerated. The problems are therefore not primarily caused by the crisis, but it served as "a catalyst"[21]. As it has been previously presented, in the vast majority of the Member States there were growing tendencies for unifying the supervisory structures (or supervisors were already operating in an integrated manner before the crisis).

The creation of a supervisory system functioning with similar principles is desirable at EU level too, since the cross-border financial activity between the Member States, the existence of various establishments of parent companies and subsidiaries in different Member States, may create problems in absence of central supervisors who would have proper toolbar and duly overview over these operations. Other important factor is that the role and competence of financial supervisors, the competition rules and consumer culture etc.[22] differ between the countries, so the monitored environment is not "identical" either.

As a result of the crisis more and more weaknesses and deficiencies of the European supervisory system came to light. Despite the gradual integration of financial markets and the growing role of cross-border institutions, national borders constituted sharp lines for the supervisors concerned. Supervision within the Union functioned on a national basis, which was unable to handle efficiently the financial crisis due to its fragmentation.[23]

In addition, the banking system has undergone significant changes, new bank models have appeared, some financial groups have become more complex, and this requires the supervisory authorities to adapt.

The reform of the financial supervision system has become justified on this basis.

As a first important step, in October 2008 José Manuel Barroso, President of the European Commission at the time, asked **Jacques de Larosière**[24] to fill in the presidency of the *High Level Expert Group.* It was an independent group of eight members that got specific tasks. Three issues needed to be examined:

1. What can be done in terms of supervision of the European financial institutions and markets so that prudential status of financial institutions, proper functioning of markets and the interests of depositors, insured persons and investors be covered in the most efficient manner?

2. How to strengthen European cooperation on financial stability, monitoring, forecasting systems, and crisis management?

---

[21] Szegedi László: A pénzügyi felügyeletek európai rendszere a Meroni-doktrína tükrében, p. 3, Pro Bono Publico, Támop Speciál, 2011.

[22] Ligeti Sándor: A pénzügyi felügyeletek függetlensége és beszámoltathatósága op. cit. 77.

[23] Jogi Fórum: De Larosiére-jelentés – Megoldási javaslat az európai pénzügyi szabályozás és felügyelés jövőjére, www.jogiforum.hu/hirek/20136 , accessed 11.02. 2016.

[24] Former French central bank governor, former member of the Delors Committee, former director of the IMF, former president of the EBRD, G30 member

3. In what ways could collaborate the European authorities with significant international other states in order to maintain financial stability?[25]

On the whole, they had to develop new concepts determining the future of European financial regulation and supervision. The de Larosière group published its *report*[26] following an analysis of the issues on 25 February 2009, which is divided into four main parts and contains 31 recommendations regarding supervision in Europe. The first part deals with the causes of the financial crisis, and the other three parts contain proposals, namely on the political and regulatory actions, the EU supervisory actions and international actions.[27] The document included short- and medium-term agenda, and clearly delineated community-based structures in the new system. Besides the institutional reform, the creators of the report stressed out the strengthening of the "European supervisory culture", the national legislative revision, the conversion of the sanctioning regimes, and the establishment of colleges of supervisors.[28]

3. THE NEW SYSTEM IN THE EUROPEAN UNION, THE EUROPEAN SYSTEM OF FINANCIAL SUPERVISION

Based on the de Larosière report, the European Commission first issued a general communication in 2009 which expressed their support, then published the communication entitled "European Financial Supervision" on a specific plan of action. Following the adoption of the draft legislation the European System of Financial Supervision (ESFS) came to force on 1 January 2011.[29]

The system was built on two levels. The first level consists of macro-prudential supervision, which focuses on the European Systemic Risk Board (ESRC), and comes into being within the European Central Bank and the European System of Central Banks. The duties of the board are analysing the financial markets' significant information on macro-prudential level, and it works as a risk warning system as well, i.e. if risks are detected the ESRC informs the central banks and supervisors, and may suggest specific measures.[30] Supervisors are obliged to

[25] Jogi Fórum: De Larosiére-jelentés – Megoldási javaslat az európai pénzügyi szabályozás és felügyelés jövőjére, ibid.

[26] The High-Level Group On Financial Supervision In The EU: De Larosiére Report, 25 February 2009, Brussels, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf , accessed 16.12. 2016.

[27] Jogi Fórum: De Larosiére-jelentés, ibid.

[28] Forgács Imre: Újabb kihívás a föderális Európának. A Larosiére-csoport jelentése az európai pénzügyi felügyeletről, p. 22-29., Európai Tükör, 2009/4.

[29] Zsolnai Alíz: op.cit. p. 472.

[30] Forgács Imre: ibid.

provide an answer and if they do not comply with the recommendation they shall provide an explanation (this is the so-called: "act or explain" mechanism).[31]

The second level is intended to carry out the micro-prudential supervision, this is the European System of Financial Supervision in the narrow sense. To maintain financial stability with individual institutions as well, the European Supervisory Authorities (ESAs) were set up: the European Banking Authority (EBA), the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) and the European Securities and Markets Authority (ESMA).

These new authorities replace the 3L3 Committees which are part of the so-called Lamfalussy process, formerly called the Committee of European Banking Supervisors (CEBS), the Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors (CEIOPS) and the Committee of European Securities Regulator (CESR).[32]

The micro-prudential "pillar" is supplemented by a joint committee of the ESAs and the national supervisory authorities and the European Central Bank.

To ensure consistent operation of the structure *task-sharing* and *reciprocity* are extremely stressful. The ESFS receives micro-prudential information provided by the ESRB, in exchange, gets macro-prudential information, however, these operations do not exclude the bodies' own research and collection of information.[33] The difference between the two levels is that in the context of EU macro-prudential supervision the ESRB may only adopt decisions in form of soft-law and can also make recommendations, but it does ensure the financial stability of the system, in contrast, in the field of micro-prudential supervision the ESAs can make legally binding decisions in order to deepen the integration process.[34] Another significant difference is that the ESRB does not have a legal personality, however, the ESAs are separate legal entities.[35]

The system itself is very complex, but in fact it is made up of institutions, which were already existing in some form. The new European Supervisory Authorities are the successors of the aforementioned 3L3 Committees, but, likewise the colleges of supervisors, were already operating before the ESFS.[36]

---

[31] MNB Jelentése a pénzügyi stabilitásról, Időközi felülvizsgálat, 2009. nov. . https://www.mnb.hu/letoltes/stabjel-2009-november-hu.pdf , accessed 15.02.2016.

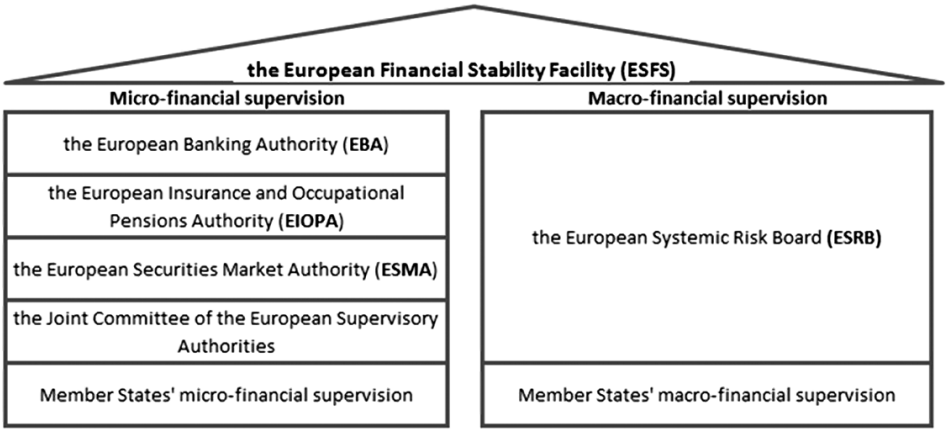
[32] Nagy Zoltán: op.cit. p. 232.

[33] Soós János: Az új európai pénzügyi felügyeleti struktúra, p. 130., Európai Tükör, 2011/2.

[34] Kálmán János: Az Európai Unió pénzügyi felügyeleti rendszerének reformja p. 3., International Relations Quarterly, Vol.5. No.2. 2014/2.

[35] Szegedi László: A pénzügyi felügyeletek európai rendszere a Meroni-doktrína tükrében op.cit. p. 9.

[36] Kreisz Brigitta: A pénzügyi felügyelet igazgatási struktúráinak fejlődése a gazdasági kormányzás megújuló európai koncepciója tükrében, p. 4-5., De iurisprudentia et iure publico, Jog-és Politikatudományi Folyóirat, 2012/3.



Source: ESRB

The European Systemic Risk Board (ESRB) is responsible for macro-prudential supervision, and does not have a separate legal entity. The main tasks of the ESRB are to prevent risks threatening the stability of the whole financial system, and in a case where they are arisen, identify and analyse them. If necessary, it issues warnings and recommendations. Because of the nature of this corporate body, a number of important EU bodies can be found in its organisation, such as the European Commission, the European Central Bank, national central banks, the European Supervisory Authorities (ESAs), Chair of the Advisory Technical Committee, the Chair and two Vice-Chairs of the Advisory Scientific Committee, and without the right to vote the national supervisors and the President of the Economic and Financial Committee (EFC)[37]. The ECB provides the Board analytical, statistical, administrative and logistical support.[38] Considering its organisation, there are the General Board, the Steering Committee, Advisory Technical Committee and the Advisory Scientific Committee. The European Union's institutional framework for financial stability is structured around crisis prevention and crisis management in which the ESRB has a key role.[39]

It is interesting to be mentioned that on 29 January 2016 ESRB issued two recommendations that were addressed at national and EU institutions responsible for the implementation of macro-prudential policy. The first recommendation, ESRB/2015/1, concerns the mandate given by the Capital Requirements Directive (CRD) to the ESRB in the area of counter-cyclical buffer rates for banks' exposures to jurisdictions outside the European Economic Area (third countries). It is designed

[37] Kreisz Brigitta: ibid.
[38] Európai Központi Bank: Makroprudenciális politika és stabilitás https://www.ecb.europa.eu/ecb/tasks/stability/html/index.hu.html , accessed 16.02. 2016.
[39] Európai Központi Bank: Makroprudenciális politika és stabilitás, ibid.

to ensure that the same counter-cyclical buffer rate for exposures to a particular third country would typically apply across the Union. The second recommendation, ESRB/2015/2, deals with cross-border effects of macro-prudential measures. It sets out the framework for dealing with these cross-border effects and establishes a mechanism for voluntary reciprocity with regard to these measures. It also intended to cover all macro-prudential measures, irrespective of which part of the financial system they address.[40]

4. THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES (ESAS OR AUTHORITY)

The European Supervisory Authorities (ESAs) operate under the same organizational structure. The president is acting on behalf of the body, the Board of Supervisors is the main decision-making body, the Management Board promotes the operations of the organization, in addition, the Joint Committee and the Board of Appeal complete the organization. The members of the Board of Supervisors are the president, who does not have the right to vote, the head of the national authority competent to supervise participants of the financial markets in each Member State, who is at least twice a year personally involved in the supervisory council meeting, one representative of the Commission and one of the ESRB, who are also non-voting. It is also possible to create interest groups within the system.[41] The ESAs have broad powers, compared to their previous advisory-coordinating function. They can make binding decisions, besides, they are also involved in the legislation by preparing the so-called regulatory and implementing technical standards. The Authority's activities do not affect the daily operation and responsibility of the national supervisors within their areas of competence.[42]

The ESA's competency has five dimensions:[43]

- **Responsibilities for cross-border financial service providers**
  The dispute settlement mechanism is worth to be highlighted. This means the ESAs' mediation activity, the possibility of a conciliation procedure,

[40] ESRB approves two recommendations that expand the European macroprudential policy framework, Press release of the European Systemic Risk Board, 29 january 2016.
https://www.esrb.europa.eu/news/pr/2016/html/pr160129.en.html ,accessed 17.02. 2016.

41 Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC **(ESMA REGULATION)**, Articles 6,37,40.

[42] Kreisz Brigitta: A pénzügyi felügyelet igazgatási struktúráinak fejlődése a gazdasági kormányzás megújuló európai koncepciója tükrében op.cit. p. 6.

[43] Forgács Imre felosztása a Mégsem éjjeliőr? Az európai kormányzás esélyei és a pénzügyi válság c. művében, Osiris Kiadó- Zrínyi Kiadó, Budapest, 2009. In Kreisz Brigitta: op.cit.

under which the national supervisory authorities can reconcile their disagreements, but only with regard to relevant issues. The process serves a dual purpose. Primarily it is aimed to use in cases where the Member States shall cooperate with each other deriving from an obligation stated in EU rules, for example in joint decision-making, so that a common position can be obtained with the assistance of the Authority. Secondly, this way it is realized indirectly, that the State concerned is required to act by taking into account the interests of the other Member State. The process ends with an agreement, or failing that, with a binding decision.

- **Responsibilities for institutions operating on EU level**
  Authorization and supervision of, for example, credit rating agencies are included (ESMA)
- **Responsibilities for each supervision standards and practices**
  E.g. development of recommendations and guidelines
- **Responsibilities for the "regulatory area"**
  A mechanism should be mentioned here as well, which, in this case, is directed to avoid the Commission's action against a Member State (to prevent regulatory arbitrage). If the authority of a Member State do not applies EU rules properly and any of the Authorities can perceive it in the exercise of the general supervisory powers, then, in the first round, they may make a recommendation, and in exceptional cases, they may take an individual decision.
- **Responsibilities for macro-prudential issues**
  Cooperation with ESRB related to macro-prudential supervision[44], which can provide the real risk-based approach of the financial sector.[45]

In order to strengthen the consistency of monitoring results, the ESAs' organize and carry out peer reviews at regular intervals for some or all activities of the competent authorities.[46] In addition, monitoring and evaluating of market events, and preparing economic analyses are also part of their activity. Moreover, they have consumer protection tasks and perform coordination and oversight of colleges of supervisors.

Their right to take individual decision is the most controversial in the academic literature. Some authors believe that this will ushering them into the same

[44] Kreisz Brigitta: A pénzügyi felügyelet igazgatási struktúráinak fejlődése a gazdasági kormányzás megújuló európai koncepciója tükrében op.cit. p. 7-8.

[45] Zsolnai Alíz: op.cit. p. 473.

[46] ESMA Regulation: Article 30.

role which national supervisors have. It is important, however, that there is only limited opportunity to do so under certain conditions. If the national authorities violated EU law and the instruments applying to the institution are directly applicable, the Authority may oblige them to take concrete actions, but only as a last resort. It serves as a "guarantee element" that the Authorities ought to ensure the decision not to conflict with issues related to the budget of the Member States.[47] Furthermore, it is possible that any natural or legal person bring an appeal against such a decision, including the competent authorities against decisions concerning them directly and individually. The Board of Appeal will decide on the matter, which is a joint body of the three Authorities, whose decision or the decisions taken by the Authorities can be challenged before the Court of Justice of the European Union.[48]

The European Banking Authority (EBA) is based in London. Without prejudice to the EU law, it exercises supervision over individual credit institutions, financial conglomerates, investment firms and payment institutions.[49] The EBA's duties are monitoring the European banks and the cross-border operations of international credit institutions, promoting cooperation and exchange of information between national supervisors, strengthening European integrity of the supervisory activities, eliminating risks, or in the event of crisis situations enacting the necessary measures.[50] Where applicable, it may create a Banking Stakeholder Group for effective consultation.[51]

The harmonization of the internal market demands the EBA's significant right to create the so-called *Single European Rulebook*, which is applicable to all financial institutions in the internal market.[52]

The location of **the European Securities and Markets Authority (ESMA)** is in Paris. As a special task, this Authority provides the direct European supervision of credit rating agencies. In addition, it ensures proper regulation and supervision of investment and other risks. A Securities and Markets Stakeholder

---

[47] Szegedi László: A pénzügyi piacok közvetlen európai felügyeletének kihívásai, NKE Egyetemi Folyóirat, Pro Publico Bono, 2011/1.

[48] ESMA Regulation: Article 60.

[49] Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (**EBA REGULATION**), Articles 1, 8.

[50] Tajti Zsuzsanna: A bázeli ajánlások és a tőkemegfelelési direktíva (CRD) formálódása, p. 506., Hitelintézeti Szemle, 2011/5.

[51] Soós János: op.cit. p. 134.

[52] Kreisz Brigitta: Az európai bankfelügyeleti hatáskörök válság utáni expanzója – kérdőjelekkel, p. 126., ESMA Rendelet: 1. cikk és 37. cikk Doktori Műhelytanulmányok, Győr, 2014.

Group has to be established for the purpose of promoting consultation with stakeholders in the affected areas of the ESMA.[53]

The European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) is a Frankfurt-based authority, represented by the President, governed by the Management Board, the main decision-making body is the Board of Supervisors composed of the representatives of national supervisory bodies.[54] It is responsible for proper regulation and supervision of risk-taking with regard to the insurance, reinsurance and occupational pension activities to foster supervisory convergence and the protection of the insured, policyholders, pension scheme members and beneficiaries. If necessary, an Insurance and Reinsurance- and an Occupational Pensions Stakeholder Group should be set up.[55]

Joint Committee of the European Supervisory Authorities (**Joint Committee**)

The Joint Committee is a mixed committee, a forum in which EIOPA cooperates regularly and closely with EBA and ESMA, ensuring the cross-sectoral development of consistency and common positions in the supervision of financial conglomerates. The functions of the President are exercised by the Presidents of the Authorities at intervals of 12 months. The chairman of the Joint Committee is the vice-president of the ESRB at the same time. The Joint Committee has a dedicated staff provided by the Authorities, which allows the creation of an informal exchange of information and common supervisory culture among the authorities.[56]

5. REGULATION OF THE BANKING UNION

Following the formation of the European System of Financial Supervision (ESFS) in 2011, they discovered soon that the coordination of the ESRB was not sufficient to prevent the fragmentation of the European financial market[57] The prudential supervision was still variant in the Member States, which made the deepening

[53] Esma Regulation: Articles 1, 37.

[54] Képviselői Információs Szolgálat: Biztosításfelügyelet, http://www.parlament.hu/documents/10181/303867/2015_39_biztositasfel%C3%BCgy/d56f5ae9-855d-4257-b82b-a0d19eb8efe5 , accessed 17.02.2016.

[55] Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC(**EIOPA REGULATION**), (10) and (47)

[56] EIOPA Regulation: Articles 2, 54.

[57] Kreisz Brigitta: Az európai bankfelügyeleti hatáskörök válság utáni expanziója – kérdőjelekkel op.cit. p. 117.

of integration more difficult[58], and implied the risk of a potential crises.[59] Consequently, further reforms had been made in the organisation. Some EU-level functions of the EBA, as well as some of the Member States' supervisory functions were transferred to the European Central Bank.[60]

The innovation arose as "a political vision" in a statement of the European Commission published in May 2012, and then in the report of the President of the European Council for a "real economic and monetary union".[61]

The new financial strategy was the Banking Union that refers to a framework consisting of three pillars. The pillars are: the Single Supervisory Mechanism (SSM), the Single Resolution Mechanism (SRM) and Single Resolution Fund (SRF) and the Deposit Guarantee Schemes (DGS). The single supervisory rulebook (Single Rulebook) completes the system. The implementation of the legislative framework took place in several steps, until today the SSM and the SRM have been carried out.

The Banking Union is based on the Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the Article 127 (6).[62] The essence of the system is that within the framework of an integrated structure, based on EU-wide rules, an EU-wide common banking supervision[63] operates independently from the Member States in order to prevent a crisis, and if it does happen, the resolution of the institutions involved and the protection of the investments of the depositors are guaranteed.[64] National supervisory authorities nevertheless are in close cooperation obligations based on strict standards and requirements. The members are all of the current euro area countries, and the countries who adopt euro will become members automatically in the future. The non-euro area countries can join by concluding a so-called close cooperation.[65]

---

[58] Kálmán János: Az Európai Unió pénzügyi felügyeleti rendszerének reformja op.cit. p. 9.

[59] Buda Lorina: Az Európai Unió pénzügyi felügyeleti rendszerének átalakulása és a Bankunió létrehozásának bemutatása, p. 117., Pro publico bono – Magyar közigazgatás: A Nemzeti Közszolgálati Egyetem szakmai folyóirata, 2015/2.

[60] Kreisz Brigitta: Az európai bankfelügyeleti hatáskörök válság utáni expanziója – kérdőjelekkel, ibid.

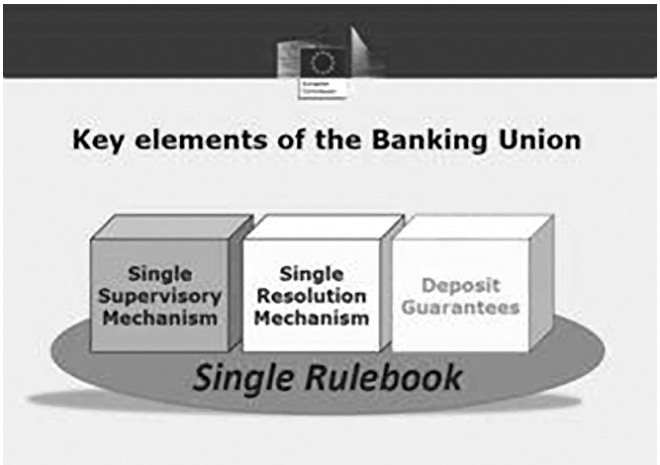
[61] Kreisz Brigitta: Az európai bankfelügyeleti hatáskörök válság utáni expanziója – kérdőjelekkel op. cit. p. 126.

[62] Marcel Magnus, Jockum Backman , Cairen Power: Bankunió, 2015/09, p.1. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/hu/FTU_4.2.4.pdf , accessed 02.20.2016.

[63] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Bankunió http://www.consilium.europa.eu/hu/policies/banking-union/ , accessed 02.20. 2016.

[64] Buda Lorina: op.cit. p. 118.

[65] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Bankunió, ibid.



Source: European Commission

The Single Rulebook is made up of regulations, directives and regulatory and implementing technical standards[66], which apply to all financial institutions in the EU, including approximately 8300 banks and all financial products. For instance, the rules on capital requirements for banks. The EBA is required to ensure effective and consistent implementation of the Single Rulebook in the banking sector.[67]

Three law should be highlighted. The SSM itself was established by the Regulation (EU) No. 1024/2013 conferring specific tasks on the European Central Bank (ECB) concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions and the Regulation (EU) No 1093/2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority) as regards the conferral of specific tasks on the European Central Bank pursuant to Council Regulation (**SSM Regulation**). The **SSM Framework Regulation**[68] sets out the cooperation between the European Central Bank and the national supervisory authorities.

The SSM has been working within the framework of the ECB since 4 November 2014, whereby the ECB's responsibilities were expanded with supervisory powers. According to its report[69] issued in 30 December 2015, the ECB became

[66] Kálmán János: Az Európai Unió pénzügyi felügyeleti rendszerének reformja op.cit. p. 9.

[67] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Bankunió, ibid.

[68] Regulation (EU) No 468/2014 of the European Central Bank of 16 April 2014 establishing the framework for cooperation within the Single Supervisory Mechanism between the European Central Bank and national competent authorities and with national designated authorities

[69] European Central Bank: List of supervised entities, 30 December 2015. https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list_for_publishing_20151230en.pdf , accessed 20.02.2016.

responsible for the direct oversight of more than 130 systemically important financial institutions, however, national supervisory bodies continue to carry out the supervision of other banks under the ultimate responsibility of the ECB. The number of directly supervised banks, of course, can vary over time; and the ECB may decide at any time that a particular bank is a "major bank".[70]

Before starting the supervisory activity, in autumn of 2014 the ECB made an overall survey, which consisted of an asset quality test and a stress test, in order to the banks' balance sheets be more transparent.[71] In Hungary, OTP Bank voluntarily undertook the stress test that did not detect the shortage of capital of this credit institution,[72] but Hungary is not yet part of the SSM.

Countries participating in the Single Supervisory Mechanism

Source: European Central Bank: Banking Supervision: SSM priorities 2016.

The ECB's supervisory tasks are very broad, therefore the listing we make will be non-exhaustive.

[70] Marcel Magnus, Jockum Backman, Cairen Power: op.cit. p. 2.
[71] Marcel Magnus, Jockum Backman, Cairen Power: ibid.
[72] Buda Lorina: op.cit. p.120.

There are activities which fall within its exclusive competence, but also performs certain tasks in cooperation with other authorities. Regular checks are made by means of supervision.[73] In this context, the ECB is competent to control the supervision of smaller banks carried out by the national supervisory authorities, the existence of prudential regulation corresponding to EU rules, and the governance mechanisms within the banks. In addition, it draws up monitoring reports, defines capital buffers and runs stress tests, whereby cooperates with the EBA. It authorizes the operation of credit institutions, where appropriate, it may withdraw the authorization as well. Furthermore, it cooperates mainly with the national supervisory authorities regarding to consumer protection and the fight against money laundering, and with the resolution authority as an "early intervention institution."[74] In case of irregularities are discovered during its investigation, penalties may be applied (imposing a fine or penalty payment).[75] The tools necessary to achieve the supervisory tasks have been set out in a long list in the Article 16 of the Regulation SSM, such a tool is, for example, the requirement of additional or more frequent reporting, or the restriction of operation, network and business of the institutions.

The ECB's supervisory responsibilities are carried out by the Supervisory Board, whose members are the Chair, Vice Chair, four ECB representatives, and representatives of national supervisors of the participating EU Member States. The Governing Council should adopt the complete draft decisions proposed by the Board. The Chair of the Supervisory Board is Danièle Nouy, who was appointed in December 2013, and Sabine Lautenschläger was named as Vice President in February 2014. Both of them have a mandate of five years and is not renewable. The ECB is accountable on the basis of a separate agreement with the European Parliament and the Council.[76]

By establishing SRM the purpose was to enforce a unified approach against the banks close to bankruptcy, by which the stability of the financial sector of the participating Member States might strengthen. A further objective, in addition, was to prevent the crisis spreading to non-participating Member States, which can ultimately ensure the functioning of the internal market.[77]

---

[73] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes felügyeleti mechanizmus http://www.consilium.europa.eu/hu/policies/banking-union/single-supervisory-mechanism/ , accessed 02.20.2016.

[74] Buda Lorina: op.cit. p. 119.

[75] SSM Regulation (36)

[76] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes felügyeleti mechanizmus ibid.

[77] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes szanálási mechanizmus http://www.consilium.europa.eu/hu/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/ , accessed 20.02.2016.

The legal background is composed of the SRM Regulation[78] and the RSM Directive[79].

The SRM began its operations in January 2015, it expands on one hand to the Member States of the euro area, and to the banks joining the Banking Union on the other hand.[80] A more effective resolution mechanism is a basic instrument to avoid damages that arose in the past from insolvency of the banks.[81]

Under Article 3 of the Directive, each Member State shall designate one or, exceptionally, more resolution authorities that are empowered to apply the resolution tools and exercise the resolution powers.

The purpose of SRM is to ensure an efficient resolution of failing banks with minimal costs to taxpayers and to the real economy.[82] The SRM provides possible plans for resolution without requiring taxpayer bailouts. This can be brought off by the so-called "bail-in" tool, which essentially means that the shareholders and creditors bear the losses.[83]

Besides the above mentioned tool there is another source of financing, the Single Resolution Fund (SRF), a fund established at supranational level. It is available for resolving the failing banks, if other options, such as the recapitalization by creditors and diluting shares (bail-in tool) have been exhausted.[84] The SRF has been operating since January 2016[85], initially consist of „national compartments" that will gradually be merged over an 8-year transitional phase so that by 2024 SRF meets the objective, an amount of around €55 billion.[86]

During the initial build-up phase, a *„bridge financing"* would be used from national sources, consisting of bank levies, or from the European Stability Mech-

---

[78] Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/201

[79] Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council Text with EEA relevance

[80] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes szanálási mechanizmus, ibid.

[81] SRM Regulation (8)

[82] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes szanálási mechanizmus, ibid.

[83] Marcel Magnus, Jockum Backman, Cairen Power: op.cit. p. 3.

[84] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes szanálási mechanizmus, ibid.

[85] Buda Lorina: ibid.

[86] Marcel Magnus, Jockum Backman, Cairen Power: ibid.

anism in accordance with existing procedures. The SRF's advantage is that the banks do not depend on any support from the national budget nor the practice of the Member States relating to various financing options. The system will not have significant impact on member states' finances over medium term, because the amounts drawn under the credit lines will have to be repaid by the banks of each country. For the countries not participating in the Banking Union, of course, this will not lead to any cost.[87]

The Single Resolution Board (SRB) is the main body of the mechanism. It has the right to initiate the resolution of a bank, while the decision will be implemented in cooperation with national resolution authorities. The SRB started its work on 1 January 2015, but has been fully operational only since January 2016.[88] The Board holds either *executive* or *plenary session*. The **executive session** prepares all resolution decisions and strive to adopt decisions that affect banks for which the board is directly responsible. The plenary session is responsible for the more general decisions or above a certain threshold, this meeting will decide on the use of the SRF as well.

The operation of the SRM is a complex process with the collaboration of several bodies. (See the diagram on the next page)

The Deposit Guarantee Scheme (DGS) has so far failed, however, according to the Commission this is the missing third pillar of the Banking Union that could make the banking system a uniformly operating system. Under the current solution for the future is thought to be created a system in which the deposit guarantee funds of the countries would still protect the depositors of all banks up to a maximum of 100 thousand euros, by means of a reinsurance scheme. A new body would be created, the European budgetary council, which would function as a consultant with the participation of five independent experts. Its tasks would be to control the national budgets, to assess how the processes of individual countries affect the euro area as a whole, as well as it may participate in the development of future financial system of the euro area.[89]

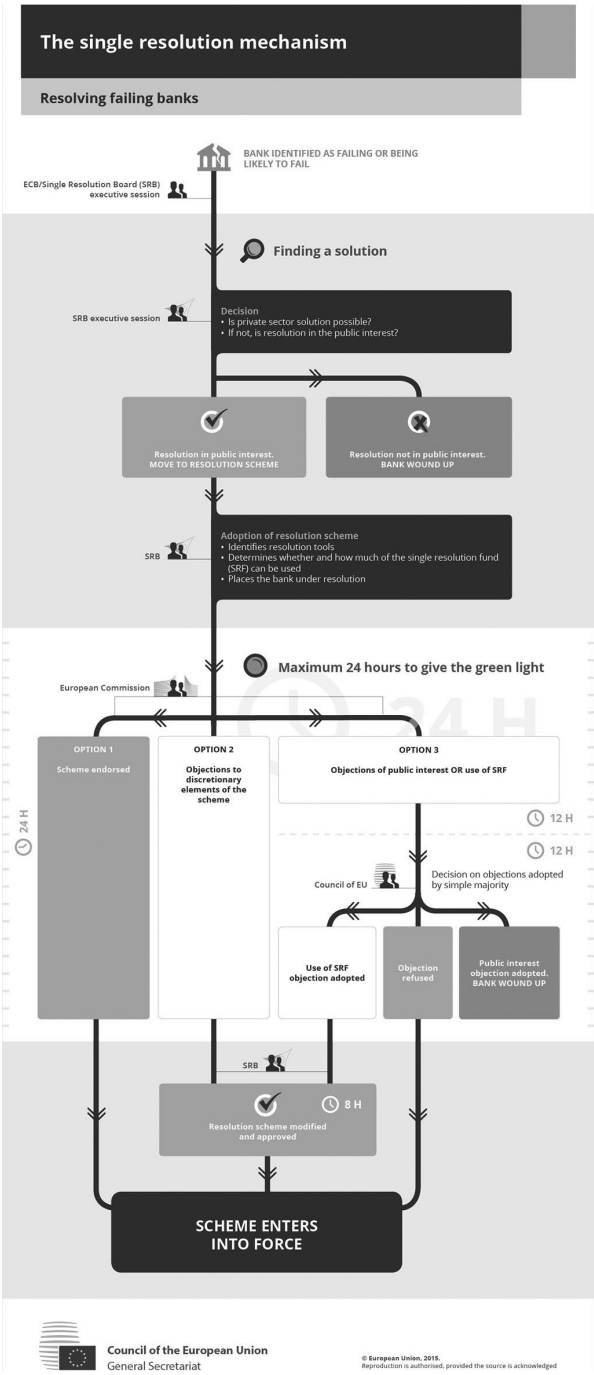
---

[87] Az Európai Tanács és az Európai Unió Tanácsa: Szakpolitikák: Egységes szanálási mechanizmus, ibid.

[88] Marcel Magnus, Jockum Backman, Cairen Power: op.cit. p.2.

[89] Világgazdaság: Új szakaszba lép az eurózóna integrációja, 2015. 10. 22.

http://www.vg.hu/gazdasag/uj-szakaszba-lep-az-eurozona-integracioja-459674 , accessed 20.02. 2016.


The single resolution mechanism
Resolving failing banks
BANK IDENTIFIED AS FAILING OR BEING LIKELY TO FAIL
ECB/Single Resolution Board (SRB) executive session
Finding a solution
SRB executive session
Decision
• Is private sector solution possible?
• If not, is resolution in the public interest?
Resolution in public interest. MOVE TO RESOLUTION SCHEME
Resolution not in public interest. BANK WOUND UP
SRB
Adoption of resolution scheme
• Identifies resolution tools
• Determines whether and how much of the single resolution fund (SRF) can be used
• Places the bank under resolution
Maximum 24 hours to give the green light
European Commission
24 H
OPTION 1
Scheme endorsed
OPTION 2
Objections to discretionary elements of the scheme
OPTION 3
Objections of public interest OR use of SRF
12 H
12 H
Council of EU
Decision on objections adopted by simple majority
Use of SRF objection adopted
Objection refused
Public interest objection adopted. BANK WOUND UP
SRB
8 H
Resolution scheme modified and approved
SCHEME ENTERS INTO FORCE
Council of the European Union
General Secretariat
© European Union, 2015.
Reproduction is authorised, provided the source is acknowledged

Steps of the operation:

1.The ECB as a supervisor should inform the Single Resolution Board (SRB) if a bank is failing or likely to fail. Such a decision may be taken by the executive session of the SRB on its own initiative, if, after the ECB receives the information does not take steps within 3 days.

2. The executive session shall decide whether it can be solved by private sources or resolution is necessary in the public interest

3. Where the terms of the bailouts are not met, the bank should be wound up in accordance with national law.

4. If the conditions are met for resolution, the SRB adopts a resolution scheme that defines the resolution tools and the use of the Single Resolution Fund. As the SRB adopts the scheme, immediately forwards it to the Commission.

5. The scheme enters into force within 24 hours of the acceptance by the SRB. In the meantime, the Commission shall adopt the scheme, or:

- Object to the discretionary elements of the scheme adopted by the SRB
- Propose to the Council to object to the scheme on the grounds that the resolution cannot be required in the public interest. In this case, the Council shall act by a simple majority.

-Propose to the Council to approve a material modification of the Fund's amount that is provided in the scheme or object to it. Where the Commission intends to propose to the Council to oppose, than it has 12 hours from the approval of the SRB so that the Council is able to decide on within the next 12 hours.

If the Council objects to the resolution of an institution, it will be wounded up under the applicable national law.

6. Finally, the SRB will ensure that the national resolution authorities are concerned to take the necessary measures.

6. CONCLUSION

Financial supervision covers a control mechanism, which has demonstrated its necessity and legitimacy particularly due to the financial and economic crisis. The form in which it is realized can be distinct, there are various models. In this regard, a number of authors are trying to collect positive and negative criticisms, arguments and counterarguments.

The fact that the European financial markets undergone a rapid transformation in the last three decades as a result of deregulation and development of information technology, and that financial conglomerates, international financial institutions have emerged and new financial products have evolved, raised doubts about the separate sectoral supervisors and the efficient supervision of the financial markets

of the various national authorities. The majority of the states committed themselves to the integrated model and the supervision was constructed within the central bank. It is important, though, to develop a structure and regulation in accordance with certain criteria so that the supervisor can actually carry out his duties effectively in an environment where the tasks entrusted to it are off all kinds and different. If not, the path of further development may be extended, or a barrier may be formed as well.[90]

In the European Union efforts for integration have been pervading the regulation policy in the last few years. The European System of Financial Supervision and the Banking Union desire to achieve a truly unified economic and monetary union and to prevent the formation of a new crisis on supranational level through central bodies and mechanisms. Bodies, responsible for the supervision of risks emerging on the level of the individual operators and the system, have been established. However the new system is not fully developed at EU level either. We can encounter objections in connection with the ESAs, and the Banking Union raises many questions as well. (For example, if it is worth it to join as a country like Hungary, which is not a member of the euro area.)

All in all, it can be said that good efforts, a significant progress have been made, the institutional set-up may be able to operate effectively. The crisis has opened up the "window of opportunities" by developing comprehensive reforms.[91] A supervision that is transparent, responsible, and takes into account the cross-border services, is essential to prevent the formation of a new crisis.

According to experts, the financial supervision was indeed one of the causes of the failure of the financial system, besides to inconsistent regulation and the possibility to make use of the regulatory arbitrage.[92]

---

[90] Helena Holopainen: Integration of financial supervision, Bank of Finland Research, Discussion Papers, 12/2007 http://www.suomenpankki.fi/en/julkaisut/tutkimukset/keskustelualoitteet/Documents/0712netti.pdf , accessed 21.02. 2016.

[91] Valia S. G. Babis: Single Rulebook for Prudential Regulation of Banks: Mission Accomplished?, University of Cambridge – Faculty of Law, Legal Studies Research, Paper Series, June 19, 2014. http://ssrn.com/abstract=2456642 , accessed 21.02. 2016.

[92] Bilal Hussain: Integrated Financial Supervision and its Implications for Banking Sector Stability, New York University, May 2009

http://www.stern.nyu.edu/sites/default/files/assets/documents/con_043132.pdf , accessed 21.02.2016.

Dr Zoltan B. Nađ, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet
jogdrnz@uni-miskolc.hu

Anet Š. Čisar, advokat
anett.csiszar92@gmail.com

Aspekti evropskog sistema finansijske kontrole

***Sažetak**: U ovom radu se razmatraju glavni stadijumi u razvoju regulative posvećene evropskoj finansijskoj kontroli, kao i aktuelni sistem evropske finansijske kontrole. Finansijska kriza istakla je slabosti sistema kontrole, ali i činjenicu da ona ima važnu ulogu u zaštiti potrošača i umanjenju rizika finansijskih institucija. Evropska unija razvila je novu strategiju poznatu kao bankarska unija, koja počiva na tri stuba – jedinstvenom nadzornom mehanizmu, jedinstvenom sanacijskom mehanizmu i zajedničkoj šemi za osiguranje depozita. Ovaj sistem ima za cilj da ostvari jedinstvenu ekonomsku i monetarnu uniju na nadnacionalnom nivou, kao i da izbegne nastanak nove krize u najvećoj mogućoj meri.*

***Ključne reči**: bankarska unija; finansijska kontrola; SSM; SRM; DGS; Evropska centralna banka; evropski sistem finansijske kontrole; bankarska regulativa.*

Datum prijema rada: 05.10.2016.

Originalni naučni rad 349.2
364.3
doi:10.5937/zrpfns50-11990

Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
jakabn81@gmail.com

ON THE SIGNIFICANCE OF THE EMPLOYEE STATUS AND OF THE PERSONAL SCOPE OF LABOUR LAW REGULATION*

Abstract: *The essay focuses on the relevance of the labour law regulation's personal scope, what the holistic approach of employee status and its social part mean. There have been discussions in the European Union to which circle of working people shall the protection system of labour law apply, and how the security of employees can be guaranteed under the pressure of flexibility. The debates have been inspired by a changed economic and social environment in the XXth centrury.*

The essay presents the influence of the changing economic and social environment in the concept of employee status, and more closer in the Hungarian labour law regulation. The decision who is acknowledged to be an employee is made by the legislator. By making this decision the labour law regulation shows a tendency of withdrawal and moving forward in the last decades. The change of employment contract develops at the same time with the expansion of personal scope in Europe and shows a great variety. The legislation, judicial practice, legal practice and the collective bargaining influence the expansion of protection under labour law.

The changes of personal scope in the Labour Code of 1992 and 2012 are presented, how it is extended and in which direction. The personal scope is also applied to link the public and private sector by finding a common focal point: the characteristics of emplyoment.

While coping with the employment relations on the labour market and trying to fit into the self-employed – emplolyee-like person – employee categories, it is suggested to exceed the contractual framework by means of abstraction and using the concept of personal work relations.

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

Employee status has social part; therefore the essay describes the social consequences of being employee and its relation to the employee status.

Keywords: *personal scope of the labour law regulation, extension in the Labour Code, link of the public and private sector, social part of the employee status.*

1 ON THE SIGNIFICANCE OF THE EMPLOYEE STATUS AND THE PERSONAL SCOPE OF LABOUR LAW REGULATION

The personal scope of a field of law points out the subjects, to whom the provisions shall apply. Labour law shows the tendency of withdrawal and moving forward in the last decades generating vivid professional debates in the European Union.[1] The following issues are challenged: ad1. To which circle of working people shall the protection system of labour law apply? Ad2. How can the security of employees be guaranteed under the pressure of flexibility?[2]

The debates have been inspired by a changed economic and social environment, in which new regulating technics are needed instead of the system based

[1] See more: European Commission 1998: Transformation of labour and future of labour law in Europe. Final Report, June 1998, http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/15_supiotreport.pdf. (2014.06.24.)

A. Bronstein: *International and Comparative Labour Law,* Palgrave Macmillan, International Labour Organisation, 2009, 1-22.

S. Perniczka: Organizing the Self-Employed: Theoretical Considerations and Empirical Findings, *European Journal of Industrial Relations* (12) (2006) 2, 125-142.

Jobs, Jobs, Jobs Creating more employment in Europe, Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok, November 2003, 8-9. (2014.06.23.)

Green Paper Modernising labour law to meet the challenges of the 21 st century, Brussels, 22.11.2006 COM(2006) 708 final, 3.; Frey Mária: Az Európai Unió foglalkoztatási stratégiája. http://econ.core.hu/doc/mt/2004/hun/Frey_I.pdf (2014.06.23.) 162-164.

Time to move up a Gear The European Commission's 2006 Annual Progress Report on Growth and Jobs, 6. See more: Council and Commission Joint Employment Report 2005/2006, 6, 12-13. http://aei.pitt.edu/40091/1/COM_(2006)_30_3.pdf (2014.06.24.)

R. Blainpain– F. Hendricks (ed.): *Labour Law between Change and Tradition. Liber Amicorum Antoine Jacobs*. Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.; R. Wank: Diversifying Employment Patterns – the Scope of Labor Law and the Notion of Employees., 137-143.

http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/documents/clls04_wank2.pdf . (2014.01.30.)

[2] On the concept of flexicurity see more: Y. Stevenst – B van. Buggenhou: The Influence of Flexibility as a Motor of ChangingWwork Patterns on Occupational Pension as Part of Social Protection in Europe. *Comparative Labour Law & Policy Journal* 21. (1999-2000), 331-370.; K. V. W. Stone: Flexibilization, Globalization, and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in our Time, in: *Regulating Labour Law in the Wake of Globalisation. New Challanges, New Institutions* (B. Bercusson – C. Estlund (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, 115-136.; J. Michie – M. Sheehan: Labour 'flexibility' – securing management's right to manage badly? in: *Systems of Production, Markets, organisations and performance* (Brendan Burchel – Simon Deakin – Jonathan Michie – Jill Rubery ed.), Routledge, London and New-York, 2005, 178-191.

on instructions, orders and hierarchy, such as tax reduction of employees and self-employed, functioning of occupational pension schemes, employee's share, temporary subsidies for undertakings in the case of employing jobseekers.

New mechanisms of information and consultation are needed favouring the principle of partnership between the organizations of employee and employer. The human right movement and globalisation have also affected labour law since the XXth century.[3] The fight against social inclusion and the integration policy refer to people being unable to participate on the open labour market. On the one hand the target groups of integration – like women, parents, young workers, and disabled people – require security and protection under labour law, meanwhile the industry calls for the decrease or elimination of strict labour law provisions.

The new employment methods in the XXIst century affect the personal scope of labour law, ie. who are entitled for the protection granted to the employee and who are excluded. The change of employment contract develops at the same time with the expansion of personal scope in Europe and shows a great variety. The legislation, judicial practice, legal practice and the collective bargaining influence the expansion of protection under labour law.

There are three ways pointing out the boarders of dependent work in the European Labour Law system: expansion of the definition of employee, the creation of the third type of working people (tertium genus referring to the employee-like-person[4]), and establishment of a sort of common law of working people including the expansion of some protective rights.[5]

Employment relationships change among the social and economic circumstances. What are the changes in labour law?[6] People move jobs most frequently,

---

[3] See more S. Jašarević, Flexible Work – Right Solution or Fallacy, *Novi Sad Faculty of Law Collected Papers*, 4 (2012), 174-178.

[4] *See:* Prugberger, T.: Az önfoglalkoztatás intézménye a nyugat-európai és a magyar munkajogban, *Magyar Jog* 2 (2014), 68-69.

[5] See: N. Countouris: *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate Publishing Company, Hampshire, Burlington, 2007, 57-59.

P. Davies – M. Freedland: Labour Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 21 (1999-2000), 237-238.; A.C.L. Davies: *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 77-96.

S. Deakin – G. S. Morris: *Labour Law*, Sixth Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 172-182.

S. Deakin: *The many Futures of the Employment Contract.* ESCR Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 191., 2000, 5-8.

On the definition of employee see: Mélypataki, G.: A munkavállaló fogalma a magyar és a német jogban a munkáltató szempontjából. *Publicationes Universitatis Miskolcinensis Sectio Juridica et Politica Tomus*, Volume 30. Issue 2. Miskolc University Press, Miskolc, 2012. 521-540.

[6] See more Collins, H., Ewing, K. D., McColgan, A. (2012) pp. 38-44; Rogowski, R., Salais, R., Whiteside, N. (2011) pp. 229-242.

often taking fixed-term appointments, temporary jobs, agency work and casual jobs. Many people have become self-employed. Hours of work have become subject to greater variability. The work to perform has become diversified. The changes in the form of work are described by the term "flexibilisation".[7] It is needed to establish such legislation that recognises that there are workers, who do not fall under the traditional employee-test, but still need the protection under labour law. What is the employee-test? It is obvious, that the employee status is described by the characteristics of the labour law, and the main features are dependency, subordination, and continuous work performance. If a person decides to work for somebody else, this will result in an employment relationship with the employer's consent. However, workers are different. There are workers performing work personally, for consideration, regularly and permanently for the same person and other regular earning activity can not be expected in the course of fulfilment of the contract. This worker is economically dependent as employee, but usually is not entitled for the protection of labour law institutions[8]. Consequently, there are numerous questions arising in the case of employee-like-persons. How to handle these workers? Where to place this group dogmatically in labour law? Under which conditions will they be entitled to labour law protection?

Determination of personal scope of labour law regulation has become significant, and constituted a basic issue of the labour law theory as self-determination is realised by the subjects of the employment contract.

The employee's and employer's definition are strongly connected to each other. [9] In the literature there is an approach which defines the characteristics of employment relationship through the definition of employee (labour law is the *Sonderrecht* of employees). [10] Therefore the dogmatic issue of employee status and the personal scope are outstanding as they mean the realization of the labour law protection.

---

[7] See more: Gyulavári, T. , Hős, N. (2013), 'The Road to Flexibility? Lessons from the New Hungarian Labour Code', *European Labour Law Journal*, 4, pp. 253-270.

[8] For protective legislation see for example Prugberger, T., Csák, Cs., Tóth, H. (2002), Hungarian legal regulation of workers guaranteed payments in cases of employer insolvency A review in the light of EC Directive 80/987, South-East Europe Review For Labour And Social Affairs, (5) 2. pp. 95-101.; Csák, Cs. (ed.) (2007), Ünnepi tanulmányok Prugberger Tamás professzor 70. születésnapjára, Miskolc: Novotni Alapítvány.

[9] Kiss, Gy.: *Alapjogok kollíziója a munkajogban* Akadémiai Doktori Értekezés, Pécs, 2006, 249., 253., 258. oldalak. (The docotrate thesis was published in 2010: Kiss, Gy.: *Alapjogok kollíziója a munkajogban,* Justus Tanácsadó Bt. Kiadása, Pécs, 2010.; Kiss, Gy.: *Munkajog*. Osiris, Budapest, 2005, 104.

[10] Gy. Kiss (2005), 116.

2 PERSONAL SCOPE AS A TOOL FOR CONNECTING THE PUBLIC AND PRIVATE SECTOR

The personal scope of the labour law regulation as a focal point of the applicability of labour law provisions can be presented by the subjects of the employment contract. Researches of Gábor Mélypataki in the public sector were amongst others carried out from the employee's point of view, and tried to determine a superior-employee definition. He worked out the issue of unification of the two sectors amongst others through the employee status, ie. the personal scope. This means that the research on the employee status exceeds the private sector, which I have examined earlier in the light of the labour market and social movements. Mélypataki's reasoning expands the debate horizontally in the *working relations,* and the working people are analysed from the employer's point of view. However, his recommendation for a superior employee definition can be only acceptable in the course of construction of the system of working relations including all types of work having personal and/or economic dependence. These relations are characterised by ordination, instruction, subordination, and control in a different scale. This conceptualization contains not also the working people of the private and public sector, but also the people in the grey zone such as contract workers, precarious workers, and commercial agents. This conceptualization is able to distinguish between the relations based on subordination and non-subordination, ie. partnership. I am convinced that the contractual frames are very narrow to describe the employment and working situation of today's world. Therefore, I suggest exceeding this framework and moving into the personal work relations concept (see later).[11]

3 THE EMPLOYEE IN THE HUNGARIAN LABOUR CODE AND THE SIGNS OF EXPANSION

Generally speaking, employee carries out work for others, this is the difference between the employee and the self-employed (based on the binary divine).

[11] Mélypataki, G.: A közszolgálat egységesítésének elméleti és gyakorlati problémái, és kapcsolata a munka magánjogával. Deák Ferenc Állam-és Jogtudományi Doktori Iskola, Miskolc, 2016.; Mélypataki, G.: A nyílt és a zárt közszolgálati rendszerek összehasonlítása, *Miskolci Jogi Szemle: A Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának Folyóirata* 5. (2010), 156.; Mélypataki, G.: Outdoor or Indoor – The Place of the Civil Service Law in the Hungarian Legal System, in: *The Publications of the MultiScience – XXIX. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference* (szerk.: Kékesi Tamás). Konferencia helye, ideje: Miskolc, Magyarország, 2015.04.09-2015.04.10. Miskolc: University of Miskolc, 2015. m.a. (ISBN:978-963-358-061-5)

M. Freedland – N. Countouris: *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

The main feature of the employee status stems from the capacity for work[12] and not from the legal capacity. [13] Employee status contains two aspects of the institution: the general and the special status. General status refers to the compliance with the legal provisions, and the special to the ability to perform the job.

The employee status was regulated differently in the Labour Code of 1992 (Act XXII. of 1992 on the Labour Code) and in the Labour Code of 2012 (Act I of 2012 on the Labour Code, furthermore referred to as *Mt.*). Between 1992-2012 the conditions of the employee status were the followings: fulfilment of the age 16, having at least partial legal capacity. The condition referring to legal capacity was problematic as not all people having capacity for work were able to participate on the labour market (see for example people with intellectual and psychosocial disability).

This provision changed in 2012, ie. § 34 of the Labour Code (Mt.) prescribed that employee was a natural person who performed work under an employment contract and fulfilled age 16. Legal capacity ceased to be a condition for the employee status.

Mt. lays down the definition of employment relation and employment contract. § 42 (1)-(2) prescribes: employment relations comes into being by the employment contract. According to the employment contract *a) the employee is obliged to perform work under the order and instruction of the employer,*

b) the employer is obliged to employ and pay wages.

Consequently, the work with personal and economic dependence remains within the borders of labour law regulation.

The Mt. has expanded its personal scope to relationships, in which the personal dependence has less intensity, such as the contract worker and tele-working. It means that a minimum level of personal dependence may establish labour relationship and may constitute the expansion of the personal scope of the protective system of labour law.

There is another paragraph which needs to be examined closer. § 212 of the Mt. lays down provisions on the work of incapacitated employee. This section refers to the right to work of people with intellectual and psychosocial disability. In principle, this group of people was deprived of the legal status under the Labour Code of 1992, now they can be subject of labour law. § 212 prescribes that employment relationship can be established with an incapacitated employee, if he/she is able to perform a work durably and continuously as a result of his/her health condition. The tasks carried out during the performance of work shall be detailed; the health assessment shall embrace it. The performance of work must be supervised

[12] On the freedom of contract of the independent undertaker see Gy. Kiss: (2006), 285-290.; see more: Gy. Kiss (2005), 116.

[13] See more Gy. Kiss (2005), 104-105. 117., Gy. Kiss (2006), 255-261., Bankó, Z.: *Az atipikus munkajogviszonyok*, Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2010, 182.

in a way which is in compliance with the safety and health instructions. The provisions of young workers shall apply except for the liability provisions.

Unfortunately, there are not any provisions regarding the rehabilitation, training, supporter at the workplace or collective rights This requires a holistic approach of incapacitated employee's employment.

§ 51 of the Labour Code prescribes reasonable accommodation[14] towards disabled people. Meaning of reasonable accommodation shall be outlined by the judicial practice. In spite of this after successful placement of the client the cooperation between the employer and the rehabilitation professionals would be essential to maintain the client's work and to adjust if necessary the workplace and work conditions. This cooperation is also crucial in the case of the employment of *incapacitated employee*. The term is rather questionable in the light of the full legal capacity theory of disabled people under Article 12 of the CRPD.[15] Despite the term, the aim of the legislator is appreciated, i.e. establishment of the right to work of people living with intellectual and psychosocial disability. However, these people fall mainly out of the rehabilitation system as having no work-experience and no secured period in the social security system. The contradiction should be resolved within the rehabilitation regulation.

Nevertheless, the provisions of the incapacitated employee presented the expansion of personal cope of the labour law regulation with all its controversies.

In the course of integration into the labour law regulation and in the exclusion from it György Kiss differentiates between two methods: traditional and atypical methods, and the issue of the employee-like person. [16] In my opinion the expansion of personal scope is behind both phenomena.

The Hungarian Draft Code contained the term "employee-like person"[17], finally the Hungarian Labour Code did not include it. This is one shortage of the

---

[14] On the regulation of reasonable accommodation see: Halmos, Sz.: Az ésszerű alkalmazkodás követelménye a magyar munkajogban, *Magyar Munkajog E-folyóirat* 1 (2014). 120-148

[15] On full legal capacity see: Dhanda, A. Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future? *Syracuse J. Int'l L. & Com.,* 34, (2007.) 429-462.; Hoffman, I. – Könczei, Gy.:Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* 1 (2010) 143-172. LCCP No 119 Mentally incapacitated adults and Decision-Making: An Overview, London, HMSO 1991. paras. 2.30.-2.40., Hale, B. 1997. Mentally Incapacitated adults and Decision-Making: The English Perspective. *International Journal of Law and Psychiatry,* 1 (1997) 63.

[16] Kiss, Gy: A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében, *Jogtudományi Közlöny* 1 (2013), 4-8.

[17] On the Hungarian situation see: Kiss, Gy. (2013), 'A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében', *Jogtudományi Közlöny*, 1. pp. 1-14.; Prugberger, T.: *Magyar munka- és közszolgálati reform nyugat-európai kitekintéssel*, Miskolc: Novotni Kiadó, 2013. Gyulavári, T.: 'Harmadik

Labour Code, because it did not count with the significant changes in the employment relationship in Europe.[18]

Regarding the draft provisions of the employee-like-person Kiss György laid down that the employee-like person did not become employee, some labour law institutions should have been applied in their case: holiday, liability, period of notice, severance pay, and minimum wages. Other regular earning activity could not be expected in their case. This was the main difference between the undertaker and the employee-like person. [19] The draft provisions were highly debated by Tamás Prugberger, Tamás Gyulavári[20] and I.

In my opinion the Draft Code intended to make a distinction between the undertaker and the worker with economic dependence. This resulted in a narrow definition. The legislator could have applied the provisions of *Tarifvertragsgesetz* 12a (1) from the German legislation. It says: worker with economic dependence are those: who are in a dependent economic situation and require a social protection system similar to the employee; they perform work for another person personally and essentially without employing someone else under an undertaking contract; they perform work *predominantly for one person*; or *more than half of their income derives from one person*, if changes are not foreseeable in the course of their last six months activity, only if collective agreement does not prescribe otherwise.[21]

típusú jogviszonyok a munkajog átalakuló fogalomrendszerében', *Magyar Jog*, 1 (2011) pp. 23-34., Kenderes, Gy.: *A munkaszerződés hazai szabályozásának alapkérdései*, Miskolc: Novotni Kiadó, 2007.

[18] On the employee-like person and the changes in labour law see more: Deakin, S., Morris, Gillian S: *Labour Law.* Oxford and Portland, Oregon, Sixth Edition: Hart Publishing, 2012, 30-37. 131-190., Freedland. M., Countouris, N.: *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 88. 89.94. 104. 221. 269-390., ILO (1997) Contract Labour – Fifth item on the agenda Report V (1) to the International Labour Conference 86th Session 1998, Geneva.; Deakin, S, Wilkinson F.: *The Law of the Labour Market. Industrialisation. Employment and Legal Evolution*, Oxford, Oxford University Press,2005, pp. 4-18. 105-109. 275-353.; Veneziani, B.: 'The Employment Relationship' in: Hepple , B., Veneziani, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe*. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004. . Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009, pp. 99-128.; Deakin, S.: 'The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development' in: Guy Davidov, G., Langille, B. (eds.), *The Idea of Labour law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 156-178.

[19] Prugberger T. has the same opinion. See: Prugberger (2014), 66-67. Prugberger, T.: A tartós kényszervállalkozási és megbízási szerződés. A munkaviszonyt leplező szerződések, *Cég és Jog* 7-8. (2003). Kenderes, Gy.: *A munkaszerződés hazai szabályozásának alapkérdései*, Novotni Kiadó, Miskolc, 2007, 159-172.I deal with the issue in the following monography: Jakab, N.: A munkavállalói jogalanyiság munkajogi és szociális jogi kérdései, különös tekintettel a megváltozott munkaképességű és fogyatékos személyekre, Miskolc, Bíbor, 2014.

[20] Prugberger (2014), 66-67.; Gyulavári, T.: A gazdaságilag függő munkavégzés szabályozása: Kényszer vagy lehetőség? *Magyar Munkajog E-folyóirat* 1 (2014), 17-20. See more: Gyulavári, T.: *A szürke állomány. Gazdaságilag függő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán,* Jogtudományi Monográfiák 6. Pázmány Press, Budapest, 2014.

[21] On the protection of employee-like person in German law see: Szekeres, B.: A szürke zóna védelme Németországban. „Jogalkotás és jogalkalmazás a XXI. század Európájában" doktorandusz

The legislator was in a tough situation as it had to differentiate between the self-employed and self-employed like people. The determination of the protection level was also a crucial point. It should have been still motivating for the employee. A high level of protection might have made reluctant the employers to apply the provisions. The concept of the Draft Code would have established a third category (tertium genus like in Italy, Spain, and Germany). However, the provisions of the *Tarifvertragsgesetz* 12a (1) should have been applied. The work performance predominantly for one person illustrates the work profile of one person. The work profile consists of more working relations parallel.

4 IS THE CONTRACTUAL FRAMEWORK NARROW?

The labour law regulation reacted to the economic changes by legalizing atypical work as far as possible, ie. by normalization of the contract worker's relationship within labour law. Lower level of the personal dependence may constitute an employment and not an employee-like legal relationship. This may be seen in the change and lowering of traditional characteristics of labour law such as the right to order and control, and to integrate into the employer's organization. This phenomenon is likely to be the characteristics of the employee status and not of the employee-like person. There are debates – not only in the Hungarian literature – on the qualification of the legal relationships, such as commercial agent, contract worker, and security services resulting in the determination of being employee, self-employed or – where tertium genus exists – employee-like person. These two or three categories exist using the contractual framework for normalization. However, as labour law is strongly affected by the rapid economic and social changes I tend to feel the contractual framework insufficient to characterize all kind of employment or work relationships.[22] It might be more feasible to think of personal work relations[23] in which the personal dependence, durance, regularity vary from

konferencia, Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Kar, 2016. március 11. ; Szekeres, B.: A munkavállalóhoz hasonló jogállású személyek munkajogi és kötelmi jogi védelme a német jogrendszerben. Előadás; Tavaszi Szél Konferencia, Állam- és Jogtudományi Szekció; Munkajog, agrárjog alszekció, Óbudai Egyetem, Budapest, 2016. április 15-17.; Szekeres Bernadett: A munkavégzési viszonyok változásai, in: *XI. Ph.D. – Konferencia előadásai* (szerk.: Koncz István, Szova Ilona), Konferencia helye, ideje: Budapest, Magyarország, 2015.10.30 Budapest: Professzorok az Európai Magyarországért Egyesület, 2015, 78-85.; Szekeres, B.: Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen in Deutschland, in: *Doktoranduszok Fóruma: Állam- és Jogtudományi Kar Szekciókiadványa* (szerk.: Szabó Miklós), Konferencia helye, ideje: Miskolc, Magyarország, 2014.11.20.

[22] See more Gyulavári, T.: A foglalkoztatási jogviszonyok új dimenziója, *Esély* 1 (2011), 3-22.

[23] Freedland, M. – Countouris, N.: The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law. In: Guy Davidov – Brian Langille (eds.): *The Idea of Labour law.* Oxford University Press, Oxford, 2011.; Freedland, M. – Countouris, N.: *The Legal Construction of Personal Work Relations*. Oxford University Press, Oxford, 2011.

time to time, from one relationship to the other. Flexibility shall refer not only to the elements of the labour law relationship, but also to flexibility of the relationship in itself. The personal work relations' concept makes a higher level of abstraction possible, which might be suitable for handling employment relations. The differentiation within the personal work relations' theory might be more sufficient to normalize relationships as *secure work, autonomous or freestanding* work, and *precarious work* shall be more receptive categories to describe the variety of work relations.

5 WHAT DOES THE SOCIAL PART OF EMPLOYEE STATUS MEAN?

The social part of employee status can be defined from different point of views. Firstly, the social institutions belonging to the labour relation under the labour law regulation are concerned, such as the protection of pregnant employees, parents, elderly, young workers, blind employees etc.[24] As a matter of fact, the labour law in itself commands social norms in favour of more vulnerable party of the employment contract. Therefore, the social part of the employee status originally stems from the field of law itself.

However, as employment is not only a question of labour law but also of the employment as a whole, the social part of employee status refers to the vulnerable groups of work safety regulation.

It shall be laid down that the social part is not equal to the regulation of social law having a total different task in the legal system. Labour law refers to the labour market with restrictive, corrective or establishing aims.[25] Nevertheless the labour law relationship possesses social law's consequences, such as social security system, and employment policy's consequences such as subsidies of job seekers. These two fields belong to the social understanding of the employee status as a consequence of the labour law relationship.

Within the social security system rehabilitation forms a special part in becoming an employee. Rehabilitation process, that includes vocational rehabilitation and the assessment process are to be adjusted and accommodated to the changing economic and social environment. Paper based assessments are not sufficient; employment situations should be simulated. The assessor shall possess the trends on the labour market, which supposes the cooperation with the labour offices. Assessment shall apply a holistic approach; the client's feeling is to be integrated as disabled people have lower self-esteem. Security would be significant for the

[24] See more: P. Jovanović, Special Labour Protection of Certain Employee Categories, *Novi Sad Faculty of Law Collected Papers,* 4 (2015), 1459-1486

[25] See more: Deakin – Morris (2012), 30-37. 131-190.

rehabilitated individual, but the environment they wish to return is insecure and does not acquire emotional adjustment to the work.[26]

Tension is to be found in rehabilitation in the XXIst century. Rehabilitation has to accommodate to the changing employer's structure, employee's attitude, forms of employment, while the individuals of rehabilitation, i.e. disabled people seem to be incapable to compete. Rehabilitation services shall adjust to the changing economic and social environment; meanwhile disabled people are in need of special services. Rehabilitation is to take into considerations both interests. Enabling the labour market integration by connecting placement of the client with the rehabilitation process is very important. This connection seems to be realized by the employment policy measures and labour market services. This should be an essential part of the assessor's and rehabilitation professional's duties outlined by a detailed regulation. The work related assessment should be combined with the placement's crucial factors: employability, compliance with the employers' expectations and the correspondence of the work and qualification.[27]

6 CLOSING REMARKS

Surely it is the difficult lesson of these times, that precisely at the moment when alternative modes of securing employees' interests become more important, they simultaneously become less likely to be pragmatically available. The dogmatic concept of "employee" is changing, and the employee status consists of much more

[26] Murray, B. – Heron, R.: *Placement Of Job-Seekers With Disabilities. Elements of an Effective Service*. International Labour Organisation, 2003, 5. See also: Achieving Equal Employment Opportunities for People with Disabilities through Legislation Guidelines. International Labour Organization, 2007.

[27] Murray, B. – Heron, R (2003), 30-32. Achieving Equal Employment Opportunities for People with Disabilities through Legislation Guidelines, International Labour Organization, 2007.51-56.

Placment is a crucial issue in the agriculture in the context of sustainable development, rural development and equal opportunity: See more: Raisz, A.: Women in Hungarian Agriculture, in: *Agricultura Familiar: Reflexiones desde cinco continentes* (Esther Muñiz Espada, Leticia Bourges ed.), Madrid: Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2014, 125-142.; Raisz, A.-Szilágyi, J. Ede: Hungary, in: *L'agriculture et les exigences du développement durable/Agriculture and the requirements of a sustainable development/Die Landwirtschaft und die Anforderungen an deren nachhaltige Entwicklung,* (Paul Richli ed.), Paris: L'Harmattan Kiadó, 2013, 545-546.

Olajos, I.-Raisz, A.: Magyar Nemzeti Jelentés a vidékfejlesztési jog tudományos és gyakorlati fejlődéséről az EU-ban, az államokban a régiókban, valamint a WTO-ban = The Hungarian National Report on Scientific and Practical Development of Rural Law in the EU, in States and Regions and in the WTO, *Agrár- és Környezetjog* 4 (2010) 8, 39-57.; Csák, Cs. – Kocsis, B.E.-Raisz, A.: Vectors and indicators of agricultural policy and law from the point of view of the agricultural land structure: Agrárpolitikai – agrárjogi vektorok és indikátorok a mezőgazdasági birtokstruktúra szemszögéből, *Agrár- és Környezetjog* 19 (2015), 32-55.

than being entitled for concluding an employment contract. This change of concept challenges labour law emphasizing its dependency on social and employment policy.

The essay intended to describe the complexity of employee status. Becoming an employee exceeded the personal and economic dependence's concept of labour law. The paper tried to draw the attention to the shortages of contractual frames to describe the phenomenon of employee-like person, and the regulation of it in the Hungarian Draft Code. Abstraction was used to find a link to the unification of the private and public sector. Furthermore, the ways of expansion of the personal scope of labour law regulation were presented in the Hungarian Labour Code normalizing atypical work, and regulating the incapacitated employee's work. By exceeding the employee – employee-like person – self-employed categories the concept of personal work relations was suggested in order to describe the great variety of relations emerging on the labour market.

Obviously our thinking of the "employee" and "employee status" within the traditional labour law should be reviewed and the frameworks should be expanded to make the labour law's protection an inclusive regulation.

Nora I. Jakab, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet
jakabn81@gmail.com

Personalno polje primene radnopravnih normi i status zaposlenog lica

Sažetak: *U centru pažnje ovog rada nalazi se značaj personalnog polja primene radnopravne regulative i to polazeći od holističkog pristupa pojmu zaposlenog lica. Ovo iz razloga što je u Evropskoj uniji sve aktuelnije pitanje, koja radno angažovana lica bi trebalo da budu obuhvaćena regulama radnog zakonodavstva u uslovima fleksibilizacije tržišta rada. Pomenuta dilema posledica je značajno izmenjenih ekonomskih i društvenih okolnosti u HH veku, prouzrokovanih procesom globalizacije.*

Imajući u vidu navedeno, u radu se najpre govori o uticaju novih ekonomskih i društvenih okolnosti na status zaposlenog lica, naročito u radnom pravu Mađarske. Naime, koja će to lica uživati status zaposlenog, zavisi od načina na koji je ovaj pojam određen od strane zakonodavca. No, u poslednjih nekoliko decenija, pored zakonodavca, bitnu ulogu u određivanju personalnog polja primene radnopravnih regula ima i sudska praksa, i socijalni partneri, a naročito sindikati zaposlenih, koji kroz socijalni dijalog nastoje da normama radnog zakonodavstva bude obuhvaćen što širi krug radno angažovanih lica. S tim u vezi, u radu će biti prikazane promene personalnog polja primene radnog zakonodavstva u Mađarskoj od Zakona o radu iz 1992 do novog Zakona o radu iz 2012 godine i to kroz ključne zajedničke tačke – karakteristike radnog odnosa.

Na kraju, kako život ne prestaje okončanjem radnog veka, u radu se bavimo i normama socijalnog osiguranja koje svoje uporište nalaze i u radnom odnosu.

Ključne reči: *personalno polje primene normi radnog zakonodavstva, proširenje dejstva Zakona o radu, pravo socijalnog osiguranja.*

Datum prijema rada: 05.10.2016.

Pregledni članak 342.53
doi:10.5937/zrpfns50-12198

Csaba Cservák, Ph.D., Associate Professor
Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary
Faculty of Law
cscservak@gmail.com

BICAMERAL PARLIAMENTS – THEN AND NOW

Abstract: *Today's scientific consensus has well passed the view that only 3 branches of power can be conceived. As a summary we can state that of functions of power, there are 3. These are: legislature, executive, and judiciary. These functions can be enforced by different power factors, the relationship of which can be different by forms of government. It is vastly different between the parliamentary, presidential and the semi-presidential systems, the last one being a middle ground. In the estate-representative state models the two chambers were intended to represent the different social classes. With the embourgeoisement, and thus with the spread of parliamentarism the "second chambers" had long remained the depositary of the old ruling strata. In the democratic systems however – along with the former ones – we can notice the new functions of the senates, while generally their composition underwent changes as well. The dual adoption of laws can be the guarantor of a more measured legislation, and can prevent the necessity of constant modifications. In the case of the parliamentary systems where the parliament and the government are interlocked, it can create real separation of power, it „hampers" the downgrading of the functioning of the representative body of the people into a voting machine, especially as the more different the methods of election of the two chambers are. The second chamber, created based not on the people's representation, at least not on the party system, could reflect the society along different ruptures, as the citizens have interests and opinions independent of their party affiliation, but which at the same time can still be articulable to political ones. It could create a representative system for the apolitical persons jaded with the party system; with regard to exercising both the active and passive suffrage. It could overrule the decisions of the people's representative chamber on a professional principle, and not on the binary code of government/opposition (especially with the involvement of professionals who keep their distance from the parties). Well, at today's state of party politics, the people's representative parliament by far cannot be viewed as unified as a result of the powers having fairly different opinions.*

***Keywords**: constitution, constitutional law, bicameral parliament, branches of power, parliamentarism.*

INTRODUCTORY THOUGHTS

Today's scientific consensus has well passed the view that only 3 branches of power can be conceived. As a summary we can state that of functions of power, there are 3. These are: legislature, executive, and judiciary. These functions can be enforced by different power factors, the relationship of which can be different by forms of government. It is vastly different between the parliamentary, presidential and the semi-presidential systems, the last one being a middle ground. The degree of independence of the different elements of the separation of power does not always reach the level where we can view them as separate branches of power. The concentration of power is reduced, thereby the separation of power is increased if certain functions are filled by many.[1]

In the light of all these we can declare: the separation of power within the legislative power is consummated by the system of bicameral parliaments.[2]

FUNCTIONS OF THE BICAMERAL PARLIAMENT

We are no exaggerating when we believe to discover the roots of this very legal institution in the ancient roman senate. In the estate-representative state models the two chambers were intended to represent the different social classes and strata.[3] With the embourgeoisement, and thus with the spread of parliamentarism the "second chambers" had long remained the depositary of the old ruling strata. In the democratic systems however – along with the former ones – we can notice the new functions of the senates, while generally their composition underwent changes as well.

The dual adoption of laws can be the guarantor of a more measured legislation, and can prevent the necessity of constant modifications. "Thus the second chamber with its tradition-preserving, controlling, contributing powers fulfils a mildly restrictive, damping function" (translated from the original).[4] In the case

[1] See in more detail: CSERVÁK Csaba: A hatalmi ágak megosztásának XXI. századi kérdései az Alaptörvényt követően, Pro Futuro, 2015/2. szám

[2] The existence of the separate legislative and constituent powers is somewhat related to this. *Ibid.*

[3] The "senate" was the representative body of the differently named aristocracy, the noblest stratum, while the lower house was the representative body of the lower and middle nobility, and later the gradually developing bourgeoisie.

[4] TAKÁCS Imre: *A törvényhozás második kamarája*, Társadalmi Szemle 1995/10. sz., 63.

of the parliamentary systems where the parliament and the government are interlocked,[5] it can create real separation of power, it „hampers" the downgrading of the functioning of the representative body of the people into a voting machine, especially as the more different the methods of election of the two chambers are. The theory of John Stuart Mill, which is still valid today, states that the body possessing excessive power, such as the legislative body, can easily become overconfident and violent if it does not have to officially take the opinion of anybody else into account.

The bicameral system secures a more considerable legitimation to the offices elected by the parliament, namely to the President of the Republic, the Constitutional Court judges, and other persons operating independently from the government.[6]

The second chamber, created based not on the people's representation, at least not on the party system, could reflect the society along different ruptures, as the citizens have interests and opinions independent of their party affiliation, but which at the same time can still be articulable to political ones[7]. It could create a representative system for the apolitical persons jaded with the party system; with regard to exercising both the active and passive suffrage. It could overrule the decisions of the people's representative chamber on a professional principle, and not on the binary code of government/opposition (especially with the involvement of professionals who keep their distance from the parties). Montesqieu and his contemporaries thought that the purpose of the second chamber was to mediate between the ruler and the people (that is the people's representative chamber). Today we can underline the same mediatory role – between the parties (as the "ruler") and the people. Thus this model could "dethrone the new prince".[8]

With this many arguments, what is against the second chambers? According to Sieyès and his followers, the bicameralism is assailable because if the people is unified, then the representation also have to be unified. Well, at today's state of party politics, the people's representative parliament by far cannot be viewed as unified as a result of the powers having fairly different opinions.[9] With that

---

[5] Since the people's representative parliament, that is the triumphant political power chooses the government, almost as its own "dream team".

[6] The President of the Curia (Supreme Court of Hungary), the Prosecutor General, the Ombudsman, the Governor of the Hungarian National Bank. According to Kálmán Kulcsár, the president of the senate would be more suitable filling the impartial position of substitute head of state, instead of the usually active partisan politician president of the lower house.

[7] Based on Kálmán Kulcsár. KULCSÁR Kálmán: *A kétkamarás országgyűlés problémája*. Társadalmi Szemle 1995/10. szám

[8] Gramsci called today's ruling party system this way. See e.g. BIHARI Mihály-POKOL Béla: *Politológia*, Nemzeti Tankönyvkiadó Rt. Budapest 1992., 228.

[9] On relation between voter, political party and deputy see: Slobodan Orlović, Priroda i pripadnost poslaničkog mandata u ustavnom sistemu Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik PFUNS)*, 3/2009, 236-238.

being said, if the decisions are the results of the opinions of the citizens, and thus the opinions of the parties in the parliament (that is, mainly in coalition), why is it not possible to integrate the second chamber into this process? The most controversial problem, and at the same time the question which makes reaching consensus the most difficult for the constitutional majority, is the composition of the senate.[10]

CATEGORIES OF THE SECOND CHAMBERS

1. The bodies which can be categorised as the historical type of upper houses, have somewhat left the legacy of the former function of the institution to these present days[11] (we are dealing with this a few lines below). The common attribute of the parliaments belonging to this category, is that they contain some kind of – by birth, intellectual, etc. – elite. The representatives, because of who they are, through the pretence of inheritance, based on the principle of birth, become the depositaries of the office. Until the beginning of the 20th century, this group of upper houses was predominant,[12] however nowadays we can only encounter its classic form in Great Britain, where the House of Lords, after the reform of 1999, has some 600 life peers, and 92 hereditary peers. The parties could hand out 75 peers additionally among the hereditary lords.[13]
2. The federal type second chambers, intended to represent federal member states, fulfil the role of protection of the interests of the parts forming the state (which were to some degree sovereign). While in certain countries the principle of the equality of the member states appears, related to the composition of the parliament,[14] elsewhere the provinces receive representative seats proportionally to the population,[15] and even elsewhere they harmonise the two principles, they skew the proportionality in favour of the minorities.[16] Regarding the formation of the representativeness, the member state as sovereignty should necessarily manifest in it: namely the delegation by its legislative or executive power is the fundamental condition to be sorted into this category. In Germany certain members of the governments of the states chosen by

[10] The example of the one-chamber parliament is the National Assembly of the Republic of Serbia. See: Slobodan Orlovic, Narodna skupština Srbije i Evropski parlament – jedno ustavnopravno poređenje, *Zbornik PFUNS*, 3/2011 tom II, 501.

[11] This is why some call this the category of historical or aristocratic upper houses.

[12] It was characteristic most typically to England, Hungary, the German states, Spain and Japan.

[13] CHRONOWSKI Nóra-DRINÓCZI Tímea (edit.): *Európai kormányformák* rendszertana, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó, Budapest 2007., 178-179.

[14] Each state of the USA and Russia delegates 2-2 persons to the Senate.

[15] In Austria, in accordance with this, the share of the states varies between 3 and 12.

[16] This method is characteristic of India.

themselves (3-5 persons based on the population) form the Federal Council, and in Russia it is formed by 1-1 delegates from the supreme representative bodies and the governments. In Canada, uniquely the Governor General appoints the members of the senate from the candidates of the states. Interestingly, prominent figures of the literature put the upper house in the people's representative category, while many deemed it to be a federal one, after the 1913 introduction of the direct election of the members.[17]

3. The territorial or local governmental system of upper houses is very similar to the federal one, the only difference is that here the elements of the state do not have representation by their own right, but by their sovereign decisions. Particularly, the second chambers of regionally structured countries can be sorted into this group, which could be considered a transition between unitary and federal states. In the Netherlands, the 75 members of the Erste Kamer (they call the upper house this way!) are elected by the provincial councils, not necessarily from their own members. The mandate of the members adjusts to mandate of the local governments. The composition of the Swedish upper house was similar until it existed (1969), and the Belgian one as well until their transition into a federal state (1993).[18] In France, unique county colleges elect the senators, which have members from county and municipal representatives, as well as cantonal and regional councillors. In Spain, most of the senate is elected directly by the population of the regions (autonomous communities), and the other members are delegated by the legislative bodies of the autonomous communities. In Italy, the upper house is also based on the regions, however the senators gain their office through *universal and direct* suffrage, so in fact the region merely serves as a basis for the constituency division of the *people's representative* type second chamber.
4. With the corporativist type second chamber, the forming of their composition is done along the guide of the social division of labour; the individual occupational branches and advocacy groups get into the legislative process this way. The single presently existing example of this is the Irish Senate[19]. Because of the electoral systems, it is important to emphasize that 43 members are *elected* from the representatives of the agriculture, industry, public administration, education, commerce, etc., and non-governmental organizations, religious advocacy groups, by an electoral body of some 1000 people, six gain membership from the graduates of the two Irish universities, and 11 persons are elected by the prime minister.

[17] See SZENTE Zoltán: *Bevezetés a parlamenti jogba*. Atlantisz, Budapest 1998., 85.

[18] In Belgium, the provincial councils could elect one senator for each 200,000 residents.

[19] The Slovenian National Council fulfils a similar role, with weaker powers. The employers and employees delegate 4-4 representatives, the farmers, crafts, and independent professionals delegate 4 as well, the agricultural organizations delegate 6 representatives, while 22 represent local interests.

5. We can separate people's representative type second chambers, which embody the popular sovereignty through the principles of classic suffrage. So generally they are also based on parties, thus they cannot really fulfil one of the most important traditional functions of the second chambers, the role of political counterweight. However, a different composition of the two houses can happen. It can be a result of, for example, electing the two bodies according to different principles: this way in the Czech Republic, the chamber of deputies formed with party-list proportional representation is completed by the senate, formed with a two rounds absolute majority system. In Poland, the system is similar, the only difference is that they employ relative majority voting with the second chamber. The terms of the two houses can be different, and the elections can take place at different times, in international practice we can see many examples for rotation, that is, certain fractions of senators are elected in multiple phases.[20] The practice for the minimum age for active or passive suffrage to be different with the two chambers is common, usually in the case of the upper houses the passive suffrage is tied to higher ages (often 40 years).[21] In Romania, both chambers are based on a mixed system.
6. Second chambers can be formed based on other founding principles, as the mentioned types are not represented in their pure forms in the first place.[22] By the formation of the representative office, we can differentiate the membership based on birth, title, election or delegation, and appointment as well. For the appointment, the already mentioned Canadian system is the almost only living example today, while in the past century a great deal of states built their upper house according to this,[23] while in some present day senates it can only be considered as a fringe principle.[24] In Belgium, one-seventh of the members are chosen by the senators themselves (*co-option*).

The so-called "false-bicameral" systems merely mean a separation by the division of labour. In Norway, the elected parliament (Storting) chooses one-fourth of its members, they form the Lagting, while the remaining three-fourths form the Odelsting. The Icelandic Althing does the same, only the ration here is one-third to two-thirds.

[20] For example, in the Czech Republic the election of one third of the senators – with a mandate of 6 years – takes places every second year. The USA follows a similar system.

[21] A Czech example again: the age of active suffrage is 18 years, and the passive one is 21, regarding the chamber of deputies, and 40, regarding the senate.

[22] Just think about the Irish, or the aforementioned Slovenian systems, which uphold different principles.

[23] E.g.: Italy, Russia, Portugal, Turkey.

[24] This way in Italy the president can appoint five persons senators for lifetime, with respect to their scientific, cultural, artistic achievements, and in England the monarch can appoint the former prime ministers lords the same way. Márta DEZSŐ uses a similar categorization: *Képviselet és választás a parlamenti jogban*, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest 1998., 111-113.

THE SECOND CHAMBER'S HUNGARIAN PAST

In the Hungarian governmental system, which underwent an organic development, the secular and ecclesiastic magnates from the 16th century deliberated separately from the county noblemen, represented by envoys, and this status was sanctioned by Act I of 1608. In 1885, the reform of the second chamber happened, which was becoming anachronistic. (The name was changed to House of Magnates.)[25]

The descendants of the House of Habsburg, living in Hungary and older than 24 years were members by pretence of inheritance of the chamber, called back to life – after an 8-year pause – by Act I of 1926, with the name Upper House. The people who got in by office and dignity were, for example certain leaders of high ranking courts and prosecutions, the crown guards, the Chief of General Staff, representatives of certain churches (e.g. bishop, reformed secular leader, rabbi, etc.). In the spirit of democratization, noble families paying at least 2000 pengő in land tax and representatives of certain legal persons (Hungarian Academy of Sciences, Országos Vitézi Szék (rough translation: „National Valiant Order"), universities and colleges, etc.) became upper house members by election. 40 (later 87) persons could take part in the legislative work with the appointment of the governor.

The communist leadership, aiming at the concentration of power and denying public law traditions, discontinued the second chamber, and naturally even the possibility of it.

There was no place for the senate in the constitutional reform created during the regime change, during the delicate search for balance among the different political powers, and the bicameral system did not rise to new life. The prejudices related to the Horthy-era could also have prevented the calling back to life of the senate. According to Kálmán Kulcsár, the experiences of the temporal post-communist dominance of the Polish second chamber also worked against it.[26] Prominent representatives of our constitutional law literature however put their faith in this controversial legal institution.

ABOUT THE RELATIONSHIP OF THE TWO CHAMBERS

With international comparison, the competences of the two chambers are generally as much equal to each other, as the composition of the second chamber approaches the principle of people's representation.[27] We now analyse the issue,

[25] The membership of titular catholic bishops and főispán-s (lord-lieutenants of counties) ceased. However, the presidents of the Curia, Budapest Court of Appeal, Administrative Tribunal, and 50 members, appointed by the monarch for lifetime, and all representatives of the established churches got in.

[26] KULCSÁR Kálmán: *A kétkamarás országgyűlés problémája.* Társadalmi Szemle, 1995/10.

[27] For example, it is almost equal in Italy, this is usually called symmetrical bicameralism.

which in itself is worth a separate study, only schematically, following the main thread of our subject.

1. In the case of two, wholly equal houses, the senate has absolute veto. The danger here is that in the case of disagreement, a deadlock can occur: the legislation is indecisive. (To overcome this, it is customary to convene conciliation committees and conciliation sessions.)
2. Ianthe case of the partially absolute veto, the second chamber is only equal in certain issues; the senate does not have competence over some greatly important domains (generally budget, election of the government, no-confidence provision), or, on the contrary, it does competence over some (issues regarding the constitutional or federal chamber).
3. We can talk about a strong suspending veto, when the lower house, with qualified majority, can ignore it. For example, in Germany the veto of the Federal Council, accepted by two-thirds majority, can be overruled by two-thirds of the present representatives of the Bundestag (but at least more than half).
4. The veto is weakly suspending, if in the end the lower house can overrule the decision of the senate with a simple majority. For example, the decisions of the English House of Lords can be ignored by the House of Commons with certain conditions – in financial matters.[28]
5. Thus we can observe that the 2., and the 3-4. categories, the range and the subject of the veto, can be mixed as well. This way in France the strong suspending veto is related to the organic laws.[29]

The veto of the second chamber can also be connected to the veto of the president.

PLANS FROM THE RECENT PAST REGARDING THE SECOND CHAMBER

The thoughts of the bicameral system which possesses rich historical traditions, appear through the filter of the needs (and interests) of the present era. Science has even devised complete models for the realization of the senate.

Kálmán Kulcsár would compose the 100-member chamber according to the following:

1. Delegates of the local governments would give forty percent of the members (capital city, towns with county rights, settlements with more or less than ten

[28] I made the categorization based on Zoltán Szente. See SZENTE Zoltán: i.m., 95-104.

[29] It cannot be made out exactly (they did not elaborate on this issue), however it seems that the great ones of our literature wish to establish the second or third category system in Hungary.

thousand population 10-10 % – the ratio can also be different, for example the first two, and the second and the third one as one-third–one-third[30]);

2. Twenty percent would be elected by the most important public bodies of the country (Hungarian Academy of Sciences, professional associations, universities);
3. The third group (20%) would be the chosen ones of the minority organisations;
4. The fourth group would be appointed by the president from certain artists, scientists, professionals enjoying high social esteem.

Representatives of the churches would also be involved, if their inner regulations allowed it[31], however for the labour unions he deems a different representative forum suitable.

Márta Dezső would build the senate based ¾ on local governments. The election of the representatives would either happen in a small list system, or rather by the local governments, based on the nominations of citizens and social organizations, since according to her, the representation of the local governments would be more pronounced. Per county 2, 3 or 4 (but an identical number) nominees would win mandates. Depending on this, the second chamber would have 60, 80 or at most 100 members. The other representatives would be given by the trans-border Hungarians (through mail, 2-4 persons) and the minorities of Hungary (1-1 persons), and every former prime minister and president of Hungary would get into the senate. (Márta Dezső support this name.)[32]

From the factors of the second chamber of the kingdom without king, Imre Takács would consider the regional and public intuitional delegates to be involved into a theoretical second chamber.[33]

Certain scientist would also construct the body in question according to the local governmental-district principle.[34]

Mihály Bihari suggest corporative, ethnic, religious elements for the construction of the senate; either election by the membership of the bodies, or based on the positional or administrative principle, but he does not reject the limited emergence of the co-option.[35]

---

[30] Therefore strangely not the location of the settlements, but the size would be the deciding factor.

[31] The inner regulations of the catholic church do not allow the church officials to take secular positions, and because of this, not all denominations could by represented by their chosen officials – points out Kálmán Kulcsár (the delegate nominated by him however can, which can be a solution.).

[32] See DEZSŐ Mártai. m. 118-120.

[33] TAKÁCS Imre: *A törvényhozás második kamarája*. Társadalmi Szemle 1995./10. sz.

[34] E.g.: Pokol Béla, Sajó András, see CSERVÁK Csaba: *Választási rendszerünk a jogösszehasonlítás és a reformlehetőségek tükrében*, Jogelméleti Szemle 2001/3.sz.

[35] BIHARI Mihály – POKOL Béla: *Politológia*, Nemzeti Tankönyvkiadó Rt. Budapest 2010., 615.

Mihály Samudraws up the possibility of a second chamber consisting of representatives from local governments and non-governmental organizations, and beside this he points to a very unique, not often mentioned solution, which unites the virtues of corporativism and the principle of people's representation. During the regime change came the idea, that certain advocacy groups, labour unions, associations, etc. could launch lists similar to traditional parties, and the citizens could vote for a party and beside this for a non-governmental organization. (Could gain entrance to the second chamber based on the latter.)[36]

László Trócsányi– in addition to the aforementioned ones – mentions the representatives and certain office-holders of the chambers of commerce and industry (for example: presidents of the Hungarian National Bank and the Supreme Court of Hungary).[37]

Thus the second chamber could represent the interests of the society along very complex points of view, despite this, its construction – even if supported by an array of experts – will most likely remain a plan only. After the hypothetical agreement of calling it into life, the constituents would be divided by the precise composition of it.[38]

[36] SAMU Mihály: *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság,* Korona kiadó, Budapest 1997.

[37] TRÓCSÁNYI László: *Közjogiváltozásokés a rendszerváltás*, Magyar Közigazgatás 1993/7. sz., 394.

[38] In the working paper of the preliminary constitutional committee lead by László Salamon, the suggestion for the second chamber was explicitly there, without the concrete composition of it.

Dr Čaba Červak, vanredni profesor
Univerzitet Karoli Gašpar u Budimpešti
Pravni fakultet
cscservak@gmail.com

Dvodomni parlamenti – nekad i sad

***Sažetak**: Današnji naučni konsenzus odgovara gledištu da jedino tri grane vlasti mogu biti zamislive. Kao zaključak možemo zauzeti stav da postoje tri funkcije vlasti. To su: legislativa, egzekutiva i sudstvo. Ove funkcije se mogu ostvarivati od strane različitih faktora vlasti, čiji odnos može biti različit zavisno od oblika organizacije vlasti. On je značajno različit između parlamentarnog, predsedničkog i polupredsedničkog sistema, pri čemu je poslednji predstavlja srednje rešenje. U oblasti predstavničkog modela vlasti, dva parlamentarna doma osmišljena su sa svrhom da predstavljaju različite socijalne grupe. Sa pojavom buržoazije i širenjem parlamentarizma, drugi dom je dugo opstao kao sigurno mesto starih vladajućih slojeva. U demokratskom sistemu, međutim, uporedo sa prethodnim, mogu se uočiti nove funkcije senata, dok je generalno i njihova struktura takođe pretpela promene. Dvojak postupak usvajanja zakona može biti garant bolje legislative i predupretiti potrebu neprestanih izmena. U slučaju parlamentarnih sistema u kojem su parlament i vlada međusobno uklopljeni, on može stvoriti realnu podelu vlasti, on „otežava" degradaciju funkcionisanja predstavničkog tela građanja u glasačku mašinu, naročito ukoliko je veća razlika između načina izbora svakog od dva doma. Drugi dom, koji nije zasnovan na predstavništvu građana, bar ne na stranačkom sistemu, može reflektovati društvo duž različitih podela, jer građani imaju interese i mišljenja nezavisno od njihove partijske pripadnosti, ali koja u isto vreme još uvek mogu biti izražena kao politička. Ovaj dom bi mogao stvoriti predstavnički sistem za apolitične osobe nezainteresovane za stranački sistem; u odnosu na ostvarivanje kako aktivnog tako i pasivnog biračkog prava. Ovaj dom može neprihvatiti odluku doma narodnog predstavništva na profesionalnom principu, a ne na binarnom kodu vladajućih struktura i opozicije (naročito uz uključivanje profesionalnih pojedinaca koji drže distancu u odnosu na političke stranke). Prema sadašnjem položaju političkih stranaka, parlament kao predstavništvo građana ne može biti posmatran kao jedinstven, što je rezultat snaga koje imaju prilično različita mišljenja.*

***Ključne reči**: ustav, ustavno pravo, dvodomni parlament, grane vlasti, parlamentarizam.*

Datum prijema rada: 25.10.2016.

Pregledni članak 378.2:34(439)
doi:10.5937/zrpfns50-12688

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
Sapientia University, Cluj-Napoca
Department of Law
tamasnotari@yahoo.de

THE HISTORY OF ACADEMIC DEGREES AND TITLES IN JURISPRUDENCE IN HUNGARY

Abstract: *In this paper we survey the system of academic degrees and important academic titles used in Hungary in the mirror of their historical development – as appropriate from the aspect of jurisprudence, omitting scientific titles that fall outside this field. First, we examine the requirements and statutory conditions of becoming a university professor (ordinary and extraordinary university professor) and university private professor (Privatdozent) in the period from Maria Theresa's Ratio educationis, i.e., 1777 to 1950. After that, we present the introduction, regulations of the academic degrees introduced in 1950 and 1951 following Soviet patterns: the candidate of sciences and doctor of sciences degrees and the rules of obtaining them as well as the system of scientific and researcher classification still used today. After the historical survey, we analyse the regulation of academic degrees and titles after the change of regime on the basis of statutory and institutional regulations. As part of that, we survey the system of requirements of obtaining the doctoral (PhD) degree, the requirements of habilitation as scientific qualification, the rules of winning the doctor of the Magyar Tudományos Akadémia (MTA) [Hungarian Academy of Sciences (HAS)] title replacing the doctor of sciences degree and the conditions of becoming an ordinary and corresponding member of the Academy.*

Keywords: *academic degrees, Hungarian jurisprudence, CSc, DSc, PhD, habilitation, Hungarian Academy of Sciences.*

1. FROM *RATIO EDUCATIONIS* TO 1950

1.1. University professorship

Regarding the appointment of university professors and the requirements they are to meet, Article 21 of the 1777 *Ratio educationis* issued by Maria Theresa reveal the following. Becoming a university professor is conditional upon having

documented scientific activity. The council of the university can put three nominees forward for the given department through the Governor's Council to the ruler; this wording makes it clear that (using later terminology) it applies to public ordinary university professors. The nominees were invited from academies and grammar schools on the basis of their scientific activity or could be men "living anywhere and known of their excellent erudition". The nominees' curriculum vitae and description of their scientific activity and personality, character were attached to the recommendation, and the ruler selecting from them appointed the given person university professor. The fact that the decree speaks about "providing university lectures" makes it clear that in those days – as we shall see, up to the second half of the 19th c. – only so-called ordinary university professors were allowed to teach at the university.[1] Consequently, public ordinary university professors obtained their chair through application, their order of priority at the faculty was determined by the date of their appointment, and by public extraordinary university professors they meant professors who did not have their own independent department, in other words, in rank they were placed by all means behind ordinary university professors.[2]

Among the criteria of selecting the above-mentioned nominees for professor Article 102. § of the Decree underlines the importance of professional knowledge and lecturer's competence, their certification by public opinion and published works and, as a criteria outside science, engaging an irreproachable religious and moral conduct. The decree obligatorily stipulates that – in order to decrease "the risk of error" – the professors of the given faculty have the right to express an opinion on the nominees. The need to prove and document lecturer's and teaching competence is determined also as a requirement by the decree.[3] The option of open invitation was provided by Article 116. § of the *Ratio educationis*; to use a modern term, it made it possible for foreign citizens to be employed as university professors, by referring to the point that it is unlawful to consider that "only natives should arrange for studies without damage to public education". Therefore, the possibility to invite persons to a chair must extend not only to the citizens of Hungary and the hereditary provinces but also to "foreign persons famous for their education and scientific lectures".[4]

---

[1] Friml, Aladár: *Az 1777-iki Ratio educationis [Ratio educationis from 1777]*, Kath. Középiskolai Tanáregyesület, Budapest, 1913, p. 54–55.

[2] Mezey, Barna: *Nagyszombattól Budapestig. Az Eötvös Loránd Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara (1667–2002) [From Nagyszombat to Budapest. Faculty of State and Law of Eötvös Loránd University (1667–2002)],* in Takács, Péter (ed.): *A jogászképzés múltja, jelene és jövője [Past, Present and Future of Legal Education]*, ELTE ÁJK, Budapest, 2003, p. 148.

[3] Friml: *op. cit.* p. 199.

[4] Friml: *op. cit.* p. 208.

Act 19 of 1848 on Hungarian University determines the principle with respect to university professors that students can freely elect "what subject from what professor they intend to study" and that other "excellent individuals" could teach at the university in addition to ordinary university professors.[5] On the one hand, the Act subordinated the university to the authority of the Minister of Public Education,[6] thereby creating and statutorily guaranteeing the autonomy of the university. On the other hand, during the Revolution and War of Independence no further reforms affecting universities and scientific sphere in a wider sense were adopted: the university organisational regulation based on academic freedom was enacted by the *Imperial and Royal Ministerial Decree No. 6798 of 1849*, which can be linked with the name of Leo von Thun-Hohenstein Minister of Religion and Public Education.[7]

1.2. University private professorship

It was the quoted 1848 Act that introduced the institution of private professors – or, using the term applied in the Act: "other excellent individuals" – in addition to ordinary and extraordinary university professors, which existed up to 1952. In ranking university private professors were placed between professional university professors and the university support staff.[8] University private professors were not full-time employees of the university; in other words, they were not paid salaries but shared the tuition fee according to the classes held by them.[9] They obtained their private professor's qualification through habilitation, which vested them – on the grounds of the decision of the public ordinary and extraordinary university professors of the given faculty – with the right to teach the given subject, *venia legendi*. This qualification procedure was regulated, after numerous former proposals and legal sources – such as, for example, the 1848 draft university regulations made by Baron József Eötvös, the private professors' regulations no. 412 issued by the *Studien Hof-Commission* of Vienna on 19 December 1848, promulgated at the university of Pest in 1853 and entered into effect in 1858 and the Bill of 1870 made also by Eötvös *"On the Repeated Organisation of the Royal Hungarian University of Pest"*[10] *– by the private professors' qualification regulation*

[5] Section 2 of Act 19 of 1848.

[6] Section 1 of Act 19 of 1848.

[7] Bíró, Judit: *Magántanárok a pesti tudományegyetemen 1848–1952 [Private Professor at the University of Pest from 1848 to 1952],* ELTE, Budapest, 1990, p. 7.

[8] Bíró: *op. cit.* p. 12.

[9] Mezey: *op. cit.* p. 148.

[10] Eötvös, Károly: *A pesti királyi magyar egyetem újbóli szervezése tárgyában [On the Repeated Organisation of the Royal Hungarian University of Pest],* in: *Képviselőházi Irományok, IV.,* Pest, 1869–1871, p. 262–268.

of 1871 made by Tivadar Pauler[11] *and then by the Ministerial Decree No. 45. 520/1892 of the Hungarian Royal Minister of Religion and Public Education* made by Count Albin Csáky.[12]

It is worth noting why the term private professor became generally accepted in Hungarian university terminology. The phrase is the translation of the German *Privatdozent*, which remained unchanged during the more than one hundred years of the existence of the institution, however, it drew fierce criticism and numerous unsuccessful attempts at modifications. Due to failure of the motions for modification, the term 'docens' /*associate professor*/ was generally used in common talk only, and in 1923 a decree officially prohibited the use of the term;[13] accordingly, the professor's title was not "enacted" either.[14]

Private professor's habilitation could be carried out the earliest three years after obtaining doctorate,[15] and the procedure could be commenced if the body consisting of ordinary and extraordinary professors deemed the applicant eligible by secret ballot on the basis of his "personal qualification".[16] The latter criterion, i.e., personal qualification, allowed several extra-scientific – religious, origin related, political, etc. – aspects to play a part in commencing the habilitation procedure, which might have been all the more injurious since no legal remedy lay against the result of the secret ballot on this subject, requiring simple majority of the votes cast (but dismissing the applicant in case of equality of votes).[17] In the further phases of the procedure, the applicant's "independent, strictly scientific" habilitation paper "published in printing"[18] was reviewed by two experts, within six months' deadline set by the regulations.[19] If the two opinions were unanimously positive – in case of difference of opinion a third evaluator was appointed[20] – the faculty council decided whether the applicant could be admitted to oral exam[21] and trial lecture[22]. When these were successfully performed, the applicant was appointed private professor by the Minister of Religion and Public Education – contrary to public ordinary and extraordinary professors who were

[11] Pauler, Tivadar: *Magántanári képesítő szabályzat [Regulation of the Qualification of Private Professors],* Budapesti Közlöny 1871/6, p. 157–158.

[12] Bíró: *op. cit.* p. 14.

[13] Ministerial Decree No. 77.893/1923.

[14] Bíró: *op. cit.* p. 16.

[15] Section 6 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[16] Section 8 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[17] Bíró: *op. cit.* p. 22.

[18] Section 4 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[19] Sections 8–10 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[20] Section 11 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[21] Section 13 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

[22] Sections 14–16 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.

installed into their office by the king, later on by the governor or the president of the republic.[23] After that, private professors were granted the *decretum habilitationis* signed by the rector.[24] If the applicant was refused in any short listing – except for a resolution to dismiss adopted with regard to "personal qualification" – he could lodge an appeal to the Minister,[25] however, if this failed to bring any result, he could try again to obtain private professor's title the earliest two years later.[26]

Some of private professors could become titular public extraordinary university professors pursuant to *Decree No. 20.162/1891 of the Minister of Religion and Public Education*. The difference between holders of this title – granted by the university on the basis of literary works, but almost entirely not being under the control of the ministry – and private professors was merely that the former could use their title outside the university as well, while they belonged to the same category as private professors within the university system.[27] The title of titular public extraordinary professor was granted in the following process: two experts expressed an opinion on the documentation analysing the scientific activity of the nominee having worked as a private professor for at least three years, on the basis thereof a body consisting of three persons set up by the faculty made a proposal, which formed the basis of the decision to be usually approved by the Minister of Religion and Public Education.[28] It should be noted that this rise in title did not make the holder expectant of becoming a public ordinary or extraordinary university professor;[29] therefore, persons belonging to this category were placed between private professors and ordinary or extraordinary university professors in the "order of protocol".[30]

The title of titular ordinary university professor introduced in 1910 could be given (i) to retired public ordinary university professors and (ii) to private professors vested with public extraordinary title who had outstanding academic achievement.[31] This category did not mean any extra right compared to titular extraordinary university professorship, in other words, its introduction served only a kind of seeming rise in title.[32]

---

[23] Bíró: *op. cit*. p. 34.
[24] Section 18 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.
[25] Section 19 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.
[26] Section 21 of Ministerial Decree No. 45. 520/1892.
[27] Bíró: *op. cit*. p. 48.
[28] Ministerial Decree No. 11.041/1868.
[29] Ministerial Decree No. 24/114/1876.
[30] Bíró: *op. cit*. p. 49.
[31] Ministerial Decree No. 85.107/1910.
[32] Bíró: *op. cit*. p. 50.

2. THE SYSTEM OF ACADEMIC DEGREES INTRODUCED FOLLOWING THE SOVIET PATTERN

By 1952 the former scientific qualification system was definitively terminated pursuant to the provisions of *Law-decrees 44 of 1950* and *26 of 1951* and was replaced by the centralised pattern adopted from the Soviet Union, where it was introduced in 1934[33], which contained the candidate of sciences and doctor of sciences degrees conferred by the HAS and the university doctor title and later degree conferred by universities.

2.1. The candidate's degree

The *candidate of sciences (Candidatus Scientiarum, C.Sc.)* degree was introduced by *Law-decree 44 of 1950* on "the introduction of a new academic degree and regulations of obtaining it" promulgated on 26 November 1950 – as the Preamble of the Law-decree puts it – "…in order to ensure planned scientific and professional recruitment, following the example of the Soviet Union's leading scientific cadre training program…".[34]

The Law-decree entrusted the Hungarian Academy of Sciences with controlling the training that served the basis of the candidate's degree, which exercised this duty through the National Scientific Qualification Committee, from 1951 through the Scientific Classification Committee[35] replacing the former[36]. Obtaining the degree was conditional upon aspirantship, i.e., candidate training, a dissertation proving capability of independent scientific research and defending it before the committee designated by the National Scientific Qualification Committee.[37] The maximum duration of aspirantship was three years as stipulated by law, however, in certain cases this duration was determined by the National Scientific Qualification Committee, taking account of the character of the branch of science and the preparedness of the aspirant.[38] For the period of training, i.e., aspirantship, the nominee had to be assigned to the scientific institute determined by the National Scientific Qualification Committee[39] and his professional activity was controlled by the aspirant supervisor.[40] During the period of candidate training the aspirant obtained a state scholarship and the aspirant supervisor was paid

[33] Volkov, M. N.: *Kandidam nauk*, in: *Bolьшая sovemskaя эnciklonedia XX.*, Gosudarstvznnoe Haučnoe Izdatelьstvo, Moskva, 1953, p. 3.

[34] Preamble of Law-decree 44 of 1950.

[35] Section 4 of Law-decree 26 of 1951.

[36] Section 1 (1) of Law-decree 44 of 1950.

[37] Section 2 (1) of Law-decree 44 of 1950.

[38] Section 3 (1) of Law-decree 44 of 1950.

[39] Section 5 (1) of Law-decree 44 of 1950.

[40] Section 5 (2) of Law-decree 44 of 1950.

a fee depending on the number of aspirants controlled by him[41] to the debit of the budget of the HAS.[42] The latest until the end of the first academic year, the aspirant took a preliminary examination in the subjects of the candidate's exam before the designated board of examiners[43] and at the end of the training period he took the candidate's exam, where he gave account of his professional and ideological (as the law puts it "Marxist-Leninist") expertise and foreign language skills.[44] It was possible to obtain the candidate's degree also without completing the aspirant training, on condition that the nominee had taken his candidate's exam, made his dissertation and defended it with the special authorisation of the National Scientific Qualification Committee,[45] in other words, "individual preparation" was an option in case of the candidate's degree as well. The candidate's degree could be obtained also when it was conferred by the National Scientific Qualification Committee "on the basis of formerly achieved scientific merits serving the benefit of the people" without taking any aspirant's exam, writing any dissertation or defending it[46] – this solution was used in several cases regarding scientists who were appointed university professors earlier.

With respect to the persons holding a candidate's degree in all branches of science, it is worth mentioning three records: while in 1961 2266 persons holding a candidate's degree were registered, this number rose to 9885 in 1990; in the period of the existence of the candidate's degree a total of 17434 candidate's certificates were issued.[47] For the last time applications for obtaining a candidate's degree could be submitted in 1997, the matters in progress were concluded in the following one or two years. Contrary to PhD, as we shall see, it was usually rare for a scientist to obtain the candidate's degree under the age of forty.[48]

2.2. The doctor of sciences degree

In the year following the introduction of the candidate's degree *Law-decree 26 of 1951 on the introduction of the academic degree doctor of sciences and regulation of university lecturer's and research institute positions and degrees* arranged for setting up the degree *doctor of sciences (Doctor Scientiarum, D.Sc.).* The Preamble of the Law-decree referred to the earlier *Law-decree 44 of 1950* and

[41] Section 6 (1) of Law-decree 44 of 1950.
[42] Section 6 (2) of Law-decree 44 of 1950.
[43] Section 7 of Law-decree 44 of 1950.
[44] Section 8 (1) of Law-decree 44 of 1950.
[45] Section 9 (1) of Law-decree 44 of 1950.
[46] Section 9 (2) of Law-decree 44 of 1950.
[47] Nagy, Péter Tibor: *A tudományos továbbképzés Kádár-korszakbeli társadalomtörténetéhez [Postgraduate Education in the Kádár-Era],* Kultúra és közösség 2011/2., p. 26.
[48] Pálinkó, Éva: *Fiatal kutatók életútja és szakmai identitása [Course of Life and Professional Identity of Young Researchers], PhD-Thesis,* BCE, Budapest, 2009, p. 22.

pointed out that "on the basis of the experience of the Soviet Union it is necessary to introduce […] the academic degree doctor of sciences" as the former (old system doctoral and private professor's) "degrees do not sufficiently help enhancement of the general standard of our scientific life" and "do not sufficiently urge our researchers to carry out increased scientific work and to widen their knowledge".[49] The Preamble of the legal rule also underlined that it is necessary to regulate the system of university lecturer's and research institute positions as well, noting that for the time being filling these positions is not conditional upon holding either the candidate of sciences or the doctor of sciences degree, however, for the future "persons who fill the highest positions are expected to be possibly candidates or doctors as soon and in as many number as possible".[50]

The doctor of sciences degree – i.e., emphatically not a title but the highest grade of the scientific qualification system – "is the sign of acknowledgement of high-level scientific achievement",[51] which can be won by those who have already obtained the candidate of sciences degree, have in-depth and overall knowledge in the given field of their branch of science, have showed new results based on their independent researches and defended their doctor's thesis".[52] The Law-decree made it possible to win the doctor of sciences degree exceptionally without holding a candidate's degree and writing a dissertation for those who deserved it by their scientific achievements of especially great significance.[53] According to this regulation, the ordinary and corresponding members of the HAS were entitled to the doctor of sciences degree,[54] which was obviously aimed at conferring a degree upon scientists who were elected academicians earlier before introduction of the new type of degrees. The legal rule ordered that both candidates and doctors of sciences should use the specification of their branch of science with their name[55] and should be provided with emolument supplement.[56] With respect to conferring both the candidate's and the doctor of sciences degree – in order to replace the National Scientific Qualification Committee set up earlier regarding the candidate's degree – the above cited Law-decree ordered to set up the Scientific Classification Committee within the HAS, whose members were to be appointed upon the proposal of the HAS by the Council of Ministers.[57]

With regard to winning the doctor of sciences degree, the Law-decree set the following order of procedure. Applications for obtaining the degree could be

[49] Preamble of Law-decree 26 of 1951.
[50] Preamble of Law-decree 26 of 1951.
[51] Section 1 (1) of Law-decree 26 of 1951.
[52] Section 1 (2) of Law-decree 26 of 1951.
[53] Section 1 (3) of Law-decree 26 of 1951.
[54] Section 2 of Law-decree 26 of 1951.
[55] Section 3 (1) of Law-decree 26 of 1951.
[56] Section 3 (2) of Law-decree 26 of 1951.
[57] Section 4 of Law-decree 26 of 1951.

submitted the earliest three years after winning the candidate's degree – the Scientific Classification Committee could exempt applicants from compliance with this period exceptionally – [58] the application had to be lodged with the dean of the given university faculty addressed to the Scientific Classification Committee.[59] The applicant marked one of his dissertations and monographs as doctor's thesis and attached it to his application – as an exception the legal rule made it possible for nominees presenting exceptional scientific achievement who had only one dissertation to win the doctor of sciences degree.[60] The submitted dissertation was delivered by the dean of the university faculty to the scientists of the given field for review and the so developed opinion was submitted by him to the Scientific Classification Committee.[61] In view of the fact that the candidate's dissertation and the application for winning the degree had to be forwarded to the Scientific Classification Committee through the dean of the faculty and that the preliminary opinion expressed on the dissertation was made by two experts designated by the dean, it was unavoidable that the evaluation should be influenced by ideological, political and personal criteria outside academic considerations as well.[62]

The Scientific Classification Committee designated three evaluators to review the dissertation and when the opinion of two of them was favourable, the dissertation was put to public debate before the designated special committee of the Academy.[63] On the basis of the judgements, the debate and the special committee's proposal, the Scientific Classification Committee adopted decision on conferring the doctor of sciences degree by secret ballot; in case of favourable decision, the certificate was issued, which was delivered by the council of the university the application was submitted to.[64] The regulations do not contain any reference to whether the decision of the Scientific Classification Committee had to be adopted by a simple or qualified majority of the votes cast, which allows to presume that conferring the degree was decided by simple majority.

With respect to formerly issued titles, the Law-decree made the following decision. The holders of these titles could submit an application based on which the Scientific Classification Committee examined until 30 September 1952 whether they could get the doctor of sciences or candidate of sciences degree.[65] In this interim period the Scientific Classification Committee (i) could confer any of the new degrees upon the applicant without submitting any dissertation or (ii) could

[58] Section 5 (1) of Law-decree 26 of 1951.
[59] Section 5 (2) of Law-decree 26 of 1951.
[60] Section 5 (3) of Law-decree 26 of 1951.
[61] Section 6 (1) of Law-decree 26 of 1951.
[62] Nagy: *op. cit.* p. 23.
[63] Section 6 (2) of Law-decree 26 of 1951.
[64] Section 6 (2) of Law-decree 26 of 1951.
[65] Section 7 (1) of Law-decree 26 of 1951.

dismiss the application or (iii) could set the conditions that the applicant had to satisfy in order to win the appropriate degree.[66] By entering into effect, the Law-decree cancelled the option of conferring the doctoral title (dr. jur.) as part of granting the diploma – similarly, as from 1 January 1952 it terminated issuance of doctoral titles in such a form at medical universities – instead of it, it ordered to use the specification 'qualified' (qualified jurist),[67] however, it made it possible for "old system doctors" to continue to use this title.[68] (This regulation was in effect only for a short period; from 1953 lawyers and physicians were given doctoral title again together with their diploma.)

3. THE SYSTEM OF ACADEMIC DEGREES AND TITLES AFTER THE CHANGE OF REGIME

The need for transforming the scientific qualification system developed in 1950/51, primarily the necessity to return the right to confer the doctoral degree to universities became apparent shortly after the change of regime. This was made emphatically necessary by two circumstances: on the one hand, the Conference of European Universities (CRE) admitted as its members only universities that – in accordance with ancient university privileges – had the right to confer doctoral degrees; on the other hand, the candidate of sciences degree did not appear to be compatible in the international scene; it was a subject of dispute, for example, whether, taking the West German system as basis, the candidate's degree could be considered equal to promotion or habilitation.[69]

Below we shall discuss the doctoral, i.e., PhD degree, now the only degree in Hungary's scientific life, habilitation that represents a prerequisite for taking certain positions in the scientific qualification system (associate professor, university professor, senior research fellow, research advisor) and the doctor of the HAS title replacing D.Sc. After that we shall dwell on the rules of becoming a member of the Academy.

3.1. The doctoral degree (PhD)

As a result of the above outlined attempt, by *Act LXXX of 1993* on Higher Education the currently effective scientific qualification system was developed that now defines only a single uniform academic degree, PhD and under which

[66] Section 7 (2) of Law-decree 26 of 1951.

[67] Section 8 (1) of Law-decree 26 of 1951.

[68] Section 8 (3) of Law-decree 26 of 1951.

[69] Róna-Tas, András: *A magyar doktori iskolák helyzete és jövője [Status and Future of Postgradual Schools in Hungary]*, Magyar Tudomány 2003, p. 1298.

the doctor of the HAS title replacing the doctor of sciences degree is now considered a title rather than a degree. (It should be noted that the titles *dr. jur.* of jurists and *dr. med.* of physicians – just as the titles *dr. med. dent*. of dentists, *dr. pharm*. of pharmacists and *dr. vet.* of veterinarians – are not academic degrees but titles, part of their diploma.[70]) PhD is nothing else then the abbreviation of the Latin *philosophiae doctor*. The official abbreviations of the term in Anglo-Saxon countries is also PhD – sometimes Dphil; in German language areas dr. phil. *(Promotion, Doktor der Wissenschaften)*; the equivalent of PhD in the science of the arts is DLA *(Doctor of Liberal Arts, Doctor Liberalium Artium)*.[71]

Act LXXX of 1993 on Higher Education already refers to the PhD degree and habilitation and mentions the relation of the candidate's degree to PhD. As a condition of founding and operating universities the Act, among others, defines doctoral training and suitability for conferring the doctoral (PhD) and master's (DLA) degree and conducting the habilitation procedure as a required condition.[72] Regarding the doctoral degree, in 1993 the Act formulated as follows: "Whenever this Act refers to doctoral degree as requirement for employment, engagement, qualification or other legal rule refers to academic degree as requirement for employment, engagement, qualification, then it shall be interpreted as the doctoral degree as set out in this Act, the candidate of sciences, doctor of sciences degree or an academic degree obtained abroad and registered or acknowledged inland. As from entry into force of this Act, the persons who hold the candidate of sciences degree can use the specification 'doctoral degree'."[73] The latter sentence makes it clear that candidate's degrees were automatically re-qualified as PhD. In spite of this formal identity, András Róna-Tas declared with regard to degrees that PhD, i.e., the doctoral degree conferred by the university"…did not replace the candidate's degree but indicated transfer to a new system simultaneously with termination of the latter."[74]

Act CCIV of 2011 on National Higher Education formulates the following with regard to the doctoral degree. After obtaining the master's degree – regarding jurists, as appropriate, in view of undivided lawyer's training, after obtaining the diploma – doctoral training prepares PhD students for the doctoral degree. The Act declares that the university obtains the right to perform doctoral training and confer doctoral degree in the field of science – more specifically within the branch of science – to which its operation licence extends; the doctor's certificate is signed by the rector and the chairman of the council of doctors. Furthermore, the Act determines that it is the right of the council of doctors of the university to organise

[70] Section 52 (7) of Act CCIV of 2011.
[71] Section 87/F (4) of Act LXXX of 1993 and Section 16 (4) of Act CCIV of 2011.
[72] Section 3 (1) of Act LXXX of 1993.
[73] Section 119 (1)–(2) of Act LXXX of 1993.
[74] Róna-Tas: *op. cit.* p. 1298.

the doctoral training and confer the doctoral degree and that the council of doctors of the university can set up a council of doctors for each field of science and that each member of the council of doctors, except for would-be doctor representatives, must have an academic degree.[75]

Furthermore, the Act defines doctoral training, which can be individual or group training, research and reporting activity in line with its peculiarities and the would-be doctor's needs. After the doctoral training, the procedure of obtaining doctoral degree begins; the name of the former PhD student applying for degree is: candidate for doctor; the legal relation of the candidate for doctor is established through application for the procedure of obtaining a degree and its acceptance – the university cannot dismiss the application of those who have successfully completed the doctoral training at the given university. However, it is possible to obtain doctoral degree, subject to satisfying certain conditions, even without participating in the doctoral training preceding it as a so-called individual preparer. The legal relation of the candidate for doctor can terminate, as appropriate, by conclusion of the procedure of obtaining a degree and in the event that the candidate for doctor failed to submit his doctor's thesis within two years from establishing the legal relation. The Act determines the conditions of obtaining a degree in highly great details as follows: in addition to fulfilling the requirements set out in the doctoral regulations, completing the doctoral examination before (at least) a three-member board of examiners; certifying knowledge of two foreign languages at a level defined in the doctoral regulations; documenting independent scientific activity by articles and studies (or "otherwise", which is difficult to interpret within the frameworks of obtaining a degree in jurisprudence); presenting the dissertation and defending it in a public debate.[76] According to the interpretation of the Act, the dissertation "is a piece of writing, creation or work made by the candidate for doctor, by which the candidate for doctor proves during the procedure of obtaining doctoral degree that he is able to solve scientific tasks set in accordance with the requirements of the decree independently".[77] The Act requires maintenance of a central register of doctoral degrees accessible for anybody and that it should be made public electronically[78] – this is served currently by the web site www.doktori.hu. As appropriate the Act entrusts the doctoral regulations of the given university with regulating several issues.[79] Pursuant to the Act, holders of PhD degree can use the abbreviation PhD or Dr. with their names.[80]

---

[75] Section 16 (1)–(5) of Act CCIV of 2011.
[76] Section 53 (1)–(5) of Act CCIV of 2011.
[77] Section 108 (1) of Act CCIV of 2011.
[78] Section 53 (6) of Act CCIV of 2011.
[79] Section 53 (6) of Act CCIV of 2011.
[80] Section 53 (7) of Act CCIV of 2011.

The Act regulates publicity of doctor's dissertations and the theses of doctor's dissertations as well. It is the university that shall arrange for registering them electronically and in printed form and making them public in their full volume; in other words, for placing a printed copy and a copy recorded on electronic data carrier of the dissertations and the theses at the central library of the university. Also, publicity is to be ensured by the provision that requires that the doctor's dissertation and its theses in electronic form shall be made accessible to anybody in the Database of Hungarian Scientific Publications (MTMT)[81] with a DOI identity code attached to them.[82]

Government Decree No. 387/2012. (XII. 19.) on Doctoral Schools, the Order of Doctoral Procedures and Habilitation sets forth, among others, the following with regard to the procedure of obtaining a degree. The board of examiners for the doctoral examination (whose chairman can be only a university professor, professor emeritus or habilitated professor) must consist of at least three members, where one of them – if the number of the board members does not amount to five persons – shall not maintain any legal relation aimed at employment with the given university.[83] Regarding the thesis booklet the Decree determines that it shall present the results of independent scientific activity in a summary form.[84] The doctor's dissertation shall be submitted simultaneously with submitting the application for commencing the procedure of obtaining a degree or within two years from accepting the application.[85] With regard to deadlines, the Decree sets forth that the procedure of obtaining a degree shall be concluded within one year from submitting the dissertation,[86] and as an incompatibility rule it declares that next of kin of the person concerned and any person who cannot be expected to judge the matter objectively shall not act as evaluator or a board member in the procedure.[87]

3.2. Habilitation

According to the definition of the effective Higher Education Act, habilitation "is judging academic's and lecturer's competence and scientific achievement by the institution".[88] The term itself comes from the Latin word *habilis*, meaning *suitable* and accordingly in time it denoted suitability for independently announcing, registering main courses of lectures, university subjects. However, this meaning developed as the result of a longer process. It was at the end of the 18th century,

[81] www.mtmt.hu
[82] Section 53/A (1)–(2) of Act CCIV of 2011.
[83] Section 12 (3) of Government Decree No. 387/2012.
[84] Section 14 (1) of Government Decree No. 387/2012.
[85] Section 14 (2) of Government Decree No. 387/2012.
[86] Section 16 (9) of Government Decree No. 387/2012.
[87] Section 17 of Government Decree No. 387/2012.
[88] Section 108 (7) of Act CCIV of 2011.

in the world of German universities that they formulated the need for the first time that lecturers should prove their academic and lecturer's competence as *Privatdozent* at the university. At regulations level, the requirement of habilitation was recorded for the first time at the Reformuniversität of Berlin founded in 1810 in the statute adopted in 1812 and entered into effect in 1816 – at the same time, it should be noted that in those days habilitation was not to mean some kind of second doctoral degree *(Promotion)* and did not contain any habilitation paper *(Habilitationsschrift)* as requirement for creating some kind of great summary work.[89] No uniform regulation was developed on this matter in the 19th century, however, customary law set that usually two years must pass between promotion, i.e., doctoral degree and habilitation, although this depended on the age and university and was highly changing. The requirement of writing a habilitation paper, which definitely exceeded the doctor's dissertation in terms of both its volume and standard, became a general requirement at the beginning of the 20th century.[90]

As we have seen, habilitation was defined in the Hungarian university system before the changes that occurred in 1950/51 since it was a prerequisite for private professor's qualification. The two analysed law-decrees (*Law-decree 44 of 1950* and *Law-decree 26 of 1951*) terminated habilitation as a scientific qualification procedure since conducting them and conferring the degree fell within the powers of universities and as such did not fit in with the centralised system of academic degrees developed following the Soviet pattern.

Habilitation was brought back into the Hungarian university system by *Act LXXX of 1993*, which set the following provisions in this respect. The prerequisite for habilitation is that the applicant should have a doctor's degree and should prove his scientific, professional results and the achievements attained by him as lecturer, research fellow in practical and creative activities after obtaining the doctor's degree, in the form determined in adherence to the habilitation regulations of the university. The applicant had to give account of his lecturer's competence in public, free lectures in Hungarian and a foreign language.[91] Development of the detailed rules of the habilitation procedure was assigned by the Act to the powers of universities.[92] Furthermore, the Act stipulated that university professors appointed before the Act entered into effect shall be considered habilitated;[93] in other words, it did not instruct universities to conduct the habilitation procedure

[89] vom Bruch, Rüdiger: *Qualifikation und Spezialisierung. Zur Geschichte der Habilitation*, Forschung und Lehre 2000, p. 69.

[90] Schubert, Ernst: *Die Geschichte der Habilitation,* in: Koessler, Henning (Hrsg.): *250 Jahre Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg,* Universtätsbund Erlangen, Erlangen, 1993, p. 125., 134., 151.

[91] Section 25 (1)–(4) of Act LXXX of 1993.

[92] Section 26 (5) of Act LXXX of 1993.

[93] Section 123 (1) of Act LXXX of 1993.

with regard to university professors holding the doctor of sciences degree or, in certain cases, the candidate of sciences degree since university professors were appointed on the basis of the candidate's degree as well.

The effective law, i.e., *Act CCIV of 2011 on National Higher Education* assigns regulation of the rules of habilitation to the level of Government Decree,[94] which authorisation was performed – just as in the case of the doctoral procedure – also by *Government Decree No. 387/2012. (XII. 19.)* on Doctoral Schools, the Order of Doctoral Procedures and Habilitation. Pursuant to it – considering only provisions applying to jurisprudence and omitting provisions regarding technical and arts activities – commencement of the habilitation procedure can be applied for when the nominee has pursued high level, independent scientific activity since obtaining his doctoral (PhD) degree (for at least five years); has delivered lectures at some higher education institution either in Hungary or abroad for at least eight semesters; his scientific works have been published in noted international, authoritative periodicals edited by consultant editors and references to his works were made in such periodicals (as certified by the MTMT database); and has regularly attended international and inland scientific conferences as a lecturer.[95] The nominee sums up the results of his scientific activities performed since obtaining the doctor's degree in theses; yet, the habilitation committee or regulations of the given university can require submission of a habilitation dissertation as well.[96]

As part of the habilitation procedure, a so-called habitus investigation is carried out to establish how the nominee has satisfied the set conditions; this is followed by the evaluation of the habilitation theses. If both evaluations are positive, the nominee will hold a habilitation lecture in Hungarian and a foreign language, which is followed by public debate.[97] The theses and the dissertation as well as the lecture and the public debate are evaluated by the jury – with respect to its composition the criteria determined in the procedure of obtaining doctor's degree shall be applied appropriately.[98] As the closing act of the procedure – in the case that the lecture and the public debate is evaluated positively – on the basis of the report of the jury, the habilitation committee of the university confers the habilitated doctor's degree upon the nominee and issues a habilitation certificate thereon *(decretum habilitationis)*,[99] which entitles its holder to bear the title habilitated doctor (in abbreviated form: dr. habil.).[100]

[94] Section 110 (25) of Act CCIV of 2011.
[95] Section 21 (2) of Government Decree No. 387/2012.
[96] Section 21 (3) of Government Decree No. 387/2012.
[97] Section 22 (5) of Government Decree No. 387/2012.
[98] Section 23 (3) of Government Decree No. 387/2012.
[99] Section 24 (1) of Government Decree No. 387/2012.
[100] Section 21 (1) of Government Decree No. 387/2012.

3.3. The doctor of the HAS (MTA) title

As we have referred to it already, in 1994 *Act XL of 1994 on the Hungarian Academy of Sciences* "changed" the doctor of sciences (D.Sc.) degree introduced in 1951 into the doctor of the HAS title, thereby the degree became a title – a title not lower at all in prestige, although not precisely defined in the system of scientific qualification and professional progress. At present the HAS has 55 doctors (except for the ordinary and corresponding members of the Academy) in legal and political sciences, including those who had obtained the doctor of sciences degree earlier.

The Act sets forth that the doctor of the HAS degree can be conferred by the Council of Doctors of the Academy upon persons "who have attained outstanding scientific achievements" – which is, as a matter of fact, conditional upon holding an academic degree and complying with other conditions of obtaining the degree set by the doctoral regulations of the Academy.[101] The Act reasonably declares that the formerly obtained doctor of sciences degree is equal to the doctor of the HAS title.[102] Also, the Act on the HAS sets forth that the doctors of the HAS who live in Hungary can be provided with monthly honorarium by the Academy until the end of their life and that the annual amount of the honorarium of all the doctors of the HAS cannot exceed 1.8 times the annual honorarium of all the academicians.[103]

Pursuant to the *Statutes of the Hungarian Academy of Sciences* the doctor of the HAS title can be conferred upon persons holding an academic degree who have enriched their science subject with original results after obtaining the degree, pursue outstanding scientific activity known to and acknowledged by the authoritative inland and international circles of the relevant field and sum up their findings in a doctor's dissertation.[104] The Statutes empowered the Council of Doctors of the Academy to work out the *Doctoral Regulations of the HAS* and the *Rules of Procedure of the Council of Doctors*, which can stipulate further requirements in addition to the above.[105] The special procedural and requirement system of Section IX of the Academy, i.e., Section of Economics and Law, applicable to doctoral matters entered into effect in September 2013.[106]

The rules of procedure of Section IX and the special requirements set by the Committee on Legal and Political Sciences distinguish three forms of the doctor's dissertation: a dissertation made in order to obtain the title, based on scientific results attained after obtaining the previous degree, in the volume of minimum 12, maximum 16 author's sheets without appendices and bibliography; a mono-

[101] Section 8 (1) of Act XL of 1994.

[102] Section 8 (5) of Act XL of 1994.

[103] Section 8 (3) of Act XL of 1994.

[104] Section 24 (1) of Statutes of the Hungarian Academy of Sciences http://mta.hu/cikkek/akademiai-szabalyozasok-119791

[105] Section 24 (2)–(3) of Statutes of the Hungarian Academy of Sciences

[106] http://mta.hu/ix_osztaly_cikkei/doktori-ugyek-121451

graph published maximum three years earlier, based mostly on the results attained in the period after obtaining the previous degree; and a so-called short dissertation, in which the applicant sums up his independent scientific theorems.[107] Summary theses must be attached to the doctor's dissertation, which (i) can follow the usual structure of dissertations (objective, method, results, utilisation, bibliography), or (ii) can contain only the main points of thesis, including an introduction and a list of publications certifying originality of the theses.[108]

The *Statutes* separate seven phases of the doctoral procedure: submission of the application; habitus investigation (i.e., qualification of the applicant's scientific activity, personal suitability, where the scientific committee expresses an opinion on the applicant and in case of positive opinion the scientific section drafts a proposal towards the Council of Doctors, which makes the decision); putting up for judgement and defending procedure, carried out on the basis of the decision of the Council of Doctors; review of the doctor's dissertation by three external examiners; putting to debate by the Council of Doctors on the basis of the proposal of the three adjudicators; public debate (as a result of which, on the basis of the three external examiners' opinion, the jury makes a proposal to the scientific section on conferring the title); and conferring the title on the basis of the proposal of the scientific section by the Council of Doctors.[109]

3.4. Membership in the Academy

Act XL of 1994 amended in 2011 provides that the Hungarian Academy of Sciences is made up by (inland) ordinary and corresponding and (foreign) external and honorary members. With regard to being elected an academician, the Act sets forth no more than that academicians are elected by inland members and that the number of inland academicians younger than 70 cannot be more than two hundred, and the total number of inland academicians can be maximum 365 persons; also it stipulates that inland academicians living in Hungary are provided with monthly honorarium.[110] At present Section IX of the Academy has 30 (25 ordinary and 5 corresponding) members, including 11 (9 ordinary and 2 corresponding) members in the field of legal and political sciences.

By its Resolution No. 5/2012 the HAS's General Assembly regulated the detailed procedural rules of electing academicians.[111] Academicians are elected in

[107] Section (1) of Doctoral Regulations of the HAS, Rules of Procedure of the Council of Doctors

[108] Section (3)–(4) of Doctoral Regulations of the HAS, Rules of Procedure of the Council of Doctors

[109] Section 24 (4) of Statutes of the Hungarian Academy of Sciences

[110] Section 6 (1)–(4) of Act XL of 1994.

[111] http://mta.hu/data/cikk/13/10/17/cikk_131017/2013_evi_akademikusvalasztas_eljarasi_szabalyzata.pdf

every three years in May, when members are elected by the Assembly of Academicians.[112] Recommendations for membership in the Academy can be submitted by members of the Academy to the competent section, evaluating therein the scientific activity of the proposed person, his outstanding scientific results and their acknowledgement at home and abroad. The recommendations examined and forwarded by the Presidium are published in the periodical Hungarian Science.[113]

Being a candidate for membership, no matter whether being nominated as an ordinary, corresponding, external or honorary member, requires at least three recommendations. Minimum three ordinary members' recommendation is required for ordinary membership; minimum three inland members' recommendation is required for corresponding membership; at least three inland or two inland and one external members' recommendation is required for external membership; at least three inland members' recommendation is required for honorary membership. The Resolution regulates the number of recommendations that one member can put forward: each ordinary, corresponding and external member can recommend two persons, ordinary members can make two recommendations in each of the four categories; corresponding and external members can make two recommendations in each of the three categories (reasonably they cannot make recommendations on ordinary members); honorary members cannot make recommendations.[114]

The earliest four weeks after the recommendations are published in the Hungarian Science, the scientific section holds a so-called member nomination section meeting, attended by inland academicians with right to vote – as a matter of fact, external and honorary members have right of consultation only. The member nomination section meeting adopts resolution on the nomination of the proposed persons by secret ballot and simple majority of the votes cast, and those who have won this share of the votes will be put on the common list of nominees for academicians. The result of the voting of the member nomination section meeting ranks the voted nominees as well. The order is determined by the decreasing number of "yes" votes or, in case of identical number of "yes" votes, by the increasing number of "no" votes. The president of the section informs the Presidium on the result of voting, and the Presidium unites the lists of nominees into a common list of nominees where it is bound by the order set by the section. The number of eligible new members and their distribution among sections are determined by the member election meeting of the Assembly of Academicians.[115]

[112] Section 2 (1)–(4) of Procedural Rules of Electing Academicians of the HAS
[113] Section 3 (1)–(5) of Procedural Rules of Electing Academicians of the HAS
[114] Section 4 (1)–(3) of Procedural Rules of Electing Academicians of the HAS
[115] Section 5 (3)–(7) of Procedural Rules of Electing Academicians of the HAS

SUMMARY

The prime aim of this study was to survey the system of academic degrees and titles used in Hungary and the related university lecturer and research fellow classing – as appropriate, setting out primarily from the field of legal and political sciences. However, in view of the fact that currently used degrees and titles can be traced back to longer or shorter historical precedents, a historical analysis seemed to be necessary as well. For example, habilitation as a condition of private professor's qualification appeared in Hungarian scientific life as early as in the 19th century, and although the candidate of sciences and doctor of sciences degrees introduced following Soviet patterns are no longer conferred, it is possible to continue to hold them and they have been included in the scientific qualification system.

We set out from the year 1777 when *Ratio educationis* was issued by Maria Theresa, which marks the starting point of a long period of development up to 1950. It was in this period when the system of qualification and required conditions of ordinary and extraordinary university professorship and, from the second half of the 19th century, of university private professorship evolved. This organic system complying with Western European patterns was ended by two law-decrees issued in 1950 and 1951. This step, on the one hand, terminated the former scientific qualification and classification system and introduced the Soviet type candidate of sciences and doctor of sciences degrees as well as the university classification system that is used up to this day (which defines assistant lecturer's, senior lecturer's, associate professor's and university professor's scopes of work); and, on the other hand, centralised Hungarian scientific life by depriving universities of their powers of scientific qualification.

The bases of effective regulations were created in 1993 when the transformation of the scientific qualification system introduced following Soviet patterns began. It was at that time when the PhD, i.e, doctor's degree was introduced following western examples, which has now become the only conferable academic degree in Hungary – all other qualifications are considered "merely" a title. Regarding the PhD degree, we have analysed not only statutory provisions and requirements but also the possibilities of institutional regulations. Partly according to former Hungarian traditions, partly following Western European (primarily German) patterns, habilitation as a step of scientific career following PhD has been reinstated among academic titles. The issuance and conferment of both the PhD (doctor's) degree and dr. habil. title have been assigned to the powers of universities. The doctor of sciences degree has been replaced by the doctor of the HAS title; as a matter of fact, conferring this title has stayed within the powers of the Hungarian Academy of Sciences, however, the conditions of obtaining it have become stricter. As the highest academic title, membership (primarily corresponding and ordinary membership) in the Academy has been preserved – at present Section IX of the HAS (Section of Economics and Law) enumerates 11 legal scientist members.

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Univerzitet „Sapientia“, Kluž-Napoka
Departman za pravo
tamasnotari@yahoo.de

Istorijat akademskih stepena i zvanja u oblasti pravne nauke u Mađarskoj

Sažetak: *U ovom radu autor u svetlu istorijskog razvoja istražuje sistem akademskih stepena i značajnih akademskih zvanja (imajući u vidu pravnu nauku, izostavljajući akademska zvanja van ove oblasti) korišćenih u Mađarskoj. Prvo analizira zahteve i zakonske uslove koji su bili neophodni da bi neko postao univerzitetski profesor (redovni i vanredni univerzitetski profesor) i privatni univerzitetski profesor (Privatdozent) u periodu počev od Ratio educationis Marije Terezije iz 1777. godine, sve do 1950. godine. Posle toga izlaže uvođenje i regulisanje akademskih stepena uvedenih 1950. i 1951. godine na osnovu sovjetskog modela: stepene kandidata nauka i doktora nauka, pravila sticanja ovih stepena kao i sistem naučnih i istraživačkih klasifikacija, korišćenih još i dan danas. Posle istorijskog pregleda, na osnovu zakonskih i institucionalnih pravila, analizira regulisanje akademskih stepena i zvanja, u periodu posle promene režima. Posebnu pažnju posvećuje istraživanju sistema neophodnih uslova za sticanje stepena doktora (PhD), zahteve za habilitaciju kao naučnu kvalifikaciju, pravila za sticanje zvanja doktora Mađarske akademije nauka, kao zamenu stepena doktora nauka, kao i uslove neophodne da bi neko postao redovni i dopisni član Akademije.*

Ključne reči: *akademski stepeni; mađarska pravna nauka; CSc; DSc; PhD; habilitacija; Mađarska akademija nauka.*

Datum prijema rada: 12.12.2016.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968), проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976), проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988), проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997), проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006), проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија), prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија); prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска), prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Gérard Marcou (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија), prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr. Suphawatchara Malanond (Тајланд), проф. др Бранислав Ристивојевић, prof. dr Tatjana Bugarski, mr Radmila Dabanović

Менаџер часописа

Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana Ćorić, doc. dr Bojan Tubić, dr Marko Knežević, dr Cvjetana Cvjetković, dr Uroš Stanković, dr Milana Pisarić, Nataša Rajić, Sandra Samardžić, Stefan Samardžić, Ratko Radošević

Компјутерска обрада текста

Vladimir Vatić, „Grafit“

Штампа:

„Футура“ Петроварадин

Тираж: 200 примерака

2016