ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у *HeinOnline* бази: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* доступан је у *EBSCO* бази *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Зборник радова (свеске од 2005. године) доступан је на веб сајту Правног факултета у Новом Саду (http://www. pf.uns.ac.rs).

Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

LIV 1 (2020)

НОВИ САД, 2020.

ЗРПФНС, година LIV Нови Сад, бр. 1 (2020)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Др Ратко С. Радошевић, асистент са докторатом
Начело предвидивости у управном поступку 1

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Др Ненад П. Радивојевић, асистент са докторатом
Владан М. Мирковић, асистент
Геополитички аспекти енергетске безбедност и безбедности животне средине у Републици Србији 21

Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Слобода Д. Мидоровић, асистент
Ограничење права својине правом на дом (појмовна одређења и правна политика) 39

Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Др Бојан Н. Тубић, ванредни професор
Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Правно уређење загађења ваздуха у урбаним срединама на нивоу Европске уније 71

Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Др Стефан С. Самарџић, асистент са докторатом
Основне поставке феминистичке криминологије у примени Закона о спречавању насиља у породици 93

Др Слободан П. Орловић, редовни професор
Др Наташа Н. Рајић, асистент са докторатом
Улога уставног суда у развоју уставних система Италије и Србије 121

Др Гордана М. Дракић, редовни професор
Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији (1827–1837) 141

Др Небојша В. Ранђеловић, редовни професор
Сара И. Митић, демонстратор
Прводецембарски акти о уједињењу – циљеви и одступања 159

Др Дарко З. Симовић, редовни професор
Функције преамбуле Устава и особености преамбуле устава Републике Србије . 173

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Понављање управног поступка 195

Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор
Расподела добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу и разлике у односу на друге исплате корпоративно-правног карактера 215

Др Драгутин С. Аврамовић, ванредни професор
Др Илија Д. Јованов, асистент са докторатом
Релативизација правде кроз реторику – Платонов дијалог „Горгија“ као парадигма 245

Др Сања М. Радовановић, ванредни професор
Николина Б. Мишчевић, асистент
О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву 267

Др Душица Д. Миладиновић Стефановић, ванредни професор
Кривично дело принудног закључења брака у праву Србије – између правне традиције и нових правних изазова – 289

Др Наташа Љ. Деретић, доцент
Милан М. Милутин, асистент
Покушај законског регулисања „*ambitus*-а“ (агитовања за римске изборе) у периоду Римске републике 309

Др Драгана М. Ђорић, доцент
О покрету *Plain English* 329

Др Бојан Д. Јанковић, доцент
Улога редарске службе на спортским приредбама у Републици Србији 353

Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом
Новине у општем делу Кривичног законика 367

Др Михајло А. Вучић, научни сарадник
Одлуке велике Народне скупштине из перспективе савременог међународног права на самоопредељење народа 383

Др Александар С. Благојевић
Стање железничког саобраћаја у Војводини након присаједињења и послератни развој 405

Др Татјана М. Милић
Емпиријско истраживање улоге међународног права у раду Савета безбедности УН 427

Дарко М. Божичић, асистент
Дигиталне платформе и њихов утицај на односе поводом дигиталног рада . . 453

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Стефан Д. Петрашиновић, сарадник у настави, студент докторских студија
Фејсбук и увреда 469

Рената Р. Бјелица, студент докторских студија
Усмена јавна расправа у управном спору 487

Стефан В. Стојановић, истраживач сарадник, студент докторских студија
Римско стварно право у упоредној анализи Гајевих Институција и Јустинијанових Институција 503

Милан М. Мацура, студент докторских студија
Византијско право као расадник правних трансплантa са посебним освртом на Душанов законик 519

Саша Н. Дмитрашиновић, студент докторских студија
Оперативне и доказне радње полиције у расветљавању кривичног дела разбојништва у Републици Србији 531

TABLE OF CONTENTS

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
Ratko S. Radošević, Assistant with Ph.D.
Legitimate Expectations in Administrative Procedure 1

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
Nenad P. Radivojević, Assistant with Ph.D.
Vladan M. Mirković, Assistant
Geopolitical Aspects of Energy Security and Environmental Security in the Republic of Serbia 21

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
Sloboda D. Midorović, Assistant
Limitation of the Ownership Right by the Right to Home (Notions and Legal Policy) . 39

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
Legal Regulation of Air Pollution in Urban Environments at the Level of the European Union 71

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.
Basic Assumptions of Feminist Criminology in the Results of the Implementation of *Law on Rrevention of Family Violence* 93

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Full Professor
Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.
The Role of the Constitutional Court in Development of the Italian and Serbian Constitutional Systems 121

Gordana M. Drakić, Ph.D., Full Professor
Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
New Data on First Attempts to Codify Law in The Principality Of Serbia (1827–1837) . 141

Nebojša V. Ranđelović, Ph.D., Full Professor
Sara I. Mitić, Demonstrator
The December 1st Unification Acts – Goals and Deviations 159

Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
The Functions of the Preamble of the Constitution and the Characteristics of the Preamble of the Constitution of the Republic of Serbia 173

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
Reopening the Administrative Procedure 195

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
Allocation of Profit to Members of Limited Liability Company and Differences in Relation to Other Corporate Legal Payments 215

Dragutin S. Avramović, Ph.D., Associate Professor
Ilija D. Jovanov, Assistant with Ph.D.
Relativization of Justice Through Rhetoric – Plato's Gorgias as Paradigm 245

Sanja M. Radovanović, Ph.D., Associate Professor
Nikolina B. Miščević, Assistant
On the Division to Nonexistent and Void Contracts in Domestic Law 267

Dušica D. Miladinović Stefanović, Ph.D., Assistant Professor
Forced Marriage in Serbian Legislation – between Legal Tradition and New Legal Challenges – 289

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Milan M. Milutin, Assistant
An Attempt at Legal Regulation of *Ambitus* (Canvassing before Roman Elections) in the Period of the Roman Republic 309

Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
About the Plain English Movement 329

Bojan D. Janković, Ph.D., Assistant Professor
The Role of Stewards at Sports Events in the Republic of Serbia 353

Др Иван Д. Милич, ассистент – доктор юридических наук
Изменения в Общей части Уголовного кодекса 367

Mihajlo A. Vučić, Ph.D., Research Fellow
Decisions of the Grand National Assembly from the Perspective of the Contemporary International Law on People's Self Determination 383

Aleksandar S. Blagojević, Ph.D.
State of Railway Traffic in Vojvodina after the Attitudes and the Postal Development . 405

Tatjana M. Milić, Ph.D.
Empirical Research of the Role of International Law in the Work of the UN Security Council 427

Darko M. Božičić, Assistant
Digital Labour Platforms and its Impact on Employment Relations 453

SECTION FOR STUDENTS

Stefan D. Petrašinović, Teaching Assistant, Ph.D. Student
Criminal Offense and Facebook 469

Renata R. Bjelica, Ph.D. Student
Oral Public Hearing in an Administrative Dispute 487

Stefan V. Stojanović, Research Assistant, Ph.D. Student
Roman Property Law in Comparative Analysis of the Institutes of Gaius and the Institutes of Justinian 503

Milan M. Macura, Ph.D. Student
Byzantine Law as a Nursery Garden for Legal Transplants with Specific Review of Dusan's Code 519

Saša N. Dmitrašinović, Ph.D. Student
Police Operating and Evidence Procedures in Resolving the Criminal Act of Robbery in the Republic of Serbia 531

Оригинални научни рад 35.077.3
doi:10.5937/zrpfns54-25457

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
dmilkov@pf.rs

Др Ратко С. Радошевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

НАЧЕЛО ПРЕДВИДИВОСТИ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: *Начело предвидивости представља једно од нових начела нашег управног поступка. Анализирајући ово начело, уређено на веома нејасан и непрецизан начин, аутори покушавају да одговоре на питање који је његов прави смисао и да ли је оно заиста неопходно у нашем управном поступку. Потврђујући своју почетну претпоставку, аутори закључују да није. Оно само нуди други назив и додатно објашњење за већ постојећа правна начела – законитости, једнакости и правне сигурности. Предвидивост и легитимна очекивања странака само су одраз ових начела, а не неко ново и посебно начело. Само за себе, оно у нашем управном поступку суштински ништа не значи и не мења.*

Кључне речи: *управни поступак, основна начела управног поступка, начело предвидивости, начело заштите легитимних очекивања странака.*

1. УВОД

Покушавајући да спроведе реформу процесних правила о вршењу управне делатности, наш законодавац је изменама захватио и основна начела управног поступка. Побољшао их, међутим, није. Уместо да основна начела само угради у правила о управном поступку, наш законодавац их и даље изричито

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2019. годину.

наводи, набраја и наглашава. Највећа измена састоји се, стога, у увођењу неких нових начела управног поступка, уз она која су и до сада изричито навођена.

Једно од тих нових начела управног поступка – начело предвидивости – предмет је овог рада. Анализирајући ово начело, уређено на веома нејасан и непрецизан начин, аутори ће покушати да одговоре на питање који је његов прави смисао и да ли је оно заиста неопходно у нашем управном поступку. Поставља се питање да ли начело предвидивости доноси суштински нешто ново? Претпоставка од које аутори полазе јесте да ово начело није неопходно и да је оно већ садржано у постојећим начелима нашег правног поретка. Уз то, у раду ће се анализирати да ли осим конфузије и потребе да се правна теорија бави још једном у низу нелогичности у новом Закону о општем управном поступку (ЗУП), начело предвидивости доноси било шта практично примењиво и потребно.

2. НАЧЕЛО ПРЕДВИДИВОСТИ – НОВО НАЧЕЛО СРПСКОГ УПРАВНОГ ПОСТУПКА

Свака правна установа заснива се на одређеним правним начелима. У свакој правној установи, начела играју битну – конститутивну улогу. Правна начела, сажето и прегледно, указују на суштину једне правне установе. Тако је и са основним начелима управног поступка. На њима управни поступак почива; њихов смисао мора да буде уткан у сва општа и посебна правила о управном поступку. Основна начела дају одредбама о управном поступку одређени дух и представљају смернице за њихово правилно разумевање.[1]

Своју улогу правна начела могу да одиграју само онда када су разрађена, прецизирана и уграђена у прописе чију би суштину требало да представљају. Нажалост, то није увек тако. Све уочљивије опадање квалитета стварања данашњег права морало је да се одрази и на основна правна начела. Законодавац се понекад задовољава тиме да изричито прогласи постојање одређених начела, без обзира на то да ли она заиста одражавају смисао осталих правила, гледано у целини.

Овакво, банализовано и погрешно разумевање улоге основних начела присутно је и у закону који уређује општи управни поступак. Уместо да основни принципи буду уграђени у поједине одредбе, конкретизовани и санкционисани, они се, још од 1956. године, изричито наводе на почетку закона.[2] Од ове погрешне праксе није се одступило ни у новом ЗУП-у. Тру-

[1] Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 84.

[2] „Основна начела су код нас унета у Закон о општем управном поступку из 1956. године, у складу са тадашњим социјалистичким схватањима и задржана су до данас. Уместо навођења основних начела на почетку прописа, у упоредном праву се може запазити да је суштина одређених принципа уграђена у појединачне одредбе. У суштини, основна начела су

дећи се да што очигледније покаже како се нови ЗУП заснива на принципима прихваћеним у правним тековинама Европске уније, законодавац нам је изричито набројао основна начела управног поступка, у оквиру посебног одељка.[3] Уз начела која су и раније постојала, уведена су и нека нова. Као део шире целине, уз начело законитости, уведено је и начело предвидивости:

> „Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима.“[4]

Одмах се уочава да је начело предвидивости уведено у ЗУП на непрецизан и нејасан начин, због чега његов прави домашај не може тако лако да се „предвиди“. Оно би, према цитираној одредби, требало да се односи на поступање у управним стварима. То би, у складу са новом дефиницијом управне ствари, требало да значи да се начело предвидивости односи на све управне активности: доношење управних и гарантних аката, закључење управних уговора, предузимање управних радњи и пружање јавних услуга.[5] Већина ових активности, међутим, само је привидно подведена под појам управне ствари. Потврду о томе налазимо у другом делу цитиране одредбе, у којем се поступање у управним стварима сужава на доношење одлука. Када поступа у управним стварима, орган не води рачуна о томе како је раније поступао, већ о томе како је раније одлучивао. Одлучивање у управним стварима значи доношење управних аката – не значи све оно што управа ради у појединачним ситуацијама. Од свега онога што би у новом ЗУП-у требало да буде предмет управног поступка, само је управни акт:

> „[П]ојединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима.“[6]

непотребна у пропису као издвојени део, већ је довољно да њихова садржина буде уграђена у конкретне норме. Тиме би се избегло постојање чисто декларативних начела, која нису уопште разрађена конкретним одредбама и за чију повреду не постоји никаква санкција.“ (*Ibid*.)

[3] „Дакле, у погледу појединих основних начела управног поступка се, са пуно основа, може рећи да је при њиховом прописивању више вођено рачуна да се што лакше може констатовати да је нови Закон, са формално-правног аспекта, усаглашен са свим основним европским правним стандардима, него што је заиста вођено рачуна да се ти стандарди у пракси органа управе заиста могу успешно остварити.“ (Зоран Лончар, „Европски правни стандарди и управни поступак у Србији“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига IV, Нови Сад 2016, 470)

[4] Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење – ЗУП, чл. 5, ст. 3.

[5] ЗУП, чл. 2, ст. 1.

[6] ЗУП, чл. 16, ст. 1. Одлука о правима, обавезама или правним интересима странке, као и о процесним питањима, садржана је у диспозитиву управног акта: „Диспозитив садржи кратку и јасну одлуку.“ (ЗУП, чл. 141, ст. 3)

О начелу предвидивости, дакле, орган води рачуна онда када доноси управне акте. Приликом доношења управних аката, орган води рачуна и о ранијим одлукама, донетим у истим или сличним управним стварима. У питању су одлуке тог истог органа, што сазнајемо из начина на који је прописано одступање од овог правила:

> „Образложење садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима.“[7]

Аутори новог ЗУП-а су мењали неке раније одредбе и појмове имајући у виду само неки сопствени „нови концепт“, али су при томе наилазили на проблем примене њихових конструкција. Нови појам управне ствари је сада потпуно празан и тиме бесмислен. Практично, управна ствар је било која појединачна ситуација у којој управа предузима било какву активност. Међутим, немогуће је применити, иначе потпуно спорно, начело предвидивости на све активности управе. Из контекста свих осталих норми ЗУП-а, јасно произлази да је ово начело могуће применити једино на доношење управних аката. Начело предвидивости је само један пример последица накарадних конструкција.

Основно питање у вези са начелом предвидивости гласи: како то орган „води рачуна“ о ранијим одлукама и да ли то значи да органи управе имају обавезу да одлучују и на основу претходно донетих одлука?

Шта је била права намера писаца новог ЗУП-а, тешко је рећи. Уколико бисмо у разматрање узели и првобитни предлог новог ЗУП-а, онај из 2012. године, одговор на претходно постављено питање био би потврдан. У првобитном предлогу ЗУП-а изричито је писало да раније донете одлуке обавезују орган, осим у изузетним случајевима:

> „Орган је дужан да поступа у складу са ранијим одлукама које је донео у истим или сличним стварима, осим када је оправдано и на закону засновано да поступи другачије, што се мора посебно образложити.“[8]

---

[7] ЗУП, чл. 141, ст. 4.

[8] Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120* – Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 5, 20. јануар 2018. Исти закључак може да се изведе и из начина на који је начело предвидивости дефинисано у Предлогу ЗУП-а из 2013. године: „Орган поступа и сагласно одлукама које је донео у истим или сличним управним стварима, ако не постоји оправдани разлог да од тога одступи. Разлози за одступање посебно се образлажу.“ (Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године], 18. децембра

Правна везаност органа управе ранијим одлукама донела би велику промену у начину на који се у нашем правном поретку гледа на изворе права. У нашем правном поретку изворима права сматрају се само општи правни акти. Наш правни поредак не заснива се на прецедентном праву – у којем би се изворима права сматрали и појединачни правни акти. Правна везаност органа управе ранијим одлукама била би у супротности са духом нашег правног поретка, нашом правном традицијом, али и са Уставом Републике Србије, у којем пише да је државна управа везана Уставом и законом, а не појединачним правним актима.[9] У складу са Уставом:

> „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону.“[10]

Стиче се утисак да су овог проблема били свесни и писци новог ЗУП-а. Логично би могло да се претпостави да је зато у важећем тексту ЗУП-а и употребљена много непрецизнија формулација начела предвидивости, како би се овај проблем бар језички ублажио и прикрио. Исто би могло да се каже и за покушај повезивања начела предвидивости са начелом законитости, с обзиром на то да су у првобитном предлогу ЗУП-а ова начела била одвојена. Своју намеру, писци новог ЗУП-а покушали су да образложе на следећи начин:

> „Суштина је у томе да орган поступајући на основу закона, других прописа и општих аката мора приликом поступања у управној ствари водити рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима. Уколико постоје оправдани разлози да се у конкретном случају одступи од раније праксе, ово се мора додатно образложити. Како би се нагласила чињеница да начело предвидивости не представља увођење прецедентног система, оно је спојено са постојећим начелом законитости. Начело предвидивости је, заправо, израз уставног начела једнакости грађана пред законом и уставне одредбе којом се гарантује једнака заштита права пред органима власти. Важно је напоменути да се начело предвидивости не ослања на једну одлуку (прецедент), већ на уједначену правну праксу одређеног органа по одређеном питању. На овај начин превазилази се проблем неуједначене праксе и последично различитог третмана странака у истим или сличним управним поступцима (идентичним захтевима).“[11]

2013. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti _pregled.php?id=201834* – Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 5, 20. јануар 2018)

[9] Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 – Устав, чл. 136, ст. 1.

[10] Устав, чл. 198, ст. 1.

[11] Образложење Предлога Закона о општем управном поступку, усвојеног на 195. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27.

Намере писаца ЗУП-а су једно, а то како су оне остварене, нешто је сасвим друго. Коришћењем непрецизних термина и повезивањем начела предвидивости са начелом законитости проблем не може да се реши. Гледано као целина, начело законитости и предвидивости одређује правни основ за одлучивање у управним стварима и указује на то чиме је све орган управе везан када доноси управне акте. У складу са начелом законитости и предвидивости:

> „Орган поступа на основу закона, других прописа и општих аката. Када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у границама законом датог овлашћења и сагласно циљу због кога је овлашћење дато. Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама донетим у истим или сличним управним стварима.“[12]

У овом контексту, логично се намеће закључак да је орган везан како законом и другим општим правним актима, тако и својим ранијим одлукама, у којима су ти закони примењени на одређени начин. Орган води рачуна о ранијим одлукама тако што има обавезу да се придржава раније успостављене законите праксе. Како би другачије могао да води рачуна о њима и зашто би морао да образложи евентуално одступање, уколико таква обавеза ни не постоји. Не знамо само да ли води рачуна о ранијим одлукама и у оним управним стварима у којима се одлучује на основу дискреционе оцене, будући да се и оне помињу у оквиру начела законитости и предвидивости. Таква обавеза била би пак супротна суштини дискреционе оцене, која се увек врши с обзиром на околности конкретног случаја.[13]

Генерално посматрано, правна везаност ранијим одлукама није у складу са суштином и улогом судске праксе и праксе органа управе. Колико год да је важан, утицај судске и управне праксе у нашем правном поретку има фактички – а не правни карактер. Уједначена пракса органа управе, међутим, не може да се оствари уколико они воде рачуна само о сопственим одлукама. Уколико желимо да се оствари принцип једнакости, онда је важно да и различити органи поступају уједначено. То је могуће само онда када се води рачуна о одлукама виших органа управе и одлукама донетим у управном спору, што и јесте смисао судске и управне праксе.[14]

априла 2014. године), 2. фебруара 2016. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=257741*, 3, 20. јануар 2018.

[12] ЗУП, чл. 5.

[13] „Управна пракса [...] не може се формирати на читавом подручју управе, него само тамо где управа не поступа по слободној оцени. Јер, где управа поступа по слободној оцени, она може увек, без обзира на дотадашњу праксу, решити управну ствар на друкчији начин.“ (Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002, 66)

[14] „Када се судови и виши органи управе устале у одлучивању по одређеним предметима, настаје одређена *пракса*. Та пракса формално-правно посматрано нема обавезну снагу,

Начело једнакости јесте једно од основних начела у нашем праву. Оно, међутим, не значи да одлуке органа управе имају правно обавезујућу снагу и у другим ситуацијама, истог или сличног карактера. Када одлучују у таквим ситуацијама, органи управе нису правно везани својим ранијим одлукама и појединачним правним актима у којима су оне садржане; органи управе везани су принципом једнаког одлучивања у једнаким случајевима, а то је нешто сасвим друго.

Од самог почетка, јасно је да начело предвидивости доноси са собом нешто спорно и супротно логици нашег правног поретка. Не зато што у нашем праву не важи начело једнакости (наравно да важи), већ зато што у нашем праву судска пракса и пракса органа управе немају правно обавезујућу снагу. Чини се да су тога били свесни и писци новог ЗУП-а. Вероватно су зато и настојали да ублаже првобитно изричито формулисану обавезу органа управе да поступају у складу са својом ранијом праксом. Ово ублажавање на крају је довело до тога да првобитна обавеза у великој мери изгуби свој смисао: орган би начелно требало да води рачуна и о ранијој пракси, али од те праксе увек може да одступи – уколико у образложењу решења наведе разлоге за то.[15] Но, ако је претходна пракса била у складу са законом, орган не би могао од ње да одступи, без обзира на навођење разлога. Може само да одступи ако је нови случај у нечему другачији од претходних и да то наведе у образложењу. То значи да ако је иста ствар, одступања не би смело да буде, јер би свако другачије поступање било незаконито. До одступања може да дође само ако су ствари сличне, али не и исте, па разлика постоји у неком битном елементу. Тада разлика у одређеним елементима може да подразумева да законито одлучивање у једном случају не значи да би и у другом случају било одлучивање законито. Законитост би онда захтевала да се у другом (сличном, а не истом) случају другачије одлучи. Но, о чему се ту онда ради? О предвидивости? Не, ту је реч о **законитости!** Доносилац акта увек мора да води рачуна о законитости. Закон увек мора једнако да примењује у истим случајевима и не може од тога да одступи, па ни уз образложење. Ако по-

---

али има несумњиво велики фактички утицај на рад органа управе. Знајући за одређену праксу виших органа управе првостепени органи ће тако решавати да им другостепени орган не поништи првостепени акт. Исто то важи за одлучивање другостепених органа, који приликом доношења коначних управних аката морају водити рачуна о одговарајућој судској пракси (уколико она постоји)." (Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2016, 53)

[15] У нашој правној теорији, стога, наилазимо и на следећи став: „Ипак, раније одлуке – управне, али и судске – у истоврсним управним стварима не обавезују строго орган: он је само дужан да води рачуна о њима приликом управног одлучивања, као и да образложи евентуална одступања од дотадашње праксе (по дефиницији, уједначене, тј. доследне)." (Зоран Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку – са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017, 115)

стоје неке разлике код сличних случајева, онда у сваком од тих случајева мора да одлучи онако како је то законом предвиђено. Предвидиво или непредвидиво, али увек законито!

3. ПРЕДВИДИВОСТ И ЗАШТИТА ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА СТРАНАКА

Новине у ЗУП-у последица су наводног настојања нашег законодавца да управни поступак уреди у складу са правом Европске уније и европским правним стандардима. При томе треба имати у виду да у Европској унији око управног поступка не постоји никакво јединство, па се не зна на које узоре смо се угледали? Шта више, скоро ниједна земља Европске уније нема у свом Закону о општем управном поступку основна начела! То важи и за начело предвидивости. Оно је, конкретно, унето у ЗУП наводно ради усаглашавања са европским начелом заштите легитимних очекивања странака. У првобитном Предлогу ЗУП-а, из 2012. године, тако се и звало: „Начело заштите легитимних очекивања странака.“[16] У Предлогу из 2013. године употребљена су оба назива, као синоними.[17]

У објашњењу начела заштите легитимних очекивања странака уобичајено се креће од немачког права.[18] Идеја о заштити легитимних очекивања изводи се заправо из начела за које се у немачком праву користи назив „начело заштите поверења“ (*Grundsatz des Vertrauensschutzes*). Начело заштите поверења заснива се на принципу правне државе и основним (уставним) правима грађана. У немачком правном поретку оно се, пре свега, примењује у контексту забране повратног дејства закона; у немачком управном праву пак, првенствено се тиче стављања ван снаге управних аката – повлачења незаконитих и опозивања законитих.[19]

Начело заштите поверења у немачки правни поредак увела је судска пракса, у вези са питањем повлачења незаконитих овлашћујућих управних аката. У немачком праву првобитно је важило правило да се незаконити

---

[16] Предлог ЗУП-а из 2012, чл. 5.

[17] Предлог ЗУП-а из 2013, чл. 5.

[18] Christopher Forsyth, “Legitimate Expectations Revisited”, *Judicial Review*, 4/2011, 430.

[19] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 66, 219. За разлику од нашег ЗУП-а, у немачком ЗУП-у не говори се о поништавању и укидању управних аката. У складу са немачким ЗУП-ом, управни акти се стављају ван снаге на два начина – повлачењем (*Rücknahme*) и опозивањем (*Widerruf*). Повлачењем се назива стављање ван снаге незаконитих управних аката, а опозивањем – законитих. И у једном и у другом случају, управни акти могу да се ставе ван снаге како за убудуће тако и уназад – да се, у складу са нашом терминологијом, пониште или укину. Код опозивања управних аката укидање је правило, а поништавање изузетак.

овлашћујући управни акти могу увек повући – у складу са начелом законитости управе. Средином прошлог века, међутим, дошло је до битне промене и до ограничења ове могућности. У судској пракси, осим о начелу законитости управе, почело је да се води рачуна и о начелу заштите поверења. Полазећи од принципа правне државе и правне сигурности, Савезни управни суд почео је да узима у обзир не само законитост управног акта, него и поверење странке у то да управни акт важи и производи одређено правно дејство. Пошто код незаконитих овлашћујућих управних аката ова начела могу да буду у међусобном сукобу, једном од њих мора да се призна већа правна вредност.[20]

На праксу Савезног управног суда ослонио се и немачки законодавац, онда када је у Закону о управном поступку (немачки ЗУП) регулисао повлачење и опозивање управних аката. У немачком ЗУП-у полази се од правила у складу са којим незаконити управни акти могу увек да се повуку (само за убудуће или и уназад), чак и онда када су постали правноснажни (*unanfechtbar*).[21] Ову могућност немачки аутори сврставају у дискрециону оцену органа управе.[22] Изузетак су, међутим, овлашћујући управни акти, који могу да се повуку само под одређеним условима, проистеклим из начела заштите поверења.

Уколико је овлашћена странка имала поверење у важење овлашћујућег управног акта, онда је могућност његовог повлачења ограничена, без обзира на то што је незаконит. Наравно, под претпоставком да је поверење странке вредно правне заштите, а то је случај онда када се поверењу и интересу странке даје предност у односу на јавни интерес – који би налагао да се такав управни акт повуче. У том случају, управни акти којима се странци додељују једнократна или текућа новчана давања или дељива давања у натури, као и управни акти који су претпоставка за то, не смеју да буду повучени. Остали овлашћујући управни акти могу да буду повучени, али уз обавезу да се странци, на њен захтев, накнади тиме проузрокована имовинска штета.[23]

Начело заштите поверења долази до изражаја и код опозивања законитих овлашћујућих управних аката. Прецизније посматрано, ово начело узима се у обзир онда када до опозивања законитих овлашћујућих управних аката

[20] Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 302-303.

[21] Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl*. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (*BGBl*. I S. 846) geändert worden ist – VwVfG, § 48, Abs. 1, S. 1. Иако тако звучи, ова одредба се не односи на ништаве управне акте. Они се не повлаче – њихова ништавост се утврђује у складу са параграфом 44 немачког ЗУП-а. (S. Detterbeck, 223)

[22] H. Maurer, 306.

[23] VwVfG, § 48, Abs. 2, S. 1, Abs. 3, S. 1.

долази у неколико посебно наведених случајева. Под претпоставком да је странка имала поверење у важење управног акта и да је то поверење вредно правне заштите, опозивање законитог овлашћујућег управног акта и овде је праћено обавезом да се странци, на њен захтев, накнади имовинска штета.[24]

У немачком праву, укратко речено, начело заштите поверења прихваћено је као израз правне сигурности. На исти начин, оно се, у облику начела заштите легитимних очекивања, објашњава и у праву Европске уније. Као посебно значајну за настанак и развој начела заштите легитимних очекивања, правна теорија истиче праксу Суда правде Европске уније, у којој се ово начело сврстава међу основна правна начела и сматра неизоставним елементом правне сигурности грађана.[25]

Сажето и поједностављено, могло би да се каже да је смисао заштите легитимних очекивања у извесности остваривања одређених права. У складу са овим начелом, странка би требало да буде у могућности да унапред процени како ће бити одлучено о њеним правима и каква ће бити судбина тих права када их једном стекне. Странка би, другим речима, требало да буде у таквом положају у којем може оправдано да очекује стицање нових и коришћење претходно већ стечених права. За њу би стицање и коришћење стечених права требало да буде нешто извесно и предвидиво; нешто што може поуздано да се очекује.

На чему се то заснивају ова очекивања и предвиђања странке? О томе постоје различита схватања – некада ужа, а некада шира. У основи ипак ради се о очекивањима и предвиђањима странке која се заснивају на законима и другим општим правним актима, али и на одлукама органа управе.

Легитимна очекивања странке изведена из закона и других општих правних аката долазе до изражаја приликом промене правног режима. Ова промена, објашњава се у правној теорији, може да има значајне последице, како у односу на странке које су већ стекле одређена права на основу ранијих прописа тако и на странке које тек остварују одређена права пред органима управе. У овом контексту, о заштити легитимних очекивања првенствено би требало да води рачуна законодавац – онда када уређује важење прописа које доноси. Када се говори о важењу прописа, мисли се на то да ли пропис

---

[24] VwVfG, § 49, Abs. 6. Код опозивања законитих овлашћујућих управних аката начело заштите поверења узима се у обзир у три случаја: 1. онда када би орган на основу касније насталих чињеница био овлашћен да не изда управни акт, а без опозивања би јавни интерес био угрожен; 2. онда када би орган на основу измењених правних прописа био овлашћен да не изда управни акт, уколико овлашћена странка још увек није искористила дато овлашћење или још увек није примила оно што јој је управним актом додељено, а без опозива би јавни интерес био угрожен; 3. како би се спречила или отклонила тешка штета по опште добро. (VwVfG, § 49, Abs. 2, Nr. 3-5)

[25] Dario Đerđa, „Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2013, 84-85.

важи само за убудуће, или има и повратно дејство. С друге стране, питање важећег права поставља се и у оним случајевима у којима до промене прописа долази у току трајања управног поступка и одлучивања о правима која странка жели да оствари. Посебан проблем у овим случајевима настаје онда када се законодавац уопште ни не изјасни о важећем праву, чиме начело заштите легитимних очекивања постаје релевантно и за органе управе, који то право треба да примене.[26]

О заштити легитимних очекивања странке која се заснивају на одлукама органа управе може да се говори у два смисла. У питању су, најпре, легитимна очекивања која произлазе из правноснажног управног акта. Странка која је правноснажним управним актом стекла одређено право оправдано очекује да ће то право моћи и да користи, све док тај управни акт не престане да важи, на редован и уобичајен начин. Легитимна очекивања заснивају се на одлукама органа управе и онда када проистичу из управне праксе. Очекивања странке ослањају се тада на доследно одлучивање органа управе у ранијим истоврсним или битно сличним случајевима.[27]

У овом последњем смислу, начело заштите легитимних очекивања унето је и у наш нови ЗУП – у облику начела предвидивости. За начело предвидивости могло би, стога, да се каже да оно представља само један од аспеката начела заштите легитимних очекивања, које је много шире и сложеније од онога што је нашим ЗУП-ом прописано. Начело предвидивости у нашем ЗУП-у израз је начела заштите легитимних очекивања, али суженог и схваћеног, чини се, у оном смислу у којем се о њему говори у Европском кодексу доброг понашања управних службеника.[28]

Иако се пошло од усаглашавања нашег права са европским правним стандардима, писање нашег ЗУП-а претворило се у преписивање хрватског ЗУП-а, односно закона који је послужио као модел и основа за уређење управног поступка и у другим земљама бивше Југославије. Када је у питању наче-

[26] *Ibid*., 92-94.

[27] *Ibid*., 97-100.

[28] Према ставу изнетом у нашој правној теорији, начело предвидивости директна је последица усаглашавања са одговарајућим начелом из Европског кодекса доброг понашања управних службеника. (Зоран Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига V, Нови Сад 2017, 385) У питању је начело легитимних очекивања, доследности и пружања савета, које у релевантном делу гласи овако: „Службено лице биће доследно у свом понашању, као и у вршењу управних активности у оквиру органа. Службено лице ће следити уобичајену управну праксу органа, осим уколико у конкретном случају постоје оправдани разлози да се од такве праксе одступи. Када такви разлози постоје, они ће бити забележени у писаном облику. Службено лице ће поштовати легитимна и разумна очекивања странака, која произлазе из тога како је орган поступао у прошлости.“ (The European Code of Good Administrative Behaviour, *https://www.ombudsman.europa.eu/en/ document/en/3510*, Art. 10, 24. јануар 2020)

ло предвидивости, оно конкретно није преписано из хрватског ЗУП-а, будући да тамо изричито није ни регулисано. Преписано је из црногорског ЗУП-а, у којем је такође регулисано уз начело законитости (начело законитости и оправданих очекивања странака), али тако да је обавеза поступања у складу са ранијим одлукама изричито прописана чак и у односу на дискреционе акте![29]

Одредбе свих ових закона на појединим местима делују заиста неозбиљно и непромишљено. Невероватном се чини спремност да се једним потезом пера обесмисли све оно што је правна теорија до сада створила. Како би другачије могла да се назове ова обавеза органа управе да дискрециону оцену врши у складу са ранијим одлукама које је донео у битно истоветним управним стварима. Каква је то уопште дискрециона оцена?! Овде је све помешано и промашено – и законитост, и целисходност, и суштина дискреционе оцене. Код дискреционе оцене се и ради о стварима у којима нема истоветности, које морају да се посматрају свака за себе.[30]

4. О НЕОПХОДНОСТИ НАЧЕЛА ПРЕДВИДИВОСТИ И ЗАШТИТЕ ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Након што смо се сумарно упознали са начелом заштите легитимних очекивања и његовом варијантом унетом у наш нови ЗУП, можемо да поставимо питање о његовој неопходности. Али не на онај правно-технички начин, на који смо то урадили на почетку овог текста, већ на суштински начин. Да ли је начело предвидивости и заштите легитимних очекивања суштински неопходно у управном поступку и да ли је оно заиста ново начело, у односу на она која већ постоје у нашем правном поретку? Из објашњења овог начела произлази негативан одговор.

---

[29] „Јавноправни орган одлучује и поступа у управној ствари на основу закона, других прописа и општих аката. Приликом одлучивања у управној ствари, јавноправни орган води рачуна о ранијим одлукама које је донио у битно истовјетним управним стварима. Кад јавноправни орган утврди да постоје посебне околности које указују на потребу промјене раније заузетог правног става по одређеном питању у управној ствари, дужан је да то образложи. Кад је јавноправни орган законом овлашћен да у управној ствари одлучује по слободној оцјени, управни акт мора бити донијет у границама датог овлашћења, у складу са циљем због којег је овлашћење дато и у складу са ранијим одлукама које је јавноправни орган донио у битно истовјетним управним стварима.“ (Закон о управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017, чл. 5)

[30] „Ситуације о којима се ту ради нису погодне за апстрактно регулисање; законодавац оставља примениоцима закона једно слободно поље, једну слободну сферу да поступају како нађу за сходно, да, невезаним (*sic*!) правним прописима, своје држање удесе према субјективно схваћеним начелима опортунитета и према посебним околностима појављеног случаја.“ (Лазо М. Костић, *Административно право* [Сабрана дела, други том], Београд 2000, 401)

Погледајмо, најпре, зашто је ово начело сувишно када се посматра у оном облику у којем је унето у наш ЗУП – а то значи у облику легитимних очекивања странака која се заснивају на законитој управној пракси. Обавеза органа управе да води рачуна о ранијим законитим одлукама, које су донете у истим или сличним управним стварима, није нека нова обавеза. Када доноси одлуку, орган управе није везан ранијим одлукама; везан је самим законом који примењује. Уколико је само једна садржина управног акта законита, онда орган, када одлучује, не води рачуна о ранијим одлукама, него о закону. Другачију одлуку не сме ни да донесе – не због ранијих одлука, него зато што би она била незаконита.[31]

Закључак остаје исти и у оним случајевима у којима законита није само једна одлука: у оним управним стварима у којима орган управе одлучује дискрециони и има могућност избора између две или више опција. Вођење рачуна о ранијим одлукама овде не долази у обзир. Оно би било у супротности са суштином дискреционе оцене, која подразумева доношење целисходне одлуке на основу околности конкретног случаја – а не на основу ранијих истих или сличних случајева.

Ранија пракса имала би смисла само у оним ситуацијама у којима органи управе имају извесну слободу приликом одлучивања, али не и слободу да врше дискрециону оцену. Другачије речено, ранија пракса је важна у свим оним случајевима у којима прописи нису потпуно јасни и прецизни, због чега је неопходно да органи управе утврде њихов прави смисао. Различита примена прописа у истим или сличним ситуацијама, међутим, није противна начелу предвидивости и обавези органа да се придржава својих ранијих одлука. Противна је начелу једнакости, у складу са којим су сви правни субјекти једнаки пред законом и своја права остварују под једнаким условима. Начело једнакости прописано је Уставом Републике Србије и непосредно важи за све, па и за органе управе.[32]

На заштиту начела једнакости писци нашег новог ЗУП-а изгледа су и циљали – бар су нам то они тако саопштили. Ако је то био циљ и ако су

[31] „Ако су раније одлуке у истој ствари биле законите, другачија одлука у истој ствари, логично се може закључити, не може да буде законита. Не могу обе одлуке са различитом садржином да буду законите. Само једна од тих одлука је законита, а друга је незаконита. Према томе, потпуно је небитна предвидивост и непредвидивост, већ је реч о томе да само једна садржина управног акта може да буде законита! Она која је донета на основу закона!“ (Драган Милков, „Поводом новог Закона о општем управном поступку: критички осврт – уводне одредбе и начела“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига IV, Нови Сад 2016, 55)

[32] „Пред Уставом и законом сви су једнаки. Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације.“ (Устав, чл. 21, ст. 1 и 2) „Јемчи се једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе.“ (Устав, чл. 36, ст. 1)

желели да још једном нагласе да органе управе обавезује начело једнакости (иако се то подразумева), онда је то тако требало и да пише. Не заборављајући при томе да начело једнакости не значи правну везаност ранијим појединачним правним актима, већ правну везаност принципом једнаког одлучивања у једнаким случајевима.

Не би требало да се заборави ни то да једнакост у поступању органа управе не може да се обезбеди тиме што ће они водити рачуна само о сопственим одлукама. Зар сврха начела једнакости не би требало да буде и то да се у једнаким случајевима једнако одлучује пред различитим органима? А то може да се постигне само кроз утицај (фактички, а не правни) праксе виших органа управе и судске праксе. Ова пракса, међутим, у оквиру начела предвидивости, ни не узима се у обзир.

Устаљена и доследна пракса органа управе није важна само због једнакости грађана, него и због правне сигурности. Тако се начело заштите легитимних очекивања странака, гледано у целини, најчешће и објашњава; посебно онда када се говори о легитимним очекивањима која се заснивају на прописима и управним актима. Начело заштите легитимних очекивања странака требало би да буде израз правне сигурности и извесности у остваривању права и обавеза. Шта је ту ново, међутим, ако се легитимна очекивања у наставку објашњавају забраном повратног дејства прописа и правноснажношћу управног акта?

Одговор је, наравно, ништа. Оно што би требало да буде садржина једног новог начела – заштите легитимних очекивања – исцрпљује се у већ постојећим и познатим начелима забране повратног дејства закона и правноснажности управног акта. Остваривање права за странке извесно је не зато што то оне очекују, већ зато што то произлази из ових начела. Према Уставу Републике Србије и нашем ЗУП-у:

> „Закони и сви други општи акти не могу имати повратно дејство. Изузетно, само поједине одредбе закона могу имати повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона.“[33] „Решење против кога не може да се изјави жалба, нити покрене управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, може да се поништи, укине или измени само у случајевима који су законом одређени.“[34]

У овом контексту, легитимна очекивања странке не би ни могла да буду релевантна за наш управни поступак. Када одлучују, органи управе нису везани оним што странка очекује. Они могу да буду везани само законом и

[33] Устав, чл. 197, ст. 1 и 2.
[34] ЗУП, чл. 14.

морају да примене онај закон који је важећи. Уколико су прописи промењени у току трајања управног поступка, опет је меродавно оно што је законодавац навео и желео. Уколико о примени прописа није навео ништа, то је и даље питање важења права. Наравно да је тада потребно узети у обзир правну сигурност и једнакост странака; али тиме се свакако узима у обзир и оно што странка оправдано очекује – зашто би то морало посебно да се истиче?!

Изузетно, органи управе морају да примене и оне законске одредбе које имају повратно дејство, зато што је законодавац проценио да је то у општем интересу и да општи интерес има предност у односу на интересе и очекивања странака. Исто важи и за оне случајеве у којима је законодавац проценио да начелу законитости треба дати предност у односу на непроменљивост управног акта и правну сигурност странака у погледу њихових права.

Начело предвидивости и заштите легитимних очекивања у нашем правном поретку не доноси суштински ништа ново. У најбољем случају, оно нуди само други назив и додатно објашњење за већ постојећа начела, а то су начела законитости, једнакости и правне сигурности. То што странка може да предвиди и оправдано очекује остваривање одређених права последица је њихове примене. Њено предвиђање и очекивање извире из ових начела, али се у њима и исцрпљује.

У начелу предвидивости и заштите легитимних очекивања мешају се поједини елементи законитости, једнакости и правне сигурности. Када се ови елементи издвоје, од начела предвидивости и заштите легитимних очекивања странака не остаје ништа. То што се говори да ово начело важи у немачком праву и праву Европске уније не значи да може некритички да се уведе и у наше право. Суштински посматрано, начело предвидивости ни не постоји у Немачкој. У немачком праву оно је израз специфичног начина на који је уређено поништавање и укидање правноснажних управних аката и нема никакве везе са нашим правом. На специфичан начин треба га посматрати и у праву Европске уније, у којем се на изворе права и улогу Суда правде гледа другачије него у нашем правном поретку.

Смисао европских правних стандарда није у томе да се они буквално и дословно преузимају и преписују. Смисао је у томе да они буду суштински уграђени у национални правни поредак. Оно што би, у основи, требало да се подразумева под начелом предвидивости и заштите легитимних очекивања странака уграђено је и у наш правни поредак: у оквиру начела законитости управе, начела једнакости грађана пред законом и начела правне сигурности, које се даље обезбеђује забраном повратног дејства закона и правноснажношћу управних аката. За увођењем начела предвидивости у нашем управном поступку, нарочито у тако нејасном и спорном облику, није било никакве потребе.

5. ЗАКЉУЧАК

У наводној жељи да се наш управни поступак уреди у складу са европским правним стандардима, једно од основних начела управног поступка постало је и начело предвидивости. Сам израз „предвидивост“, претпостављамо, требало би да означи могућност странке да унапред процени – предвиди – каква ће одлука бити донета у управном поступку. Оно се, међутим, не дефинише на тај начин. Дефинише се као обавеза органа управе да воде рачуна и о ранијим одлукама, које су донели у истим или сличним управним стварима.

Основни проблем новог начела састоји се у непрецизној формулацији. Шта то заправо значи када се каже да органи управе „воде рачуна“ о својим ранијим одлукама? Да ли то значи да их раније донете одлуке правно обавезују? Вероватно да, али би то онда било у супротности са местом и улогом коју појединачни правни акти имају у нашем правном поретку. Стиче се утисак да су тога били свесни и писци нашег новог ЗУП-а и да су овом нејасном и непрецизном одредбом желели то да прикрију.

Како би нагласили то да увођење начела предвидивости не значи увођење нечега што подсећа на прецедентно право, писци новог ЗУП-а су ово начело повезали са начелом законитости. Објаснили су га заправо као израз начела једнакости грађана пред законом. Као крајњи циљ начела предвидивости, истакли су уједначену праксу органа управе.

Све су то лепе жеље, али оне увођењем начела предвидивости не могу да се остваре. Иза овог начела крије се неразумевање суштине и улоге праксе органа управе, али и самог начела једнакости грађана. Пракса органа управе, као ни судска пракса, у нашем правном поретку нема правно обавезујућу снагу, а начело једнакости грађана не постиже се тиме што се органима управе прописује обавеза да поступају у складу са својим ранијим одлукама.

Начело предвидивости у наш нови ЗУП уведено је као израз начела заштите легитимних очекивања странака. Корене начела заштите легитимних очекивања странака правна теорија покушава да пронађе у немачком праву и праву Европске уније, тесно га повезујући са принципом правне сигурности. Према овим ставовима, осим на уједначеној управној пракси, легитимна очекивања странака могу да се заснивају и на законима, али и на правноснажним управним актима.

То што се начело предвидивости и заштите легитимних очекивања странака објашњава кроз законитост, једнакост и правну сигурност није ништа необично. Оно ни не може да се објасни на други начин, јер ни нема посебну садржину. У њему се само мешају поједини аспекти начела законитости, једнакости и правне сигурности. Предвидивост и легитимна очекивања

странака само су одраз начела законитости, једнакости и правне сигурности, а не неко ново и посебно начело. Само за себе, оно у нашем управном поступку суштински ништа не значи и не мења. Самим тим, за његовим увођењем није било никакве потребе.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Dario Đerđa, „Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2013.

Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2016.

Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017.

Драган Милков, „Поводом новог Закона о општем управном поступку: критички осврт – уводне одредбе и начела“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига IV, Нови Сад 2016.

Зоран Лончар, „Европски правни стандарди и управни поступак у Србији“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига IV, Нови Сад 2016.

Зоран Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Књига V, Нови Сад 2017.

Зоран Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку – са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017.

Лазо М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд 2000.

Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002.

Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht – mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015.

Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.

Christopher Forsyth, “Legitimate Expectations Revisited”, *Judicial Review*, 4/2011.

Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Закон о управном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017.

Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (*BGBl*. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (*BGBl*. I S. 846) geändert worden ist.

Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 620. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 7. јула 2008. године и реконструисане 14. марта 2011. године), 23. фебруара 2012. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=168120*, 20. јануар 2018.

Предлог Закона о општем управном поступку, усвојен на 120. седници Владе Републике Србије [за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. јула 2012. године и реконструисане 2. септембра 2013. године], 18. децембра 2013. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti _pregled.php?id=201834*, 20. јануар 2018.

Образложење Предлога Закона о општем управном поступку, усвојеног на 195. седници Владе Републике Србије (за време мандата Владе Републике Србије изабране 27. априла 2014. године), 2. фебруара 2016. године, *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_ pregled.php?id=257741*, 20. јануар 2018.

The European Code of Good Administrative Behaviour, 24. јануар 2020.

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
dmilkov@pf.rs

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

Legitimate Expectations in Administrative Procedure

Abstract: *The principle of legitimate expectations is one of the new principles of Serbian administrative procedure. Unfortunately, it is regulated in a very wage and imprecise manner. This is why the authors have tried to determine its true meaning. They have also posed the following question: is the principle of legitimate expectations necessary in Serbian administrative procedure? In reply to this question, they have confirmed their basic hypothesis and concluded that the answer is: no. This "principle" is just another way to name and explain some other principles – such as legality, equality and legal certainty. Legitimate expectations are just a reflection of these principles; they do not form some new and special principle. In Serbian administrative procedure, they change nothing and mean nothing.*

Keywords: *administrative procedure, basic principles of administrative procedure, legitimate expectations.*

Датум пријема рада: 28.2.2020.

Оригинални научни рад 620.92+502.14]:351.75(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-25689

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Др Ненад П. Радивојевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs

Владан М. Мирковић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

ГЕОПОЛИТИЧКИ АСПЕКТИ ЕНЕРГЕТСКЕ БЕЗБЕДНОСТ И БЕЗБЕДНОСТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ*

Сажетак: *Угрожавање животне средине данас је у великој мери последица тежње за остваривањем енергетске безбедности, односно потребом за великом количином енергије. С тим у вези, предмет нашег истраживања био је утврђивање међузависности и утицаја енергетске безбедности на безбедност животне средине, али и обрнуто, као и идентификовање извора, облика и носилаца угрожавања којима енергетска безбедност и животна средина могу бити угрожене. Како бисмо то утврдили, а имајући у виду да је „трка за преосталим ресурсима" у свету у последњих неколико деценија нарочито интензивирана, неопходно је сагледати савремене геополитичке трендове и њихов утицај на безбедност малих земаља, у које спада и Република Србија. Наиме, као кључни фактори енергетске безбедности наводе се постојање, производња (експлоатација), транзит и употреба фосилних горива (угља, нафте и природног гаса).*

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту *„Правна традиција и нови правни изазови"* у 2019. години, а чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

Република Србија располаже значајним количинама резерви угља, док када су у питању нафта и природни гас своје енергетске потребе у највећем делу подмирује из увоза. Географски и геостратешки положаја Републике Србије на простору Југоисточне Европе (и Западног Балкана) указују на њен изразито повољан положај као транзитне земље. Остваривање њене енергетске безбедности у великој мери зависи од сагледавања и разумевања савремених геополитичких трендова. Геополитичке (и хегемонистичке) аспирације великих држава су често доводиле (али и даље доводе) до изазивања одређених конфликата, криза, па чак и отворених оружаних сукоба који, између осталог, утичу и на угрожавање животне средине.

Кључне речи: *безбедност, енергетска безбедност, безбедност животне средине, геополитички трендови.*

1. УВОД

Једно од кључних питања опстанка и развоја у савременом друштву јесте питање задовољења потреба за енергијом и енергетским ресурсима. Енергија је важна у свим областима људског деловања, почев од индивидуалног па све до националног нивоа. Од најранијих времена, човеку је енергија била неопходна како би задовољио своје основне потребе, између осталог, и за водом и храном. Касније, како су се друштва и државе развијале, потребе за енергијом су се повећавале. Данас, на постојећем нивоу развоја, задовољење потреба за енергијом је постало кључно, стратешко питање од националног интереса сваке државе. Јака, стабилна и економски просперитетна држава, са јаком привредом и индустријом је незамислива без обезбеђења довољних количина енергетских ресурса. Када кажемо енергетских ресурса, пре свих мислимо на фосилна горива (угаљ, нафту и гас) као и даље најзаступљенијих у индустрији и саобраћају, иако су последњих деценија приметне тенденције у развоју алтернатива фосилним горивима (биогориво, соларна енергија, енергија ветра, воде и сл.). Наиме, како је сазрела свест у међународној заједници да су резерве фосилних горива ограничене,[1] као и да њихова употреба у значајној мери угрожава животну средину, појавила се потреба за изналажењем решења којима би се популарисала разноликост,

[1] Фосилна горива подмирују око 85% укупних енергетских потреба у свету. Сада већ вишевековна експлоатација је у великој мери исцрпела могућности, па је тако производња нафте у Венецуели достигла максимум 1998. године, у Северном мору 1999. године, а у Русији 2008. Ретка су нова велика изворишта нафте, а некадашњи велики извозници нафте су доспели на листу највећих увозника (нпр. Кина). Зоран Килбарда, Мирослав Младеновић, Владимир Ајзенхамер, *Геополитичке перспективе савременог света*, Београд 2014, 236-237. Процене указују да ће након 2050. године Блиски исток остати једини већи извозник нафте.

односно диверсификација у погледу избора енергетских ресурса и извора снабдевања. Ово је изузетно значајно, нарочито када су у питању одређене кризе на међународном плану или пак између појединих држава,[2] услед којих је долазило до угрожавања енергетске стабилности појединих држава, па чак и региона. Због тога је питање редовног и несметаног испоручивања енергената постало питање од националног интереса које је као такво нашло своје место у политичким агендама као и највишим стратешким и правним актима из области националне безбедности.

Као што то иначе и бива, сваки напредак и развој људског друштва поред свих оних позитивних, доводи и до негативних последица. То је случај и са употребом одређених фосилних горива, као и неких других извора енергије, услед чије употребе може доћи до угрожавања животне средине. Да је то тако, говоре и бројне међународне организације,[3] конференције и конвенције које имају за циљ постизање смањења ефеката емисије штетних материја у атмосферу. Човек често у својим намерама за остваривањем напретка и развоја занемарује чињеницу да је део животне средине. Због тога се, свесно или не, некако увек више рачуна води о остваривању профита него о потреби очувања безбедности, како сопствене тако и животне средине. У томе предњаче богате и развијене земље, које остварујући своје интересе (економске, војне, политичке) доводе до угрожавања безбедности тзв. малих и неразвијених или држава у развоју. „Трка за ресурсима“, како наводе бројни експерти из ове области, често доводи до сукоба и изазивања криза у одређеним регионима света,[4] а чије су редовне последице и одређени ефекти којима се угрожава и животна средина.

Република Србија спада у групу земља коју карактерише одређено богатство у погледу природних ресурса. Када су у питању фосилна горива, то је првенствено угаљ, док кад су у питању нафта и гас у великој мери зависи од увоза. Олакшавајућа (или отежавајућа) околност када је у питању остваривање њене енергетске стабилности и безбедности јесте и повољан географски положај у југоисточном делу Европе, односно Западном Балкану. То је значајно због тога што се налази на путу где се укрштају значајни коридори у погледу транспорта енергената. О томе говори и улога коју је Ре-

[2] Подсетићемо само на нафтну кризу 1973. године која је погодила читав свет, или гасну кризу 2006. и 2009. године којом је било угрожено снабдевање руским гасом већине држава Европе, а која је изазвана кризом у односима између Русије и Украјине.

[3] Више о значају и улози међународних организација у очувању животне средине вид. Љубомир Стајић, Светлана Станаревић, „Значај и улога међународних организација у очувању еколошке и људске безбедности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 3/2015, 963-978.

[4] Данас је свима јасно да су прави мотиви политичких преврата у државама „арапског пролећа“ биле управо тежње великих сила (међу првима САД) за остваривањем доминантних положаја над преосталим изворима нафте и гаса.

публика Србија требало да има у изградњи гасовода „Јужни ток“, као и места и улоге коју има у актуелној реализацији гасовода „Турски ток“. Обезбеђивање енергетске стабилности у погледу подмирења домаћих потреба за „плавим златом“, као и убирање транзитних такси ће свакако утицати на њену економску, а онда и националну безбедност. Међутим, ни у ком случају не треба занемарити и одређене геополитичке трендове, или боље речено аспирације великих сила када је у питању остваривање енергетске безбедности. Разлог томе налазимо у чињеници да постизање енергетске безбедности ни у ком случају не треба да буде праћено негативним ефектима по безбедност животне средине. Због тога је неопходно предузети одређене безбедносне мере и активности на том плану. Полазна основа за то ће свакако бити активности у погледу израде и имплементације стратешких и правних аката.

2. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ЕНЕРГЕТСКЕ БЕЗБЕДНОСТИ И БЕЗБЕДНОСТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Сва друштва и данас, било да их посматрамо на глобалном, регионалном и националном нивоу, још увек нису спремна да изврше корените промене када је у питању прелазак са конвенционалних (необновљивих, фосилних) горива на обновљиве изворе енергије.[5] Наиме, иако су поједине државе, мултинационалне корпорације, међународне енергетске организације дубоко зашле у сферу обновљивих извора енергије, тешка индустрија као и саобраћај и даље остају у потпуности зависна од енергије која се добија из фосилних горива.[6] Поједине анализе енергетских трендова указују да ће фосилна горива остати доминантна све до 2030. године.[7]

Поједини аутори сматрају да прекретницу у сагледавању енергетске безбедности као питања од научног и теоријског значаја, као и ширег социјалног контекста у којем се сагледава, представља одлука Винстона Черчила непосредно пред почетак Првог светског рата да угаљ више не буде погонско гориво за бродове британске морнарице. Одлука да угаљ замени нафта учинила је британске бродове знатно бржим. Међутим, то је значило да морна-

[5] Под необновљивим изворима енергије (фосилним горивима) подразумевамо угаљ, нафту, природни гас и нуклеарну енергију, док под обновљивимм изворима енергије подразумевамо енергију добијену од сунца, воде, ветра, биомасе, геотермалних извора и др. Са аспекта заштите животне средине, знатно прихватљивијим се сматра употреба обновљивих извора енергије због тога што су искључене могућности емисије штетних гасова као код фосилних горива и изазивања ефекта стаклене баште, као и могућност настанка акцидената у случајевима неадекватног рада нуклеарних електрана.

[6] Марко Парезановић, *Енергетска безбедност*, Београд 2014, 16.

[7] Вид. Дејана Димитријевић, *Трендови еколошке безбедности у XXI веку*, Београд 2010, 151-153.

рица није више могла да се ослони на угаљ из сопствених извора, већ је морала да трага за великим количинама нафте. Успостављање контроле над нафтним ресурсима постаје саставни део националне политике и енергетске безбедности, а енергетска безбедност постаје облик националне стратегије.[8] Од тада па до данас, тој „трци“ за успостављањем приступа и контроле над нафтним, али и изворима природног гаса придружиле су се и остале развијене земље света. Управо та питања постојања енергената, њихов капацитет и транзитне руте се налазе у основи дефинисања енергетске безбедности. Због тога се енергетска безбедност дефинише као „обезбеђивање довољне количине енергије од разних снабдевача и из разних извора путем широке мреже транзитних путева по економским прихватљивим ценама“.[9]

Још један од елемената неопходних за свеобухватно дефинисање енергетске безбедности јесу и транспортна средства, па се зато за енергетску безбедност каже да проучава утицаје различитих извора енергије (угаљ, нафта, гас, као и обновљиви извори енергије), посредних средстава (струју, рафинерије) и транспортних средстава (цевоводе, луке, бродове) на безбедност државе. Државе увознице суочавају се са ризиком у прекиду снабдевања, па самим тим и са изазовом безбедности неометаног снабдевања енергијом.[10] „Ризици у прекиду снабдевања“ могу потицати од међународних или регионалних криза и сукоба, па зато поједини аутори енергетску безбедност описују и као „сигурну испоруку адекватних залиха енергије како би се испунила витална државна потраживања, чак и у временима међународне кризе или сукоба“.[11]

Сличног становишта су и други аутори, који поред постојећих елемената у дефиницију енергетске безбедности уносе и неопходност заштите животне средине. Па тако, енергетска безбедност дефинише се као „способност земље да обезбеди довољно енергената (по врсти, количини и квалитету), на потребном месту, у потребно време, која ће бити довољна да обезбеди потребе привреде и друштва, *без угрожавања животне средине*, по прихватљивој цени и уз обезбеђивање адекватних резерви“.[12]

Приликом дефинисања енергетске безбедности поједини аутори указују и на значај географског положаја саме државе или региона. С тим у вези, наглашава се постојање три категорије држава према којима се дефинише тај појам:

---

[8] М. Парезановић, 22.

[9] *Ibid.*, 32.

[10] Упор. Д. Димитријевић, 150.

[11] Majkl T. Kler, *Energetska bezbednost*, u: Pol D. Vilijams, *Uvod u studije bezbednosti*, preveli s engleskog: Branimir Gligorić i Danica Cvetković, Beograd 2012, 603.

[12] Мирјана Радовановић, *Енергетска безбедност*, Сремска Каменица 2019, 46-47.

1) Земље извозници енергије, које енергетску безбедност везују за континуирано одржавање захтева за енергентима који се извозе, а самим тим и повећање државних прихода;
2) Државе у развоју, које енергетску безбедност везују за промену цене енергије и утицај тих промена на њихов даљи развој;
3) Земље зависне од увоза енергије, за које енергетска безбедност подразумева континуирано и правовремено обезбеђивање енергентима, у довољној количини и по приступачним ценама.[13]

Сумирајући претходно наведено, можемо рећи да „енергетска безбедност, са становишта произвођача, представља стабилну тражњу и повољне цене које оправдавају високе трошкове истраживања, производње и изградње транспортне инфраструктуре: гасовода и нафтовода. Са друге стране, за потрошаче реч је о поузданом снабдевању, по прихватљивим ценама, док транзитне државе рачунају да им повољан положај гарантује снабдевање и приход од такси на транзит. Као њена основна два елемента, наглашени су стабилност и безбедно снабдевање и заокружено конкурентно енергетско тржиште.“[14]

Поред свести о ограничености фосилних горива, „у свету је све присутнија и свест да је очување животне средине цивилизацијска обавеза човечанства. Коначно се схватило да за опстанак будућих генерација треба имати другачији однос према животној средини. У том смислу, очување животне средине као медијума рађања, битисања и развоја људи, животиња и биљака, представља незаобилазни фактор унутрашње стабилности и безбедности једна земље.“[15]

Бројни процеси, појаве и догађаји који настају услед производње, складиштења и коришћења енергетских ресурса могу угрозити животну средину. То је, између осталог, довело до тога да „заступници заштите животне средине захтевају да концепт безбедности обухвати и еколошке претње као облик угрожавања свих живих бића чије се последице могу очекивати већ у непосредној будућности. Тиме се тежиште националне безбедности помера са државе као главног субјекта на безбедност живих бића (људи пре свега) у чијем средишту је животна средина као основ, средиште и медијум опстанка и квалитетног живота и благостања људи.“[16]

Повећане потребе за енергетским ресурсима, као и њихово неадекватно управљање доводе, у комбинацији са осталим изворима угрожавања, до

---

[13] Група аутора, *Стратегијско-безбедносни трендови у Југоисточној Европи до 2020. године*, Београд 2015, 74.

[14] *Ibid.*, 74-75.

[15] Љубомир Стајић, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2015, 307-308.

[16] Љубомир Стајић, „Безбедносна култура као фактор заштите животне средине“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2014, 71.

угрожавања животне средине. Угрожавање животне средине несумњиво доводи и до нарушавања друштвених односа, тачније до криза па и отворених сукоба (политичких, економских, војних). Томе у прилог говоре и поједини аутори који „су настојали да питање нарушавања квалитета животне средине доведу у везу са настајањем унутардржавне нестабилности, али и међудржавних конфликата. Животна средина може представљати извор конфликата, било да је у питању природа која је очувана или квалитетна, било да је реч о нарушавању и смањењу природних богатстава. Исцрпљивање необновљивих ресурса (фосилних горива) питање је од глобалног значаја. Борба за ресурсе покушава се политички поставити у контекст да су природна добра заједничке вредности човечанства и да управљање овим ресурсима није унутардржавно питање“,[17] што може бити изузетно опасно по остваривање енергетске и националне безбедности малих земаља.

Безбедност животне средине (еколошка безбедност) може се посматрати не само као одрживо коришћење и заштита природе, већ и, ужестручно гледано, као минимизација ризика или вероватноћа да се искусе негативне последице еколошких промена. Поједини аутори еколошку безбедност одређују и као еколошки безбедно понашање, при чему је заправо поистовећују са једном од дефиниција одрживог развоја. Одрживи развој полази од претпоставки које задовољавају животну средину и еколошке потребе садашњих генерација, али без опасности да будуће генерације буду ускраћене за задовољење својих еколошких потреба.[18]

3. МЕЂУСОБНА ПОВЕЗАНОСТ ЕНЕРГЕТСКЕ БЕЗБЕДНОСТИ И БЕЗБЕДНОСТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Из претходно наведених излагања о енергетској безбедности и безбедности животне средине можемо уочити постојање одређених веза између њих. Наиме, један од првих показатеља међусобних односа и повезаности ових појмова јесу животна средина, односно енергетски ресурси као интегрални део природних ресурса који се налазе у животној средини. Тачније, остваривање енергетске безбедности је уско везано за остваривање оног дела безбедности животне средине који је везан за постојање, капацитет, експлоатацију и коришћење, пре свих, необновљивих ресурса (фосилних горива). Томе у прилог говоре и савремена теоријска промишљања у погледу остваривања енергетске безбедности. Парафразирајуће те ставове можемо

[17] Милица Бошковић, *Изазови индустријског друштва: нове технологије и еколошка безбедност*, Београд 2010, 26.

[18] *Ibid.*, 27.

рећи да је у јавности (друштву) сазрела свест да „победе“ на енергетском плану не смеју водити губицима на плану очувања животне средине. Уколико се и даље настави немилосрдна борба међу великим силама за преостале резерве ресурса на Земљи, неминовно ће се наставити и процеси деградације животне средине. Привредни раст на којем је заснована економска безбедност једне државе директно води ка повећању потрошње у погледу производње енергије из угља, нафте и природног гаса.

Није тешко замислити ситуацију да трка за профитом, у којој предњаче велике мултинационалне корпорације, доводи до повећаних потреба за енергетским ресурсима. Уколико се те потребе задовољавају употребом застареле (опасне) технологије неминовно ће доћи до еколошких криза. Еколошке кризе су често увертира за политичке кризе које на крају воде ка конфликтима (између одређених друштвених група унутар државе или између држава).[19] Анализа и тумачење савремених светских токова на плану енергетске безбедности су често „маскирани“ и вешто прикривеним флоскулама као што су „увођење демократије“, „поштовање људских права“, „неопходност смене диктаторских режима“ и сл., док је права истина потпуно другачија. Да је то тако говоре и бројне технике и технологија спровођења хибридног ратовања[20] чији су циљеви, када је у питању енергетска безбедност великих држава, јасни: контрола простора (политичка, али и војна) на којем се налазе изворишта ресурса и контрола транзитних путева. Често у тим државама богатим ресурсима није остварена енергетска безбедност, а усред ратних разарања дошло је и до угрожавања животне средине. У прилог наведеној тези говоре и примери извршених (и покушаних) политичких преврата и војних интервенција у земљама богатим нафтом и природним гасом или земљама које се налазе на кључним транзитним коридорима за њихову дистрибуцију (Либија, Египат, Сирија, Авганистан, Ирак и др.). Све наведено указује на неспорну везу између тежње за остваривањем енергетске безбедности, која за последицу има и угрожавање животне средине.

Када бисмо покушали да извршимо научну класификацију последица по безбедност животне средине мотивисаних жељом за остваривање енергетске безбедности, онда би то изгледало овако:

I. Према исходу:
1. Са негативним исходом;
2. Са позитивних исходом.

---

[19] Вид. Љубомир Стајић, „Безбедносна култура као фактор заштите животне средине“, *Зборник радова ПФНС*, 4/2014, 77.

[20] Вид. Игор Николајевич Панарин, *Хибридни рат, теорија и пракса*, Клуб адмирала и генерала Србије и Удружење Милутин Миланковић, Београд 2019; Мирослав Митровић, „Економски и енергетски апекти хибридног угрожавања националне безбедности“, *Војно дело,* 6/2017, 311-314.

II. Према интензитету:
1. Слабе,
2. Умерене,
3. Последице високог интензитета.

III. Према предвидивости:
1. Последице које се могу предвидети,
2. Последице које се не могу предвидети.

IV. Према директности утицаја на животну средину:
1. Непосредне и
2. Посредне.

V. Према активности:
1. Активне,
2. Латентне.

VI. Према предмету угожавања:
1. Угрожавање воде;
2. Угрожавање ваздуха;
3. Угрожавање земљишта;
4. Угрожавање биљака;
5. Угрожавање човека, животиња и др.

VII. Према простору на којем се испољавају на:
1. Локалне,
2. Регионалне и
3. Међународне.

VIII. Према времену:
1. Краткорочне,
2. Средњерочне и
3. Дугорочне.

IX. Према намери:
1. Намерно изазване,
2. Спонтане и
3. Мешовите.

Нарочито занимљивом нам се чини веза која као последицу може имати негативне или позитивне исходе (ефекте). Као што смо раније рекли, употреба застареле и неодговарајуће опреме у процесу екстракције фосилних горива може довести до загађења животне средине. И не само то, екстракција неких од енергетских ресурса (нпр. нафтних и уљних шкриљаца) са постојећим техничко-технолошким системима, за сигурну последицу има загађење животне средине.[21] Такође, до истих последица може довести и

[21] M. Klare наводи да и поред чињенице да производња неконвенционалне нафте фосилног порекла (екстра тешка нафта, нафта из шкриљаца) захтева загревање земљишта и

неодговарајуће складиштење и транспорт отпада и нуспроизвода који настају приликом производње нафте, нафтних деривата, електричне енергије (из нуклеарних електрана).

Са друге стране, позитивни ефекти, односно ефекти којима ће се постићи остваривање енергетске безбедности, а притом се неће угрозити животна средина јесу: развој нових енергетских технологија које ће бити усклађене са циљевима одрживог развоја; употреба енергетских сировина чијом се употребом не загађује или знатно смањује загађење животне средине (нпр. употреба природног гаса);[22] развој технологија за производњу енергије из обновљивих извора; повећање солидарности и сарадње међу државама (прво регионално, а онда и глобално); подизање нивоа еколошке свести и безбедносне културе о неопходности коегзистенције човека и природе; усвајање и имплементирање стратешких и правних аката којима ће се уважити претходно наведено и сл.

На крају, не треба заборавити и на одређене негативне последице по остваривање енергетске безбедности, које су настале услед одређених промена у животној средини. Климатске промене (које су делом настале и прекомерном употребом фосилних горива услед којих је дошло до ефекта стаклене баште, отопљавања глечера и подизања нивоа мора, употребе геофизичког оружја), могу довести до природних катастрофа као што су: суше, поплаве, пожари, урагани, земљотреси, клизишта и сл.[23] Услед тога, експлоатација енергетских ресурса може бити обустављена или потпуно прекинута у одређеним регионима. Такође, наведене природне катастрофе могу у значајној мери угрозити инфраструктурне објекте у којима се производе или складиште

велику потрошњу воде, као и да је праћена емисијом гасова стаклене баште. Процењује се да ће, у периоду од 2008. до 2035. године, њен удео у укупној производњи нафте порасти са три на девет одсто. Слична је ситуација и са ретким елементима као енергетским ресурсима. Наиме, и њихова производња спада у ред „прљавих“ технологија, са веома штетним последицама по околину (као у случају екстракције нафте и гаса из уљних шкриљаца). То и објашњава зашто се међу великим произвођачима ретких елемената нема ниједне високоразвијене земље. Разлог томе су високи еколошки стандарди чије поштовање знатно поскупљује производни процес. Нав. према З. Килибарда *et al*., 237, 248.

[22] Ово питање је поново интензивирано код нас након повећаних количина штетних материја у ваздуху у појединим градовима у Србији крајем 2019. и почетком 2020. године, а који су настали услед знатног броја домаћинстава који се греју на дрва или угаљ, који у комбинацији са климатским променама стварају ефекат стаклене баште. Решење за наведене проблеме је, између осталог, прелазак на даљински систем грејања из топлана које ће користити природни гас. Снабдевање примарном енергијом у Републици Србији, према показатељима из 2017. године указују да: угаљ има удео од 58,5%, на другом месту је нафта и нафтни деривати са уделом од 19,1%, биомаса са 7,9%, природни гас са 7,4% и електрична енергија са уделом од 6,3%. Употреба финалне енергије у 2017. години била је највећа у домаћинствима са уделом од 34%, док је на другом месту била индустрија са уделом од 28%, транспорт 24%, јавни сектор 12%, док је пољопривреда исте године забележила проценат од 1,4%. М. Радовановић, 189.

[23] Вид. Љубомир Стајић, Драган Вујовић, „Утицај геофизичког оружја на угрожавање животне средине за потребе рата“, *Зборник радова ПФНС*, 2/2012, 121-141.

енергенти (рафинерије, нуклеарне[24] и термоелектране, подземна складишта гаса и сл.). Наведено само још једном потврђује кључни проблем у истраживању безбедносних појава, а то је повратно дејство последице на узрок.

4. ГЕОПОЛИТИЧКИ ТРЕНДОВИ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ЕНЕРГЕТСКУ БЕЗБЕДНОСТИ И БЕЗБЕДНОСТ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Међусобна повезаност политике, економских интереса и геополитике великих и развијених држава у значајној мери утичу на остваривање, како њихове тако и енергетске безбедности малих и неразвијених држава (нарочито оних које поседује нафту и природни гас или се налазе на стратешки значајним коридорима за њихов транспорт). „Политички интереси, капитал и борба за моћ, а нарочито за контролу путева енергије, стварају додатни напор у класичним политичким разликама, супротностима и сукобима, нарочито на Блиском Истоку, а у новије време и у региону Кавказа.“[25] Како су и даље ограничене могућности за већом и свеобухватнијом заменом фосилних горива са алтернативним изворима енергије, самим тим енергетске сировине добијају све значајнији политички, стратешки и безбедносни значај који утиче на остваривање националне безбедности.

Значајно је приметити да су државе које су највећи потрошачи фосилних горива у ствари уједно и државе које располажу малим извориштима и обрнуто.[26] Због тога се сматра да је неравномерна заступљеност енергетских сировина у свету уједно и полазна основа за све присутнија геополитичка превирања међу државама.[27] Државе Блиског истока и Руска Федерација

[24] Познат је случај да је услед земљотреса и цунамија у Јапану 2011. године, дошло до хаварије у нуклеарној електрани Фукушима 1.

[25] Група аутора, *Стратегијско-безбедносни трендови у Југоисточној Европи до 2020. године*, Београд 2015, 84.

[26] „Својеврстан апсурд је да земље са 80% укупне индустријске производње контролишу само 20% светских резерви фосилних горива. То ће према неким оценама, условити веома брзо ширење посебне теорије о неодрживости права држава да самостално газдују природним ресурсима на својој територији, због чега би могао да буде доведен у питање енергетски суверенитет земаља које поседују главне резерве фосилних горива.“ Ово је видљиво и у изразитој несразмери у погледу броја становништва и доступних резерви нафте и природног гаса. „У 10 земаља са највећим потврђеним резервама нафте живи свега 7,35% светског становништва, а те земље располажу са 84,8% укупних (светских) резерви тог енергента.“ Када је у питању природни гас „тек нешто више од једне деветине (11,36%) светског становништва живи у десет земаља најбогатијих природним гасом које заједно располажу са скоро осам десетина (78,7%) светских резерви гаса“. З. Килибарда *et al*., 216-218.

[27] Познат је случај из августа 2019. године када је блокирани ирански танкер са два милиона барела нафте спречен да испоручи товар Сирији због уведених санкција тој држави

своје место и улогу на међународној сцени заснивају на извозу сировина.[28] Са друге стране, најразвијеније земље света и њихова енергетска безбедност ће и у будуће зависити од доступности поузданих извора сировина. Ту се пре свих мисли на Сједињене Америчке Државе, земље Западне Европе, Јапан, Јужну Кореју, Кину. То уједно повећава могућности за даљи наставак угрожавања животне средине, у чему свакако предњачи Кина.

Процене су да 80% електричне енергије у Кини долази из термоелектрана због чега спадају у групу највећих загачивања ваздуха сумпор диоксидом. То је даље довело до повећања респираторних обољења са смртним исходом међу становништвом, загађења речних токова, и сл. Кинеска државна агенција за заштиту животне средине (SEPA) процењује да загађење сумпор-диоксидом земљу кошта 60 милијарди долара годишње (у смислу економских последица на јавно здравље и пољопривредну производњу). Међународна агенција за енергију процењује да ће Кина до 2030. године бити одговорна за 42% раста емисије угљен-диоксида на светском нивоу.[29]

Приступ енергетским ресурсима готово увек је био разлог територијалних и геополитичких аспирација експанзионистичких држава. То је уједно за земље са „вишком“ тих ресурса значило стварање потенцијалних проблема у погледу очувања права на суверено располагање над њима.[30] Како би се

од стране Сједињених Америчких Држава и Европске уније. Амерички државни секретар Мајк Помпео је тада изјавио: „Јасно смо ставили до знања да било ко дирне брод, било ко им допусти да пристану, ризикује да му САД уведу санкције“ (Претње САД „уродиле плодом“, Грчка неће примити ирански танкер, *https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=08&dd=21&nav_category=78&nav_id=1580558,* 20. фебруар 2020. године).

Кретање танкера је одблокирано након добијених писмених гаранција владе из Техерана да неће искрцати терет у Сирију. Амерички председник Доналд Трамп је тада изјавио: „Иранска привреда је у колапсу, катастрофалном стању. Иран као земља има огроман потенцијал. Можемо да урадимо нешто веома брзо, али они не знају како да почну разговоре јер су веома поносан народ“ (Ирански танкер се удаљава од Гибралтара, *http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/2/svet/3629660/iranski-tanker-se-udaljava-od-gibraltara.html* 20. фебруар 2020. године).

[28] Ближе о сагледавању глобалног тржишта нафте, природног гаса и угља вид. Група аутора, *Стратегијско-безбедносни трендови у Југоисточној Европи до 2020. године*, Београд 2015, 84-98.

[29] Фред Бергстен, Николас Ларди, Дерек Мичел, Чарлс Фримен, *Успон Кине: изазови и шансе*, превела са енглеског: Јасмина Петровић, Београд 2011, 206-208.

[30] Државе које су „изашле у сусрет“ интересима великих држава биле су поштеђене да се нађу на удару „међународне заједнице“ под изговором борбе за „људска права“, „демократију“ или „борбе против тероризма“. У прилог томе говоре и тврдње да је мотив за НАТО „интервенцију“ у Либији била веома повољна понуда Гадафија руском ГАСПОРМ-у да изгради гасовод кроз Средоземно море, како би се обезбедила испорука либијског гаса Европи. То је према западним предвиђањима могло довести до руског монопола на снабдевање Европе и морало је бити спречено по сваку цену. Мирјана Радојичић, „Крај Хладног рата, велика сила и геополитика природних ресурса – прилози за једну студију случаја“, *Национални интерес,* 2/2012, 90.

у међународној јавности оправдале наведене аспирације било је неопходно створити, како каже Константин Симонов, „'научне' конструкције о томе, како су силне територије, богате ресурсима власништво читавог света". Због тога се, „под паролом заштите света од диктаторских режима заражених вирусом 'сировинског национализма', промовише доктрина 'сировинског интервенционизма'. Она је камуфлирана у доктрину рата против оружја за масовно уништавање, већ је имплементирана у инвазији на Ирак."[31] Поред тога, државе су биле изложене и различитим видовима притисака у склопу свеобухватног концепта хибридног ратовања. Поред економских санкција, један од хибридних начина утицаја на укупну одбрамбену способност државе је и преузимање контроле над кључним националним ресурсима од стране спољног економског ентитета,[32] односно мултинационалних корпорација.[33]

Постоје мишљења да је америчка „интервенција" у Авганистану, након оне која је претходила у Ираку, имала неспорну „нафтну" димензију. Неки то препознају и међу мотивима за агресију НАТО-а на СРЈ 1999. године, као намеру очувања региона сигурним за трансбалкански нафтовод кроз Албанију и Македонију.[34] Као начин за остваривање те контроле виђен је једино пацификовањем Косова и Метохије,[35] односно удовољавањем сецесионистичким аспирацијама косовских Албанаца.[36] Специфичности страног ангажо-

[31] З. Килибарда *et al*., 224-226.

[32] М. Митровић, 310-311.

[33] Свргавање режима Моамера ел Гадафија, његова ликвидација, као и довођење земље у стање међуплеменских сукоба створило је погодно тле да главни извршни руководиоци Западних нафтних и гасних компанија похитају ка Триполију како би, као и у ирачком случају, склопили економске аранжмане са „прелазном владом" док је иста најслабија. М. Радојичић, 91.

[34] Џон Пилџер је један од тих аутора који тврде да је за кампању НАТО-а у бившој Југославији било ширих стратешких мотива Запада. Наиме, енергетски ресурси Каспијског басена су можда чинилац који стоји иза балканске стратегије НАТО-а, односно, стварно питање је била нафта. Према њему, НАТО-ов прокламовани мотив хуманитарне интервенције прикривао је истински мотив, „нестрпљење империјалних богова да доврше свој најхитнији послехладноратовски пројект: успостављање нафтног протектората читавим путем од Персијског залива до Каспијског мора". Нав. према Драгана Дулић, „Сукоби на Балкану у светлу геополитике хуманитарне помоћи", *Годишњак Факултета безбедности* 2009, 37.

[35] Доласком на Косово и Метохију САД су потрошиле 36,6 милиона долара да изграде војни камп „Бондстил" на југу Косова. Највећу америчку иностранa војну базу изграђену после Вијетнама, „Бондстил", изградила је „Brown & Root Division of Halliburton", највећа светска корпорација за нафтне услуге, коју је водио Ричард-Дик Чејни пре него што је био именован за потпредседника у администрацији Џ. Буша Млађег. Д. Дулић, 52.

[36] М. Радојичић, 84-85. Иста ауторка наводи „да је новембра 1999. године, Међународна кризна група поздравила директиву Бернара Кушнера, шефа мировних снага Уједињених нација на Космету, да УНМИК преузме управу над свом покретном и непокретном имовином која је регистрована на име СРЈ или Републике Србије, и било којег од њихових органа, а која се налази на територији Косова, испољавајући косовским миротворцима и додатни захтев – да УНМИК или КФОР на брз и енергичан начин преузму управу над комплексом рудника Трепча."

вања на Балкану били су употреба међународних хуманитарних организација као својеврсна „претходница“ војном ангажовању, за које се касније испоставило да су били мотивисани политичко-економским интересима.[37]

Поред свог значаја у геостратешком смислу, Косово и Метохија располажу значајним количинама резерви угља (лигнита).[38] Наиме, према подацима Светске банке, вредност минералних ресурса Косова износила је преко 19 милијарди долара. Стручњаци цивилне мисије УН на Косову сматрају да само резерве лигнита износе 8,3 милијарди тона, док српски стручњаци сматрају да оне износе чак 14 милијарди тона, што омогућава експлоатацију у наредних 150-200 година. Поред ресурсне, Косово и Метохија располажу и значајном индустријском базом. „Трепча” представља најважнији индустријски објекат у покрајини и он у себи обједињује 14 рудника и 8 фабрика, укључујући и електролизу цинка, фабрику акумулатора (батерија), фабрику за производњу сумпорне киселине, вештачких ђубрива.[39]

Посебна опасност по безбедност животне средине представља то што се експлоатација ресурса од стране мултнационалних корпорација (као „продужене руке“ великих сила) заснива на принципу да су „профити приватни, а ризици јавни“, односно да је приоритет остваривање профита, а не експлоатација заснована на принципима одрживог развоја. Ово је нарочито изражено у државама које се налазе у фазама „постконфликтне рехабилитације“ или државама на чијем је делу територије искључено вршење суверене власти као у случају Републике Србије и Косова и Метохије. То је због тога што су механизми државе на плану заштите својих интересе (па и у погледу енергетских ресурса и заштите животне средине) у тим случајевима слаби или их уопште нема.

Када је у питању енергетска безбедност Европе, кључно место у сагледавању транзитних коридора има централни део Југоисточне Европе, односно Балкан и Србија у његовом средишту. То је најбоље видљиво на примерима развоја пројеката изградње гасовода „Јужни ток“, „Набуко“ и „Трансјадрански гасовод“ (и његов евентуални продужетак у виду „Јонско-јадранског гасовода“). Иако наведени пројекти нису заживели, јасно је колики је њихов

---

[37] Вид. Љубомир Стајић, „Неке контроверзе у раду међународних хуманитарних организација“, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније (тематски зборник), Нови Сад 2014, 191-207.

[38] Занимљиво је споменути да је право да експлоатише трећину територије Косова и Метохије у потрази за рудом угља добила канадска компаније „Envidity Energy ltd“, којој председава пензионисани амерички генерал Весли Кларк, један од предводника НАТО агресије на СРЈ (Косовски угаљ као „ратни плен“ генерала Кларка, *http://www.nspm.rs/hronika/kosovski-ugalj-kao-ratni-plen-generala-klarka.html?alphabet=l* 20. фебруар 2020. године).

[39] Јелена Пономарјова, „Квазидржавност као инструмент хегемоније: случај Косово (II)“, (*http://www.nspm.rs/kosovo-i-metohija/kvazidrzavnost-kao-instrument-hegemonije-slucaj-kosovo-ii.html,* 20. фебруар 2020. године).

значај за енергетску безбедност централне и Западне Европе, посебно ако се узме у обзир да је до сада он допреман искључиво преко Украјине и „Северног тока“.

Значај изградње гасовода који би пролазио кроз њену територију за државе као што је Република Србија огледа се у: инвестиционим активностима, приливу прихода у буџет, остваривању повољне геополитичке позиције, као и у подмиривању сопствених потреба за гасом у циљу подизања индустријске производње. Неке процене су указивале на то да би гасовод „Јужни ток“ требало да донесе инвестиције у вредности око 1,7 милијарди евра, као и приходе од транзитних такси у вредности око 200 милиона евра годишње. Геополитичке користи Србије огледају се у позицији значајног транзитног центра кроз који би се гас допремао за земље Централне и Западне Европе. Што се тиче сопствених извора гаса, Србија за сада може да подмири свега 8-9% потреба. То значи да је Србија као земља увозница гаса у великој мери зависна од руског гаса.[40] Недавно пуштен у рад „Турски ток“ оставља наду да ће Србија успети да изврши диверсификацију у погледу снабдевања руским гасом, који се за сада допрема једино преко Украјине и Мађарске.

Остваривање енергетске безбедности Републике Србије у погледу снабдевања природним гасом, која ће бити праћена даљом гасификацијом како ка индивидуалним потрошачима, тако и топланама и индустријим постројењима омогући ће смањење штетних емисија гасова. Наиме, укупна производња електричне енергије у Републици Србији се са уделом од 70% производи у термоелектранама. То указује да спадамо у групу земаља које су највећи потрошачи угља. Поред тога што је то у супротности са стандардима Енергетске заједнице и Европске уније, то истовремено доводи и до проблема са загађењем животне средине.[41]

5. ЗАКЉУЧАК

Питања енергетске безбедности и безбедности животне средине данас постају кључна питања од националног интереса и као таква представљају елементе националне безбедности готово свих држава. Остваривање енергетске безбедности неких великих држава често је праћено угрожавањем животне средине, како сопствене, тако и малих земаља. Значајну улогу у томе имају аспирације великих држава, као и тежња за профитом великих мултинационалних компанија као њихових „продужених руку“. Упркос

[40] Вид. Горан Милошевић, Звездан Ђурић, „Јужни ток – кроз призму економског развоја и економске и енергетске безбедности Србије“, *Политика националне безбедности*, 1/2014, 76.

[41] М. Радовановић, 192.

чињеници да се енергетски ресурси (пре свих нафта и природни гас) на Земљи смањују, потребе за енергијом се константно повећавају. То је нарочито изражено у економски најразвијенијим државама, чији привредни раст управо почива на неопходности перманентног присуства енергетских ресурса, односно њихове употребе за производњу енергије неопходне за рад индустријског сектора. У томе значајно предњаче САД и Кина.

Са друге стране, државе или региони богати ресурсима имају константну потребу за дистрибуцијом, односно продајом својих ресурса другим државама. Знатним количинама резерви природног гаса и нафте располажу Русија, земље Блиског истока и поједине земље Латинске Америке. Ако томе додамо државе које се налазе на простору који се налази на путним правцима којима се енергетски ресурси допремају од држава извозница до држава увозница, постаје јасна и њихова улога у остваривању енергетске безбедности. Геополитичка превирања између великих сила често за последицу имају угрожавање националне безбедности малих земаља, па самим тим и угрожавање њихове енергетске и безбедности животне средине. То се првенствено огледа у тежњама за контролом држава и региона богатих нафтом и природним гасом, као и контролом транзитних коридора којима би се они дистрибуирали.

Повезаност енергетске и безбедности животне средине у значајној мери осликава тежње и могућности држава за остваривањем принципа одрживог развоја. Међутим, упркос томе, сведоци смо да се „трка за ресурсима“ не смањује, већ напротив, само поприма нове облике који неминовно воде угрожавању животне средине. Због тога, одрживо коришћење постојећих фосилних горива, као и перманентно улагање у обновљиве изворе енергије морају представљати императив како за велике земље, тако и за земље у развоју. Групи држава које се налазе у процесу транзиције, односно држава у развоју припада и Република Србија. Као држава зависна од увоза нафте и природног гаса, као држава којој је ограничено вршење суверене власти на Косову и Метохији, као и држава која има повољан географски положај на простору Југоисточне Европе и Западног Балкана, Република Србија се суочава са значајним изазовима у погледу остваривања своје енергетске, а самим тим и безбедности животне средине. Уважавање савремених геополитичких трендова, међусобне условљености и повезаности енергетске безбедности и безбедности животне средине, даља диверсификација у погледу снабдевања природним гасом и популаризација употребе природног гаса у индустрији и приватним домаћинствима, развој технологија за производњу енергије из обновљивих извора енергије, као и усвајање адекватног стратешког и правног оквира, представљају полазну основу ка остваривању националне безбедности у овим областима.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Бергстен Фред, Ларди Николас, Мичел Дерек, Фримен Чарлс, *Успон Кине: изазови и шансе*, превела са енглеског Јасмина Петровић, Београд 2011.

Бошковић Милица, *Изазови индустријског друштва: нове технологије и еколошка безбедност*, Београд 2010.

Група аутора, *Стратегијско-безбедносни трендови у Југоисточној Европи до 2020. године*, Београд 2015.

Димитријевић Дејана, *Трендови еколошке безбедности у XXI веку*, Београд 2010.

Дулић Драгана, „Сукоби на Балкану у светлу геополитике хуманитарне помоћи“, *Годишњак Факултета безбедности* 2009.

Килбарда Зоран, Младеновић Мирослав, Ајзенхамер Владимир, *Геополитичке перспективе савременог света*, Београд 2014.

Милошевић Горан, Ђурић Звездан, „Јужни ток – кроз призму економског развоја и економске и енергетске безбедности Србије“, *Политика националне безбедности* 1/2014.

Митровић Мирослав, „Економски и енергетски апекти хибридног угрожавања националне безбедности“, *Војно дело*, 6/2017.

Николајевич Панарин Игор, *Хибридни рат, теорија и пракса*, Београд 2019.

Парезановић Марко, *Енергетска безбедност*, Београд, 2014.

Пономарјова Јелена, „Квазидржавност као инструмент хегемоније: случај Косово (II)“ (*http://www.nspm.rs/kosovo-i-metohija/kvazidrzavnost-kao-instrument-hegemonije-slucaj-kosovo-ii.html*).

Радовановић Мирјана, *Енергетска безбедност*, Сремска Каменица, 2019.

Радојичић Мирјана, „Крај Хладног рата, велика сила и геополитика природних ресурса – прилози за једну студију случаја“, *Национални интерес*, 2/2012.

Стајић Љубомир, Вујовић Драган, „Утицај геофизичког оружја на угрожавање животне средине за потребе рата“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2012.

Стајић Љубомир, „Безбедносна култура као фактор заштите животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014.

Стајић Љубомир, „Неке контроверзе у раду међународних хуманитарних организација“, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније (тематски зборник), Нови Сад 2014.

Стајић Љубомир, Станаревић Светлана, „Значај и улога међународних организација у очувању еколошке и људске безбедности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2015.

Стајић Љубомир, *Основи система безбедности – са основама истраживања безбедносних појава*, Нови Сад 2015.

T. Kler Majkl, *Energetska bezbednost*, u: Pol D. Vilijams, Uvod u studije bezbednosti, preveli s engleskog: Branimir Gligorić i Danica Cvetković, Beograd, 2012.

Претње САД „уродиле плодом“, Грчка неће примити ирански танкер, *https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2019&mm=08&dd=21&nav_category=78&nav_id=1580558*.

Ирански танкер се удаљава од Гибралтара, *http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/2/svet/3629660/iranski-tanker-se-udaljava-od-gibraltara.html*.

Косовски угаљ као „ратни плен“ генерала Кларка, *http://www.nspm.rs/hronika/kosovski-ugalj-kao-ratni-plen-generala-klarka.html?alphabet=l*.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Nenad P. Radivojević, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs

Vladan M. Mirković, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs

Geopolitical Aspects of Energy Security and Environmental Security in the Republic of Serbia

Abstract: *Endangering of the environment today is largely due to the pursuit of energy security, respectively the need for a large amount of it. In this regard, the subject of our research is to determine the interdependence and impact of energy security on environmental security, and vice versa, as well as identifying the sources, forms and carriers of endangering energy security and environment security. In order to determine this, bearing in mind that "race for remaining resources" in the world in the last few decades has been particularly intensified; it is necessary to consider contemporary geopolitical trends and their impact on the security of small countries, including the Republic of Serbia. Namely, the key factors of energy security are the existence, production (exploitation), transit and use of fossil fuels (coal, oil and natural gas).*

The Republic of Serbia has significant quantities of coal reserves, while in the case of oil and natural gas, its energy needs are largely met by imports. The geographical and geo-strategic positions of the Republic of Serbia in the area of Southeastern Europe (and the Western Balkans) indicate its extremely favorable position as a transit country. Achieving its energy security depends largely on viewing and understanding contemporary geopolitical trends. The geopolitical (and hegemonic) aspirations of large countries have often led (and still do) to provoking certain conflicts, crises, and even open armed conflicts that, among other things, have impact on endangering the environment.

Keywords: *security, energy security, environmental security, geopolitical trends.*

Датум пријема рада: 13.03.2020.

Оригинални научни рад 347.23:342.7
doi:10.5937/zrpfns54- 24893

Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ ПРАВОМ НА ДОМ (ПОЈМОВНА ОДРЕЂЕЊА И ПРАВНА ПОЛИТИКА)*

Сажетак: *У пракси међународних и националних судова има све више случајева у којима се титуларима права својине ограничавају или ускраћују одређена овлашћења да би други појединци или породице могли да користе њихове непокретности као свој дом. Тај тренд је последица раста броја становника на планети, драстичног социјалног раслојавања, масовних миграција и др., са једне стране, и настојања да се проблеми и растуће тензије у друштву ублаже вођењем одговарајуће социјалне и правне политике. У тој области постоје законске празнине које судови отклањају екстензивним тумачењем међународних конвенција, позивајући се понекад и на нешто што у њима не пише. Тако се нпр. у судској пракси колоквијално и поједностављено говори о ограничењу права својине правом на дом. На основу системске анализе међународних докумената може се закључити да ту материју покривају три права: 1. право на адекватне услове за заснивање дома; 2. право на поштовање дома и, 3. право на очување дома. Она нису таксативно набројана у међународним документима, ни ти појмовно одређена, али чине логички низ који несумњиво проистиче из система људских права и судских одлука које су донешене у протеклих седамдесет година. У досадашњој*

* У чланку су изложени резултати рада током 2019. године на научноистраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови,* чији је носилац Правни факултет у Новом Саду. Проф. др Душан Николић написао је: апстракт и одељке:1-4 и 7. Асистент Слобода Мидоровић је написала одељке: 5 и 6.

пракси Европског суда за људска права и националних судова, право својине је најчешће ограничавано да би се омогућио несметан живот у простору који се сматра домом и да би се спречило исељење из таквог простора. У таквим околностима, суд одлучује којем ће од два људска права дати предност: праву својине или праву на дом. То се постиже тзв. одмеравањем интереса. Да би исход био што правичнији, потребно је утврдити да ли одређени простор има обележје дома. У вези са тим често постоје дилеме. Оне су последица непостојања прецизне дефиниције, па чак ни шире прихваћеног појмовног одређења. У овом раду је тај феномен детаљно разматран у ширем историјском и упоредноправном контексту. Када одлучује о захтеву да се право својине ограничи да би се очувао дом, суд треба да утврди да ли постоји адекватна духовна повезаност корисника са простором, која његовим потребама даје предност у односу на интересе власника који су искључиво материјалне природе. Ако одлучи да ограничи право својине, суд треба да одреди на који начин ће власнику бити обезбеђена накнада. По правилу, тај терет треба да сноси лице које наставља да користи простор, а ако то није могуће, требало би да средства обезбеди држава из фондова за финансирање социјалних програма, на шта је начелно обавезују ратификоване међународне конвенције. У раду су наведени примери активне правне политике и добре праксе у упоредном праву. Посебно је анализирана правна политика и судска пракса Републике Србије у тој области.

***Кључне речи**: својина, дом, право на адекватне услове за заснивање дома, право на поштовање дома, право на очување дома.*

1. УВОД

У пракси међународних и националних судова има све више случајева у којима се титуларима права својине ограничавају или ускраћују одређена овлашћења да би други појединци или породице могли да користе њихове непокретности као свој *дом*. Тај тренд је последица раста броја становника на планети, драстичног социјалног раслојавања, масовних миграција и др., са једне стране, и настојања да се проблеми и растуће тензије у друштвима ублаже вођењем одговарајуће социјалне и правне политике, са друге стране. У тој области постоје законске празнине које судови отклањају екстензивним тумачењем међународних конвенција, позивајући се понекад и на нешто што у њима изричито не пише. Тако се нпр. у судској пракси колоквијално и поједностављено говори о ограничењу права својине *правом на дом* (енгл. *right to home*),[1] мада се оно под тим називом не наводи ни у једном извору.

[1] Вид. нпр. Пресуду Врховног касационог суда Србије, Рев. 336/2017 од 25.1.2018. године.

Ради се заправо о врло сложеној материји коју покрива више сродних права. У овом контексту ће бити размотрена њихова појмовна обележја и правнополитички оквири у којима се развијају у упоредном и домаћем праву. Остали резултати истраживања у вези са ограничењима права својине правима која се односе на дом, биће презентована у неколико радова.

2. ТРИ ЉУДСКА ПРАВА КОЈА СЕ ОДНОСЕ НА ДОМ

Поступање органа државне и локалне власти, друштвених група и појединаца према *дому* било ког човека, нормирано је међународним конвенцијама, уставима, законима, моралом, као и обичајима који важе у конкретној друштвеној заједници. У складу са правилима међународног права, минимум онога што свака држава треба да гарантује и спроведе на својој територији у вези са тим, одређен је декларацијама међународних организација и ратификованим међународним уговорима. Неки од тих докумената су правно обавезујући, а неки не. Једни садрже само правнополитичке и програмске прокламације, а други одредбе из којих проистичу конкретна, ефективна права и њима корелативне обавезе.

На основу системске анализе релевантних међународних докумената и судске праксе се може закључити да постоје три основна права која се односе на дом: 1. *право на адекватне услове за заснивање дома*; 2. *право на поштовање дома* и, 3. *право на очување дома*. Та номенклатура није наведена ни у једној декларацији и конвенцији. Међутим, она чини логички низ који се несумњиво подудара са интенцијама оних који су претходних седам деценија обликовали глобални систем људских права. Та градња није окончана. Још увек постоје бројне недоречености, терминолошке и појмовне неусаглашености, које за последицу имају правну неизвесност и правну несигурност. О томе сведоче релевантне одредбе међународних докумената, њихови неуједначени и непрецизни преводи, као и коришћење колоквијалних и неадеквантих термина у судској пракси. Да би се са више сигурности могло говорити о правима која се односе на дом, потребно је прецизно одредити значење речи које одражавају њихову суштину.

3. ТЕРМИНОЛОШКА И ПОЈМОВНА ОДРЕЂЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА КОЈА СЕ ОДНОСЕ НА ДОМ

3.1. Право на адекватне услове за заснивање дома

Право на адекватне услове за заснивање дома проистиче из *Универзалне декларације Уједињених нација о људским правима* (енгл. *The Universal*

Declaration of Human Rights – UDHR) из 1948. године, као и из више међународних конвенција које су закључене у вези са њом.

У *Универзалној декларацији о људским правима* пише: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, *housing*...[италиком нагласио Д.Н.]"[2] Према званичном преводу на српски језик, та одредба гласи: „Свако има право на стандард живота који обезбеђује здравље и благостање, његово и његове породице, укључујући храну, одећу, *стан*..." Примарно значење речи *housing*[3] (још од XIV века) је: *склониште* (нешто што покрива или/и пружа заштиту),[4] односно, *место за живот*, а не *стан* (енгл. *flat*), под којим се, у смислу *Закона о становању и одржавању зграда* Републике Србије,[5] подразумева „посебан део зграде који чини функционалну целину, састоји се од једне или више просторија намењених за становање и по правилу има засебан улаз."[6] Декларација је усвојена непосредно после Другог светског рата, у периоду који је био обележен оптимизмом и вером у то да ће свет бити бољи и праведнији. Осим тога, тај документ је био правно необавезујућ. Међутим, писци Декларације и представници земаља који су о њеном усвајању одлучивали на Скупштини Уједињених нација, нису обећали да ће свако имати стан, већ да ће државе предузети оно што је потребно да појединци и њихове породице имају „кров над главом", а тиме и одговарајуће услове за заснивање дома. Такво становиште је двадесетак година касније потврђено и одредбама међународних конвенција које су закључене да би се оно што је предвиђено Декларацијом учинило правно обавезујућим на глобалном нивоу. Тако у *Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима* из 1966. године пише: „Државе чланице овог пакта признају право сваком лицу на животни стандард довољан за њега самог и његову породицу, убрајајући ту и довољну храну, одећу и *смештај* [италиком нагласио Д.Н.], као и стално побољшање његових услова живота. Државе чланице ће предузети одговарајуће мере ради обезбеђења остварења овог права и у том циљу оне признају битни значај слободно изабране међународне сарадње."[7] У овом контексту треба нагласити да је реч *housing* званично преведена на српски као *смештај* (а не као *стан*). Такав превод је у складу са интенцијом аутора изворног текста, али и са актуелном ситуацијом у свету, као и са обесхрабрујућим трендовима који стварају прилично

[2] Члан 25, став 1 Декларације.

[3] Вид.: https://www.merriam-webster.com/dictionary/housing.

[4] Вид.: https://www.merriam-webster.com/dictionary/shelter.

[5] *Сл. гласник РС*, 104/2016.

[6] Члан 3, став 2, тачка 9 *Закона о становању и одржавању зграда*.

[7] Неке земље воде успешну проактивну политику у тој области. О томе ће бити више речи у одељку о примерима добре праксе.

суморну визију реалтивно блиске будућности човечанства. Према званичним подацима Уједињених нација, 2005. године, готово шест деценија након доношења Декларације о људским правима, у свету је било више од сто милиона бескућника, а око милијарду и шесто милиона људи није имало адекватан смештај.[8] Глобалне пројекције су још неповољније. Очекује се да ће до 2050. године светска популација нарасти на преко девет милијарди и да ће трећина становништва (око три милијарде) живети у сиротињским кварто-вима великих градова (енгл. *slums*), у беди и нехигијенским условима.[9] У таквим околностима многи људи ће тешко моћи да остваре право на било какав *смештај* уз подршку државе. Вероватно су због тога Европски суд за људска права и неки национални судови заузели став да је за постојање дома и његову правну заштиту довољан простор за настањење и да то не мора бити стамбени објекат у класичном, грађевинском смислу, нити стан као његов засебан физички део.[10]

3.2. Право на поштовање дома

Право на поштовање дома је на глобалном плану установљено *Међународним пактом о грађанским и политичким правима* (енгл. *International Covenant on Civil and Political Rights*), из 1966. године. У том документу пише:

---

[8] Извор: UN Statistic Division – *Demographic and social statistics – Housing*: https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/sconcerns/housing/ 19.10.2019.

[9] Извор: Светски економски форум. https://www.weforum.org/agenda/2019/08/billion-slum-dwellers-at-risk/ 19.10.2019.

[10] „Влада је оспорила да се подносиоци представке могу позивати на чл. 8 ЕКЉП, јер само „дом“ који је успостављен на законити начин може да доведе до заштите гарантоване чл. 8 ЕКЉП. Апликант и Комисија су, с друге стране, тврдили да концепт „дома“ није ограничен само на становање које је успостављено на законит начин. Они су истицали да традиционалан животни стил припадника Ромске популације *подразумева живљење у каравана и путовање* [италиком нагласио Д.Н.], тако да је у конкретном случају погођен „приватни живот“ и „породични живот“ подносиоца представке (*Buckley v. The United Kingdom*, представка бр. 20348/92, пресуда од 29. септембра 1996, став 53). Осим тога, у случају *Gillow v. the United Kingdom* judgment of 24 November 1986 (Series A no. 109), Суд је нашао да је апликант засновао дом на одређеној имовини, да је задржао право својине јер је желео у то место да се врати, и с обзиром на то да је тамо живео са циљем да заснује своје пребивалиште у том месту, да је напустио свој стари дом и да није успоставио место боравка нигде другде у Уједињеном Краљевству. Због тога је реч о имовини која се има сматрати „домом“ подносилаца представке у смислу чл. 8 ЕКЉП (*Gillow v. The United Kingdom*, представка бр. 9063/80, пресуда од 24. новембра 1986, ст. 46). Налик том случају, и овде је подносилац представке купила земљиште са циљем да на њему успостави своје пребивалиште. Она је тамо живела у континуитету још од 1988. године, осим две недеље током којих је била у посети својој породици током 1993. – и није установљено да је нити да намерава да заснује своје пребивалиште на неком другом месту. Због тога је у овом случају посреди подноситељкино право на поштовање њеног „дома“. (Одлука Европског суда за људска права у случају *Buckley v. The United Kingdom*, ст. 54).

"1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, *home* [италиком нагласио Д.Н.] or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."[11] Званични превод те одредбе на српски језик гласи: „1. Нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, у његов *стан* [италиком нагласио Д.Н.], или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу. 2. Свако лице има право на заштиту закона против оваквих мешања или повреда."[12] Реч *home* (*дом*) погрешно је преведена као: *стан*. На основу језичког тумачења би се могло закључити да они који немају *стан*, већ живе у неким другим условима, немају право на поштовање *дома*, а тиме, ни право на одговарајућу правну заштиту. Такво становиште је у супротности са наднационалним правилима и правним стандардима који важе у Европи.

Према *Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода* (енгл.: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*),[13] која је позната и под називом *Европска конвенција о људским правима* – скраћено ЕКЉП (енгл.: *European Convention on Human Right*) „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, *дома* [италиком нагласио Д.Н.] и преписке."[14] У пракси *Европског суда за људска права* – скраћено ЕСЉП (енгл.: *European Court of Human Rights*) под непоштовањем дома се подразумевају различите врсте узнемиравања титулара у простору који користи за самостални живот или суживот са члановима породице. Ту нпр. спада намерно наношење штете на објекту и/или покућству од стране органа државне власти;[15] претерана бука изазвана авио саобраћајем и сл.

3.3. Право на очување дома

Право на очување дома није *ad nominem* нормирано међународним документима, нити важећом националном легислативом. Оно је творевина судске праксе. Проистекло је из више одлука ЕСЉП у којима је закључено да лица могу да наставе да користе одређени простор за становање као свој дом, мада за то немају ваљани правни основ по општим правилима грађанског права. Тако је у вези са случајем *Прокопович против Русије* речено

[11] Чл. 17 Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

[12] Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, 7/1971.

[13] Конвенција је потписана у Риму 1950. године, а ступила је на снагу 1953. године.

[14] Члан 8 Конвенције.

[15] Вид: случај *Akdivar and Others v. Turkey,* представка бр. 21893/93, пресуда ЕСЉП од 16. септембра 1996.

следеће: „Суд подсећа на *уста̄љену судску пра̄ксу* [италиком нагласио Д.Н.] према којој концепт „дома“ у оквиру чл. 8 ЕКЉП, није ограничен на случајеве у којима постоји пуноважан правни основ државине или када је држава над неким простором успостављена на законит начин. „Дом“ је аутономан *концепт који не зависи од његове квалификације у складу са националним правом* [италиком нагласио Д.Н.]. Да ли или не живот у одређеном месту конституише појам „дома“ и повлачи заштиту која се гарантује чл. 8 ЕКЉП §1, зависи од околности конкретног случаја, односно од постојања довољних (чврстих) и трајних веза са одређеним местом.“[16] То је једна од тзв. *историјских пресуда*. Постоји мноштво других у којима је изражен исти став.[17]

Позивање на *уста̄љену судску пра̄ксу* потврђује чињеницу да Суд доношењем одлука прецедентног карактера постепено шири комплекс права која се односе на дом. Он то чини тако што екстензивно тумачи одредбе ЕКЉП, независно од националних нормативних решења и квалификација, а некада и у супротности са њима. Тиме, уједно, ствара правну неизвесност и несигурност за титуларе права својине. Из тих разлога би требало прецизно појмовно одредити *дом*.

4. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ДОМА

Постоје речи чија значења *prima facie* делују јасно, речи које, по мишљењу многих, не треба објашњавати, нити дубоко промишљати, већ осећати и доживљавати. Оне буде осећања и постају део сећања. *Дом* је једна од таквих речи. Њу у свакодневном говору најчешће користимо интутивно, без трагања за значањем. Међутим, када догађаји из свакодневице, који се односе на *дом*, постану предмет правне регулативе, а потом и различитих поступака пред органима државне власти и наднационалним институцијама, постаје јасно да је потребно прецизно одредити њен прави смисао и значење у сфери права. Тек тада постајемо свесни комплексности нечега што је било прекривено, а понекад и прикривено емоцијама.

[16] Случај *Prokopovich v. Russia*, ст. 36.

[17] Тако је нпр. у вези са случајем *McCann v the United Kingdom* „Суд у неколико наврата констатовао да су за питање квалификовања неке имовине као „дома“ битне околности конкретног случаја, а не законитост државине у складу са националним правом, под условом да је у њој подносилац живео и то на свом земљишту, без дозволе током осам година. Иако је подносилац живео у тој кући као сустанар заједно са својом супругом од новембра 2001. године, та кућа представља његов дом упркос томе што му је жена уручила изјаву о отказу уговора о закупу, након чега је он, у складу са националним правом, изгубио правни основ да настави да живи у предметном стану. (*McCann v the United Kingdom*, представка бр. 19009/04, пресуда од 13. маја 2008. године исправљена 21. јула 2009, ст. 46).

У праву још увек не постоји дефиниција *дома*,[18] па чак ни шире прихваћен појам.[19] Правни теоретичари сматрају да је недостатак адекватне појмовне одређености последица сложености и поливалентности тог феномена. Значење и значај дома није могуће одредити само на основу правних појмова и категорија. Он истовремено дотиче област лингвистике, социологије, психологије, етике, економије и др. Зато савремени правници указују на потребу за мултидисциплинарним и интердисциплинарним приступом који треба да омогући повезивање правне науке са другим научним областима, али и међусобно повезивање различитих правних дисциплина, које може допринети томе да се прецизније одреди значење речи *дом* у језичком и ускостручном, правном смислу и тако достигне одговарајући ниво правне извесности и сигурности. У епохи у којој је наука драстично издељена,[20] такав подухват изискује сарадњу више стручњака из различитих области и дуготрајна истраживања, што несумњиво превазилази оквире и сврху овога рада. Из тих разлога, биће изложене само кључне језичке одреднице, а потом размотрене везе са појединим правним институтима које су битне за појмовно одређење *дома*, уз указивање на правно релевантне категорије из других научних области.

Реч *дом* води порекло од старе индоевропске речи *dṓm* која је по мишљењу етимолога означавала: 1. дом, у ужем смислу и, 2. кућу. Истом језичком корпусу припада и латинска реч *domus*. У римско доба њено значење није било прецизно одређено. Због тога у савременој романистичкој литератури постоје различита објашњења, која варирају од контекста до контекста. У правним реченицима се наводи да је речју *domus* означавана кућа или други простор за становање, односно само становање, као радња или процес (*habitatio*).[21] Међутим, такво појмовно одређење је преуско. У античко доба *domus* није био само људски *habitat*. Он је за старе Римљане и римску фами-

[18] Појам представља субјективно виђење одређене појаве у природи и/или друштву. Он је субјективна категорија и има субјективно значење. Појам казује како одређени субјект схвата (поима) одређену појаву. Дефиниција је нешто више од тога. Она је усаглашен, објективизован појам, који је прихваћен или прихватљив за све. Дефиниција је објективна и неспорна категорија. Другим речима, она изражава објективно виђење стварности. У том смислу, *дом* је још увек на нивоу појмовног одређења.

[19] У том смислу: Lorna Fox O'Mahony, *Conceptualising Home – Theories, Laws and Policies*, Hart Publishing, Oxford 2007, 4.

[20] Опширније о фрагментацији науке: Душан Николић, „Подела наука и њихова међусобна условљеност", у Зборнику радова са научног скупа *Наука – стање, стратегија, перспективе*, одржаног 5. и 6.06.2015. у Београду, у организацији Српске академије наука и уметности, Београд 2016, 131–146; Душан Николић, „Ка новој великој синтези знања", у књизи *Трајање*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2010, 110-113.

[21] Blacks' Law Dictionary, Second Edition, https://dictionary.thelaw.com/domus/ 11.01.2020.

лију (*familia*) био много више од места становања.[22] Неоспорно је да је *domus*, између осталог, био и *locus*, али као полазна и средишња тачка у животу појединца и породичне заједнице којој је припадао. Чувени римски правник Папинијан (*Papinianus*) је рекао да *domus* треба сматрати *домицилом*[23] (местом у ком се налази центар животних активности појединца – напомена Д.Н.[24]). То је било средиште са ког се полазило у свет (*domo exi*) и место на које су се припадници исте *familiae* враћали (*veni domum*). Када су Римљани говорили *domus meius* (мој дом), мислили су свакако на физички простор за становање и за друге активности, али и на своје сроднике са којима су у њему (тада или раније) обитавали, па чак и на умрле претке који су га у претходном периоду обликовали.[25] *Domus* је представљао јединство (заједницу) добара и људи (*universitas rerum et personarum*). Он је био заоставштина претходних генерација (*patrimonium*), како у материјалном, тако и у нематеријалном, духовном смислу и, уједно, залог за будућност наредних генерација. Хенри Самнер Мејн (*Henry Sumner Maine*) је још у XIX веку, у чувеној књизи *Ancient Law*, констатовао да се према веровању Римљана „живот сваког грађанина не сматра ограниченим рођењем и смрћу; [те да је он] само наставак постојања његових предака и да ће бити продужен постојањем његових потомака.“[26] Исти писац је у истом делу написао још и то да старо римско право, супротно уверењима многих савремених теоретичара, заправо није било индивидуалистички конципирано, већ да су правни институти штитили интересе колективитета [који су били оличени у фамилији и домусу – напомена Д.Н].[27] *Domus* је пружао егзистенцијалну сигурност, јер је оквиру њега чувана заједничка (колективна) имовина која се преносила са генерације на генерацију. Истовремено, чувано је сећање на оне који су је стварали. У оквиру *domus*-а је негован *култ предака*.[28] Стари Римљани су поштовали припаднике претходних генерација и односили су се са пијететом

[22] Steven Fife, *The Roman Domus*, у: Ancient history Enciclopaedia, https://www.ancient.eu/article/77/the-roman-domus/. 11.01.2020.

[23] *Domus pro domicilio accipenda est.* (*Papinianus*, D. 48, 5, 23).

[24] Опширније о домицилу: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, XV измењено и допуњено издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2019, 288-289.

[25] Реч *domus* је коришћена за означавање шире групе сродника од оних који су чинили фамилију. Упор. са: Richard P. Saller, *Familia, Domus, and the Roman Conception of the Family*, Phoenix (published by Classical Association of Canada) 4/1984, 336 и даље; Richard P. Saller, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge University Press 1996, 85 и 88.

[26] Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law – Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, Sixteenth edition, London 1897, 258.

[27] *Ibid*.

[28] Вид. Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 1995.

према њима. Посебно су поштовали оне који су дали нарочит допринос очувању кохезије њиховог *domus*-а, његовом материјалном оснажењу, али исто тако и позиционирању у широј друштвеној заједници. Култ предака је мотивисао чланове *familiae* да својим поступцима заслуже поштовање наредних генерација. О томе сведочи чињеница да се сматрало да је једна од најдрастичнијих казни за повреду јавних инетерса тзв. *брисање из сећања* (*damnatio memoriae*) које се огледало у уклањању имена одређеног лица из цензорске листе, али и у уништавању скулптура, биста и фрески са његовим ликом које су се налазиле у оквиру *domus*-а.[29] Од угледа *domus*-а је зависио углед, а често и друштвени положај, његових припадника.[30] У античко доба је било важно из ког и каквог дома неко потиче. *Summa summarum*, у духу савремене терминологије би се могло рећи да је римски *domus* био *дом по пореклу* (енгл. *home/ domicile by origin*[31]). У њему су се преплитали материјални и нематеријални чиниоци, егзистенцијално, духовно, емотивно, временско и ванвременско, пролазно и трајно... У сваком случају, *domus* није био само грађевински објекат или простор за становање. Он је сем физичке имао и изразиту духовну димензију. О томе упечатљиво сведоче Цицеронове речи у спису *Orationes – De Domo Sua*: „Шта је светије, шта је више брањено у свакој религији него човеков властити дом? Овде су олтари, недељна огњишта, пенати, свете ствари, обреди, церемоније; ово уточиште је свето и ником се не може одузети...”[32]

Дом је за људе који су живели на европским просторима имао исти значај и вековима након пропасти Римске империје. Аутентично академско сведочанство о томе представља докторска дисертација младог швајцарског студента медицине Јоханеса Хофера (*Johannes Hofer*), објављена 1688. године (*Dissertatio Medica de Nostalgia, oder Heimweh*).[33] У њој је први пут коришћена и објашњена реч носталгија као синоним за посебно психичко стање изазвано живљењем ван дома и родног краја, које је имало негативан утицај на ментално и физичко здравље младих људи из Швајцарске и других земаља, током њиховог боравка у туђини. О духовној димензији дома, о његовом значају за појединце и уже друштвене групе сведоче и неки други списи из те епохе. Енглески политичар и правни мислилац Едвард Кок (*Sir Edward Coke*)

---

[29] *Ibid*.

[30] Вид. R. P. Saller, *op. cit,* 88 и даље.

[31] У савременој правној теорији дом по пореклу је синоним за *родитељски дом* (енгл. *the home of the parents*). Вид.: John Hollander, “It All Depends”, у: *Home – A place in the World* (Ed. Arien Mack), New York Univeristy Pres, New York – London 1993, 31.

[32] *Quid enim sanctius, quid omni religione munitius, quam domus unusquisque civium*? *Hic arae sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, caerimoniae continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus ut inde abripi neminem fas sit. (*Ciceron*, Oratione, De Domo Sua,* 109).

[33] Опширније о томе: Alex Davis, *Coming Home Again: Johannes Hofer, Edmund Spenser, and Premodern Nostalgia*, Parergon 2/2016 (издавач: Australian and New Zealand Association of Medieval and Early Modern Studies), 17-38.

је 1628. године у својој књизи *Правни институти Енглеске* (*The Institutes of the Laws of England*) написао да је за сваког човека његова кућа дворац и да је његов дом, његово најсигурније уточиште.[34] Ту мисао је 1763. појаснио и на неки начин правно озваничио премијер Вилијам Пит (*William Pitt the first Earl of Chatam*), рекавши да ”Најсиромашнији човек може у својој колиби пркосити свим силама круне. Можда му се крхки кров може трести, ветар може да дува кроз њу, олуја може ући, киша може ући – али Краљ Енглеске не може ући”. Максима *For a man's house is his castle* дуго је била једна од чешће навођених у англоамеричкој литератури. Међутим, баш ту, на тлу Енглеске, покренута је духовна ерозија домова. Под утицајем индустријализације, масовних миграција из села у градове, урбанизације и либералне идеологије, која је све то подржавала, нематеријална димензија дома и са њим повезане емоције, почели су да губе ранији значај и да полако нестају из свакодневице великог броја људи. На то указују и новија упоредноправна истраживања: „Данас је појам дома виђен много више као физичко окружење.”[35] У Западном свету, у области економије, финансија и сродним областима друштвеног живота он је појмовно, а често и суштински, сведен у материјалне оквире. Тако нпр. на сајту *Investopedia*-е пише: „Дом је физички домицил или структура у којој лице борави. У правном смислу, дом је место сталног боравишта где лице живи или има намеру да се врати да живи.”[36] Последња реченица указује на то да је традиционални концепт дома по пореклу у многим срединама потиснут концептом дома по избору (енгл. *home/domicile by choice*).[37] Духовна димензија дома је готово нестала, а са њом и емотивне везе међу сродницима. Отуда не треба да чуди то што су отуђеност и усамљеност међу најраспрострањенијим болестима данашњице. Од ње болују појединци, њихове породице али и читава друштва. Поменути швајцарски студент медицине је у XVII веку указао на то какве последице по здравље може имати живот ван (постојећег) дома. У XXI веку околности су комплексније, јер многи немају дом. То се не односи искључиво на бескућнике (енгл. *homeless*). Наиме, има много оних који имају кућу, али не и дом, у традиционалном смислу. На једној страници књиге *Home – A place in the World*, засноване на комплексним истраживањима у којима је учествовала велика група аутора, препричан је део дијалога између студента и професора

[34] *For a man's house is his castle, et domus sua cuique est tutissimum refugium*. Oxford Reference – Edward Coke, https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191866692.001.0001/q-oro-ed6-00003117 12.01.2020.

[35] Padraic Kenna, *Introduction* у: *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, (Eds Padraic Kenna, Sergio Nasarre-Aznar, Peter Sparkes, Christoph U. Schmid), Cheltenham (UK) – Northamton (USA) 2018, 3.

[36] https://www.investopedia.com/terms/h/home.asp 11.01.2020.

[37] Вид.: John Hollander, *op. cit*, 31

који поткрепљује пређашњу тврдњу. Студент се на часу запитао "*Homes for Sale*? How can You buy or sell a home?"[38]

У савременом свету постоје два супротна тренда која могу у значајној мери утицати на профилисање, па и на само постојање дома, као друштвене институције. Са једне стране, под утицајем глобализације (и у циљу глобализације) расте број људи који првенствено из пословних разлога веома често и у релативно кратким временским интервалима мењају пребивалиште. Већина то чини самостално, а неки са породицама. Реч је о тзв. *урбаним номадима* (енгл. *urban nomads*) и номадском начину живота и рада (енгл. *nomadic work*). На ширење те друштвене појаве и на њену масовност утиче пројектно запошљавање, велика незапосленост у појединим деловима света, закључивање краткорочних уговора о радном ангажовању и, посебно, технолошки напредак који омогућује велику мобилност људи уз све мање трошкове. Многа друштва подстичу такав начин живота или се на њега прилагођавају.[39] Са друге стране, технолошки напредак омогућује све већем броју људи да раде у свом дому (енгл. *work at home*). Информационе и друге технологије стварају нову шансу за обнављање дома у духовном смислу, за јачање сродничких веза и за деалијенацију савременог човека.

У једној од најновијих европских правних студија посвећених губитку дома и бескућништву је речено: „У савременим друштвима, дом је повезан са сигурношћу, припадношћу, уважавањем и самоостварењем [самопоштовањем]. Становање и дом су испреплетени са здрављем, дечијим развојем, сиромаштвом и богатством и могућностима уопште."[40] Сама чињеница да је у правној науци на такав начин препознат значај дома и да има све више радова који се баве његовом нематеријалном димензијом, наговештава могућност обнове традиционалних вредности и јачање њихове правне заштите у оквиру постојеће правне регулативе, али и кроз увођење нових правила и института. Развој догађаја ће у највећој мери зависити од правне политике држава и наднационалних институција.

У култури појединих народа дом је, у већој или мањој мери, задржао традиционална обележја. На европском простору се по томе издвајају словенски и нарочито, јужнословенски народи. Они су остали најдоследнији у чувању културног наслеђа из прапостојбине индоевропског корпуса, који се односи на дом. О томе сведоче етимолошка истраживања и истраживања друштвене структуре која је на нивоу најужих заједница вековима остајала

---

[38] *Ibid*.

[39] Вид. нпр.: David Craven, Nicola Morelli, *Logical Spaces for Urban Nomads*, ResearchGate, file:///C:/Users/dusan.nikolic/Downloads/LOGICAL_SPACES_FOR_URBAN_NOMADS%20(1).pdf 15.01.2020.

[40] Padraic Kenna, *op. cit*, 3.

нетакнута.[41] Као што је познато, Срби су дуго живели у *породичним задругама*.[42] Као и римска *familia*, односно, римски *domus, задруга* је представљала заједницу људи и добара у којој су постојали посебни односи и у којима је важио посебан правни режим. Задругари су слободно располагали само личном имовином (*особина*, *прћија*) у коју су спадале покретне ствари мање вредности намењене свакодневној употреби. Колективна имовина, која је стварана генерацијама, била је недељива и припадала је свим члановима заједнице. Један њен део, тзв. стожер (корјенина, постојани иметак, баштина[43]) био је неотуђив. Он је чуван за наредне генерације.[44] Отуда је суживот у великој патријархалној заједници пружао осећај егзистенцијалне сигурности али и осећај духовне повезаности са осталим сродницима. Синоним за такву заједницу је био *дом* (дом Петровића, дом Јовановића и сл.). Ерозија породичних задруга је почела након ступања на снагу Грађанског законика за Кнежевину Србију 1844. године. Међутим, неки њихови реликти постоје и данас. Припадници јужнословенских, али и других народа са Истока Европе, имају израженији осећај за заједништво, колектив, колективну имовину, духовну сферу и сл. у односу на западни део Старог континента у ком доминирају индивидуализам и материјализам. На то упућује и савремено значење српске речи *дом* (која потиче од старословенског *домъ* и заједничког индоевропског корена *dṓm*). У *Речнику српскога језика* Матице српске, најстарије културне и научне институције српског народа, задужене за нормирање језика, дата су следећа појмовна одређења: „Дȏм 1.а. кућа као место где човек живи, станује са својом породицом, породична кућа; б. Људи који живе заједно у једном домаћинству, породична заједница, породица, домаћинство. (...).”[45] За разлику од раније наведених материјалистичких одређења, у којима је дом сведен на физички простор, овај појам има још једну компоненту коју чине људи, заједништво, везе које постоје (или су постојале) међу њима и сл.

Очигледно је да у савременој Европи, упркос заједничким коренима који сежу до далеке прошлости индоевропских народа, постоје значајне разлике у поимању дома и његовог значаја за појединце и друштвену заједницу. То је вероватно један од кључних разлога којима се руководио ЕСЉП када је заузео став да је „Дом“ аутономан концепт који не зависи од његове

[41] Вид: Карло Кадлец, *Првобитно словенско право пре X века*, (превео и допунио Феодор Тарановски), издавачка књижарница Геце Кона, Београд 1924.

[42] Вид: Живојин Перић, „Категорије пордицâ и породичних задругâ у Српском праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, књига XXXII/1936, 411.

[43] Вид: Бранислав Недељковић, *Историја баштинске својине у новој Србији од краја XVIII века до 1931*, Београд 1936.

[44] Вид: Д. Николић, *op. cit*. 2019, 78.

[45] *Речник српскога језика*, измењено и поправљено издање, Матица српска, Нови Сад 2011, 228.

квалификације у складу са националним правом."[46] Међутим, независно од тога што не постоји дефиниција, па чак ни шире прихваћено појмовно одређење које би пружило адекватан ниво правне сигурности, не би требало да буде спорно да суд, када одлучује о ограничавању права својине да би се очувао дом, треба да утврди да ли постоји адекватна духовна повезаност са простором. Неопходно је да поред материјалне, постоји и одговарајућа нематеријална компонента, која потребама корисника простора даје превагу над интересима власника. Најзад, ако одлучи да ограничи право својине, суд треба да одреди на који начин ће власнику бити обезбеђена накнада за коришћење простора. По правилу, тај терет треба да сноси лице које наставља да га користи, а ако то није могуће, требало би да средства обезбеди држава из фондова за финансирање социјалних програма. На то је, између осталог, обавезују ратификоване међународне конвенције. О томе сведоче примери добре праксе у упоредном праву.[47]

5. ПРИМЕРИ ДОБРЕ ПРАКСЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

5.1. Уводна разматрања

У овом одељку ће бити представљени најупечатљивији примери добре праксе у појединим европским земљама. Осим легислативних решења, биће предочени и кључни случајеви који сведоче о настојању судова да заштите право на дом, често га изводећи из других уставом загарантованих права, попут права на достојанство, права на приватност и породични живот, права на здравље, па чак и права на образовање. Уочљива је наклоњеност судске праксе праву на дом, и то нарочито онда када су у питању рањиве категорије становништва.

По природи ствари, најзначајнији део судске праксе у овој области настао је у вези са поступцима за исељење дужника.[48] Међу њима је највише

[46] Случај *Prokopovich v. Russia*, ст. 36.

[47] Ових неколико страница о дому посвећено је једном младом асистенту *École polytechnique fédérale de Lausanne* (EPFL), у нади да ће након одбрањене докторске дисертације у Швајцарској, његов *дом по пореклу* у Србији, бити и његов *дом по избору.*

[48] Интересантно је да већина анализираних законодавстава познаје тзв. зимски мораторијум, тј. забрану исељења током зимских месеци у случају да претходни власници или закупци немају могућност да се преселе у други одговарајући смештај. За Мађарску вид: Nóra Teller, Eszter Somogyi with the contribution of Nóra Tosics, „Social context, evictions and prevention measures in Hungary" in: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 145; за Пољску вид: W. Borysiak, *op. cit*, 241. У Србији је ова забрана постављена доста шире. Наиме, чл. 85 ст. 1 Закона о становању и одржавању зграда прописано је да се „решење о исељењу не може спроводити при неповољним временским приликама, недељом, у дане државних и верских празника, ноћу, пре избора и непосредно пре почетка и краја школске године".

закупаца и корисника хипотекарних кредита који су, услед различитих животних околности, запали у тешкоће са редовном отплатом својих доспелих обавеза. У вези са тим, треба имати у виду да чак и најразвијеније земље дозвољавају поступке принудног исељења лица која станују у одређеној непокретности под условом да су испоштоване законске гарантије, односно под условом да је принудном исељењу претходио поступак у коме је дужник могао да заштити своја права.[49] Без ових поступака незамисливо би било нормално функционисање тржишта хипотекарних кредита и заштита права својине.[50] Међутим, то што су поступци исељења, под условима прописаним законом, дозвољени, не значи да држава не треба да води активну политику која омогућује збрињавање особа које остану без дома ако немају могућност да саме обезбеде алтернативни смештај. Велика економска криза која је избила 2008. године условила је потребу за снажном интервенцијом органа државне власти у појединим земљама, ради спречавања масовних исељења појединаца и породица из њихових домова. Она је била последица либералне политике која је дуги низ година била вођена са (погрешним) уверењем о саморегулацији тржишта.

Пре разматрања конкретних решења појединих земаља, ради лакшег разумевања, биће одређен појам исељења (енгл. *eviction*) и наведени његови најчешћи узроци.

5.2. Појам и узроци исељења

Проблематици принудног исељења посвећен је Општи коментар бр. 7 *Право на адекватан смештај (чл. 11 (1) Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима): Принудна исељења* Комитета за економска, социјална и културна права. Према њему, принудно исељење треба схватити као „трајно или привремено удаљење лица, породица и/или заједница, против њихове воље, из њихових кућа и/или са земљишта које настањују, при чему им нису обезбеђени, нити доступни одговарајући облици правне и друге заштите“. Таква исељења не треба мешати са случајевима исељења која се спроводе применом силе онда када је то у складу са правом конкретне земље и људским правима гарантованим у међународним пактовима.[51] Исељење подразумева деложацију, односно лишавање неке особе могућности да настави да живи у месту дотадашњег становања услед инсолвентности или услед непостојања одговарајућег правног основа.[52] Оно представља

[49] P. Kenna, *op. cit*., 1.

[50] *Ibid*, 1, 2.

[51] Ст. 3 Општег коментара бр. 7.

[52] ECSR, Conclusions 2003, vol. 2, Sweden, 655. Нав. према: Nico Moons, *The Right to Housing in Law and Society*, Routledge Research in Human Rights Law, Routledge, New York – London, 2018, 108.

„трауматично искуство које повлачи измештање појединца из његове социјалне средине,“[53] доводећи у питање његов даљи опстанак и нормално функционисање, нарочито ако исељено лице буде препуштено „само себи“. Због тога је подршка државе у превазилажењу овог проблема од кључног значаја.

Узроци исељења могу проистицати из сфере јавног, али и из сфере приватног права. У најчешће разлоге исељења становништва у општем интересу спадају: исељавање становништава са подручја захваћених ратом; уклањање небезбедних објекта; спровођење поступка експропријације ради изградње објеката од јавног интереса; због неизмирених пореских обавеза и др. Разлози приватноправне природе који узрокују исељење се најчешће везују за потребу за заштитом права својине и намирење доспелог потраживања из вредности објекта у коме се станује, с тим да се у неким земљама прописује минималан износ потраживања испод којег није дозвољено спровођење извршења на непокретности.[54] Чест разлог исељења, који истовремено тангира и општи и приватни интерес, тиче се спречавања насиља у породици. У сваком случају, узрок исељења не сме бити заснован на било ком облику дискриминације.[55]

У наставку рада биће изложена решења у вези са правом на стамбени смештај и заштитом права на дом у појединим европским земљама. Због ограничености простора, нису изложене све појединости сваког од анализираних система, него су издвојени само примери добре праксе.

5.3. Право на гарантовање услова за заснивање дома и право на заштиту дома у Француској

Француску стамбену политику одликује велика понуда тзв. социјалних станова, те дотирање дела закупнине социјално угроженим припадницима становништва.[56] С друге стране, у Француској постоје мере које су намењене

---

[53] Marc Uhry, „Evictions in France“ у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 112.

[54] Најновијим изменама Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 51/2020*,* које су почеле да се примењују 1. јануара 2020. године, у чл. 394 ст. 2 прописано је да се „не може одредити извршење продајом једине непокретности у власништву извршног дужника физичког лица ради намирења потраживања чија главница не прелази износ од 5.000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења предлога за извршење“.

[55] Jessie Hohmann, *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Oxford, Hart Publishing Limited, 2013, 22.

[56] M. Uhry, *op. cit*, 96, 104, 105. Сматра се да превелико оптерећење буџета једног домаћинства трошковима у вези са становањем постоји ако они премашују 40% прихода тог домаћинства.

заштити права на дом, и то како у области кредитне политике[57], тако и у погледу заштите положаја закупаца.[58] Француски кредитни сектор је препознатљив по политици одговорног кредитирања који повлачи одговорност банке у случају неодговорног одобравања кредита. Овакав систем допринео је смањењу броја принудних извршења над хипотекованим непокретностима.[59] Када је реч о закупу, у случају доспећа закупнине предвиђени су процедурални кораци које закуподавац мора да испоштује да би исељење било допуштено. Пре свега, закуподавац је дужан да о намери иницирања поступка исељења обавести надлежне органе. У циљу заштите интереса закупца у свакој од фаза поступка исељења предвиђени су механизми који треба да спрече да до исељења дође[60], односно мере које треба да омогуће обезбеђивање другог одговарајућег смештаја који више одговара материјалним могућностима домаћинства суоченог са ризиком исељења. Уколико ниједан од предвиђених механизама не произведе жељене ефекте, закупцу преостаје могућност да поднесе захтев да му се обезбеди одговарајући смештај. Он, у оправданим случајевима, које цени посебна комисија, повлачи обавезу државе да исељеном лицу и његовој породици обезбеди адекватан смештај (фр. *droit au logement opposable*). Ова обавеза државе установљена је *Законом о увођењу утуживог права на смештај и спровођењу различитих мера социјалне кохезије* из 2007. године.[61]

Пример добре праксе у Француској свакако представља и правна подршка коју је држава дужна да обезбеди особи у поступку исељења. Наиме, ако до тог поступка дође, дужник има право на бесплатну правну помоћ уколико не може сâм да приушти адвоката.[62] Ово је нарочито значајно за

[57] Овој проблематици је посвећен Закон бр. 2013.672 од 26. јула 2013. године намењен јачању заштите корисника хипотекарних кредита.

[58] Овој области посвећен је Закон бр. 89-462 од 6. јула 1989. године о односима закуподаваца и закупаца.

[59] M. Uhry, *op. cit*, 96.

[60] Они се састоје у обављању разговора закупца са социјалним радником ради процене да ли треба упутити захтев за покриће доспелих износа закупнина средствима из Стамбеног фонда солидарности; суспензија исељења коју може да одреди суд у парничном поступку уколико се постигне договор о отплати доспелих износа закупнина на рате у року који не може бити дужи од три године, те консултовањем извршитеља са социјалним радницима о породичним приликама закупца да би се донела одлука о томе да ли да се приступи принудном исељењу. Могућност суспензије исељења на период до две године предвиђена је посебним законом и за кориснике хипотекарних кредита. Нав према: M. Uhry, *op. cit*, 98, 100-104, 109.

[61] *Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion social*. Доношење овог Закона подстакла је одлука Европског комитета за социјална права од 5. децембра 2007. године у случају *Европска федерација националних организација које раде са бескућницима (FEANTSA) v. Француске* вођеном по жалби бр. 39/2006. Више о томе: Kyra Olds, 'The role of courts in making the right to housing a reality throughout Europe: lessons from France and the Netherlands', *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 28, 1/2010, 181-182, 188 и даље.

[62] M. Uhry, *op. cit*, 101.

становнике са нижим степеном образовања који често нису упознати са својим правима.

5.4. Право на гарантовање услова за заснивање дома и право на заштиту дома у Шпанији

У Уставу Шпаније предвиђено је право на уживање пристојног и адекватног смештаја које се не гарантује као субјективно право, него као програмски циљ, тако да се дужници не могу позивати на овај члан да би спречили принудно извршење доспелих дуговања.[63] Иако цитирани члан не даје појединцу основ да од државе захтева смештај, у судској пракси је он ојачан довођењем у везу са другим зајемченим правима и општим правним начелима.[64] Примери из судске праксе у Шпанији говоре о наглашеном „судском активизму“[65] који је имао за последицу напуштање до тада владајућих схватања уговорног права и права својине под изговором да „потреба за заштитом дужника и њихових породица у ситуацији економске осетљивости заврђују „специјална“ решења“.[66] Илустрације ради, првостепени суд у Мадриду наложио је застој поступка исељења закупца са троје малолетне деце позивајући се на права из Конвенције Уједињених нација о правима детета из 1989. године, у вези са низом других права зајемчених Уставом Шпаније као што су право на здравље, образовање, слобода настањивања и др. Овај став касније је потврђен од стране Врховног суда Шпаније.[67]

Криза која је захватила стамбени сектор у Шпанији избила је још 2007. године. Држави је требало неколико година да предузме мере за њено сузбијање.[68] Неке од мера су подразумевале одлагање отплата кредита, смањење каматне стопе као и укидање раније постојеће забране *datio in solutum*. Осим тога уведена је и привремена забрана исељења, основан је Социјални стамбени фонд, те је утврђен износ прихода који је изузет од могућности

---

[63] Вид. чл. 47 Устава. Нав. према: Segio Nasarre-Aznar, Rosa Maria Garcia-Teruel, “Evictions and homelessness in Spain 2010-2017” у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 306, 307.

[64] *Ibid*, 307, са даљим навођењем.

[65] Padraic Kenna, уводни део књиге у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 46.

[66] Sergio Nasarre-Aznar, ““Robinhoodian” courts’ decisions on mortgage law in Spain”, *International Journal of Law in the Built Environment* Vol. 7, 2/2015, 129 и даље.

[67] Одлука првостепеног суда у Мадриду бр. 39 од 6. марта 2013. године. Нав према: P. Kenna, *op. cit*, 46, 47.

[68] S. Nasarre-Aznar, R. M. Garcia-Teruel, *op. cit*, 301.

извршења.[69] У појединим регијама су чак уведене и казне и повећани порези за власнике станова који у њима нису живели, а које нису хтели да издају, као и могућност права прече куповине непокретности у корист јавих ентитета у поступку принудне продаје са циљем повећања понуде социјалних станова.[70]

5.5. Право на гарантовање услова за заснивање дома и право на заштиту дома у Мађарској

Уставом Мађарске из 2011. године право на смештај се не гарантује изричито као субјективно право, али је у чл. 22 садржана програмска одредба сходно којој ће држава настојати да свакоме обезбеди пристојне услове становања.[71] У Мађарској се право својине среће као доминантан правни основ коришћења стамбеног простора. Наиме, чак око 90% становништва живи у својим становима. Четвртина њих својину је стекла узимањем стамбеног кредита са валутним клаузулама.[72] Ту групацију је током 2008. године нарочито погодила економска криза која је резултирала распрострањеном појавом немогућности редовне отплате кредита, што је под утицајем нараслих социјалних тензија условило мере државног интервенционизма. Осим увођења различитих облика финансијске помоћи, Мађарска влада је, у јеку кризе 2012. године, основала Националну компанију за управљање имовином којој је дат мандат да откупљује станове изложене принудној продаји како би се бившим власницима омогућило да наставе да живе у истим објектима као закупци. О доприносу овог националног пројекта очувању права на дом сведочи податак да је током 2016. године Национална компанија откупила око 25.000 непокретности које су биле изложене принудној продаји.[73]

Осим мера на државном нивоу, у појединим мађарским општинама осмишљени су различити модели пружања помоћи становницима суоченим са проблемима подмиривања трошкова становања. Тако, на пример, у Будимпешти постоји програм давања субвенција за превазилажење кризних ситуација. У неким општинама постоје службе којима се грађани могу обратити ради подршке у тражењу алтернативног смештаја који је у складу са њиховим могућностима (најчешће то подразумева пресељење у мањи стан), док поједине локалне самоуправе пружају подршку грађанима у осмишљавању плана отплате дугова на име неплаћених закупнина.[74]

---

[69] *Ibid*, 302.

[70] *Ibid*, 302, 331.

[71] Превод Устава Мађарске на енглеском језику доступан је на: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf 13.1.2020.

[72] N. Teller, E. Somogyi, N. Tosics, *op. cit*, 142.

[73] *Ibid*, 158.

[74] *Ibid*.

5.6. Право на гарантовање услова за заснивање дома и право на заштиту дома у Пољској

Пољска је карактеристична по израженом протекционизму у вези са правом на дом. То се може закључити већ на основу самог Устава, који је редак извор националног права највишег ранга у коме се експлицитно предвиђа заштита закупаца. Наиме, Уставом Пољске у чл. 75 (1) прописана је „обавеза јавних власти да утврђују и спроводе политику усмерену на задовољавање стамбених потреба становништва, а нарочито бескућника, да подстичу изградњу смештајних капацитета за особе са нижим приходима, као и да подржавају мере усмерене на стицање стамбених објеката од стране својих грађана“.[75] У наредном члану Устава, између осталог, установљена је обавеза јавних власти да штите закупце од свих активности које угрожавају њихово здравље, приватност и безбедност.[76]

Ову одредбу Уставни суд је узео као основ за заштиту закупаца од превисоких закупнина. То међутим не значи да закуподавац нема право да потражује закупнину, јер би у супротном његово право својине било обесмишљено.[77] Исти суд је утврдио и да је исељење особа које нису одговорне за немогућност подмиривања својих стамбених потреба и које немају могућност да буду смештене у другом објекту (тзв. *eviction to nowhere*) противуставно, јер се коси са неотуђивим правом на људско достојанство.[78] У таквим ситуацијама, општина на чијој територији живи лице коме прети исељење треба да обезбеди одговарајући смештај. Другим речима, то значи да, за све време док општина не обезбеди алтернативан смештај лицу које треба да буде исељено, поступак исељења не може да се спроведе.[79]

Оваква пракса сведочи о јасном циљу да се спречи останак без „крова над главом“ лица која су се нашла у животним недаћама. Иако је настао са циљем да спречи појаву бескућништва као негацију људског достојанства, овај изражено протекционистички однос према праву на дом условио је

---

[75] Нав. према: W. Borysiak, *op. cit*, 242.

[76] Устав Републике Пољске од 2. априла 1997. године доступан је на енглеском језику: https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm 13.1.2020. Ова уставна одредба је разрађена посебним *Законом о правима закупаца и општинским стамбеним фондовима* који предвиђа заштиту закупаца од неправичних уговорних одредаба, изненадног и неоснованог отказа уговора о закупу, као и од изненадног и прекомерног подизања износа закупнине. Осим у изузетним случајевима, исељење из закупљеног простора може да уследи тек на основу одлуке суда. W. Borysiak*, op. cit*, 239, 245.

[77] Одлука Уставног суда Пољске од 12. јануара 2000, П 11/98 ОТЗ-ЗУ 2000, бр. 1 и Одлука Уставног суда Пољске од 4. априла 2001. године, К 11/00. Нав. према: W. Borysiak, *op. cit*, 243, 244.

[78] Одлука Уставног суда Пољске од 18. октобра 2017. године, К 27/15. Нав према: W. Borysiak, *op. cit*, 239, 242, 260, са даљим навођењем.

[79] *Ibid*, 260.

друге проблеме са којима су се суочили власници станова као закуподавци. Наиме, они су истицали да је оваквим решењем повређено њихово право на мирно уживање имовине, јер, за време док општина не обезбеди адекватан смештај закупцу, закуподавац бива лишен прихода које би иначе остваривао од непокретности.[80] Са тим у вези, Врховни суд Пољске је нашао да, у таквим околностима, постоји одговорност општине која је била дужна да обезбеди алтернативни смештај, и то како за стварну штету тако и за измаклу корист, у складу са општим правилима грађанског права.[81] На тај начин постигнута је равнотежа између сукобљених интереса, о којој је било речи.

5.7. Право на гарантовање услова за заснивање дома и право на заштиту дома у Немачкој

Иако се право на смештај Основним законом (Уставом) Немачке (нем. *Grundgesetz*) не јемчи као субјективно право, у уставима појединих федералних јединица прописана је обавеза покрајина и локалних власти да подрже остваривање права на адекватан смештај.[82] Утврђивање и спровођење стамбене политике у Немачкој је претежним делом поверено покрајинама, с изузетком уског круга питања која и даље спадају у делокруг Федерације.[83]

С обзиром на то да приватни закуп представља доминантан облик задовољавања стамбених потреба, решења немачког права осликавају настојање за постизањем баланса између интереса власника станова, с једне, и интереса закупаца, с друге стране. Управо је та равнотежа кључна за одрживост немачке стамбене политике, али и за очување принципа државе благостања. Интереси закуподаваца штите се прописивањем хитности поступака по тужбама за исељење (нем. *Räumungssachen*) (§ 272 (4) Закон о парничном поступку – нем. *Zivilprozessordnung* – скраћено ЗПП). С друге стране, законодавство води рачуна и о личним приликама дужника који, у случају постојања нарочито отежавајућих околности, може од суда захтевати укидање одлуке о спровођењу извршења, забрану или привремено обустављање извршења пресуде којом је одређено исељење уколико би то било у супротности са добрим обичајима (§ 765a (1) ЗПП).[84] У те нарочито отежавајуће околности би, примера ради, спадале тешка болест или постојање озбиљног ризика,

[80] *Ibid*, 261.

[81] Одлука Врховног суда Пољске од 21. јануара 2011. године, III CZP 116/10 и III CZP 120/10. Нав. према: *Ibid*.

[82] Christoph U Schmid, Sofija Nikolic, "Evicitons in Germany" у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton 2018, 116.

[83] Реч је о питањима контролисања висине закупнина и њиховог субвенционисања, те заштита закупаца у приватном сектору. *Ibid*, 113, 114.

[84] *Ibid*, 115.

констатованог од стране лекара одговарајуће струке, да ће дужник услед исељења извршити самоубиство.[85] Ако је исељење оправдано, суд на захтев дужника или по службеној дужности, спрам околности случаја, може дужнику одобрити рок за исељење (нем. *Räumungsfrist*), али не дуже од годину дана (§ 721 ЗПП).[86] Циљ одобравања дужег рока за добровољно исељење је да се закупцу дâ могућност да обезбеди други одговарајући смештај.

Ако, упркос свим описаним механизмима, до исељења ипак дође, постоји обавезе локалних заједница да исељеним лицима обезбеде привремени и адекватан смештај.[87] У случају да такав смештај није могуће обезбедити, право закупа се претвара у право становања у складу са правилима јавног права и тада надлежна локална заједница на себе преузима трошкове у вези са становањем укључујући и износ закупнине. С обзиром да овај вид обезбеђивања права на смештај подразумева значајне издатке за буџет локалне заједнице, њему се ретко прибегава. У сваком случају, извршитељ је дужан да о спровођењу поступка исељења благовремено обавести надлежна тела која се брину о обезбеђивању привременог смештаја за исељена лица.[88]

6. ПРАВНА ПОЛИТИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У ВЕЗИ СА ПРАВОМ НА ДОМ

Устав Републике Србије[89] не садржи експлицитну одредбу програмског карактера којом се прокламује настојање државе да допринесе задовољавању стамбених потреба становништва. Међутим, највиши правни акт садржи једну општију одредбу под коју се може подвести и право на помоћ у задовољавању стамбених потреба. Реч је о одредби чл. 69 која носи назив *Социјална заштита*. Она прописује да „грађани и породице којима је неопходна друштвена помоћ ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољавање основних животних потреба, имају право на социјалну заштиту, чије се пружање заснива на начелима социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства“.

Облици, корисници, услови за пружање и поступак за додељивање стамбене подршке у Србији уређени су Законом о становању и одржавању зграда. Различити облици стамбене подршке,[90] под условима прописаним

[85] *Ibid*, 118 f. и 136-139 са даљим упућивањима.
[86] *Ibid*, 117 f, 122.
[87] *Ibid*, 119.
[88] *Ibid*, 115 f, 118, 122.
[89] *Службени гласник РС,* бр. 98/2006.
[90] Нпр: закуп стана по условима непрофитног закупа; субвенционисање закупнине, тј. стамбеног додатка; додела стана или породичне куће; унапређење услова становања;

овим Законом, обезбеђују се „лицима која из социјалних, економских и других разлога не могу сопственим средствима да реше стамбену потребу по тржишним условима“ (чл. 88), под условом да су држављани Републике Србије (чл. 89, ст. 1).[91]

С друге стране, у Србији се штити и право на дом и то како појединим законским решењима, тако и у судској пракси. Примера ради, правилима о државинској заштити посредно се штите држаоци непокретности од случајева принудног сметања или одузимања државине, без претходног вођења одговарајућег судског поступка за исељење.[92] Право на дом детета штити се чл. 194 Породичног закона, који уређује услове под којима дете и родитељ који врши родитељско право могу да станују у стану чији је власник други родитељ, ако дете и родитељ који се стара о њему немају право својине на усељивом стану.[93] Посредно се, право на дом штити прописивањем минималног износа потраживања ради чијег се намирења не може одредити извршење продајом једине непокретности у власништву извршног дужника.[94] Право на дом титулара одређених права која представљају правни основ за коришћење непокретности посредно се штити и одредбом из чл. 195, ст. 3 Закона о извршењу и обезбеђењу (даље: ЗИО) која прописује да „не могу бити принудно исељени имаоци личних службености које се не гасе продајом непокретности, закупци чији уговор о закупу не престаје продајом непокретности и закупци стана на неодређено време који су стекли закуп на основу закона којим се уређује становање“. У поступку исељења води се рачуна и о интересима малолетника и лица којима је неопходно обезбедити нужни смештај прописивањем обавезе јавног извршитеља да најкасније 8 дана пре приступања извршењу о томе обавести орган старатељства (чл. 355, ст. 3 ЗИО).

помоћ за озакоњење стана или породичне куће и стамбено збрињавање. У вези са становима, односно породичним кућама које су стечене под непрофитним условима или доделом, Закон предвиђа посебно ограничење права својине на тај начин што уводи привремену забрану отуђења непокретности пре истека прописаних рокова, која се у виду забележбе уписује у катастар непокретности (чл. 100). С обзиром на то да се, до истека законом прописаних рокова, стиче непреносиво право својине, реч је о примеру добара мртве руке.

[91] Вид. Мирослав Лазић, Ивана Симоновић, „Принципи социјалног становања и корисници стамбене подршке“, *Правна ријеч – Часопис за теорију и праксу* 55/2018, 99-117.

[92] Вид. чл. 448-454 Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС,* бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014, 87/2018. О томе да државинска заштита не пружа увек очекиване резултате сведочи научна критика Миодрага Орлића, „Право као пут ка правди – Студија о два суђења о једном животном догађају“, *Правна ријеч – Часопис за теорију и праксу* 55/2018, 35-63.

[93] *Службени гласник РС,* бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015. О праву становања у складу са одредбама Породичног закона и у упоредном праву вид. у: Гордана Ковачек-Станић, *Породично право – партнерско, дечје и старатељско*, Нови Сад 2014, 143-149.

[94] Вид. фусноту 54.

Заштити права на дом нарочито рањивих категорија становника присутна је и у домаћој судској пракси. Заједничко за све случајеве у којима се признаје право на дом је то да се судови у његовом утемељењу позивају на чл. 8 ЕКЉП.[95] Судска пракса у вези са правом на дом изграђена је у поступцима по тужбама за исељење у којима се као активно легитимисано лице јавља власник непокретности, а као пасивно легитимисано лице – држалац непокретности.

Оваква судска пракса је добрим делом условљена правним наслеђем из периода социјалистичког уређења. Један од реликата тог времена је и институт станарског права, који је касније трансформисан у заштићени закуп.[96] Под претпоставком испуњености одређених услова,[97] станарско право (заштићени закуп) представља основ за одбијање тужбеног захтева власника непокретности за исељење њеног држаоца. Осим случајева у којима је заштита права на дом условљена правним наслеђем, у пракси су присутни и случајеви у којима се штити право на дом појединих лица за које суд, водећи рачуна о њиховим личним приликама, процени да не би била у могућности да обезбеде алтернативни смештај у случају исељења. У неколико анализираних случајева судови су се чак, у образложењима својих одлука, као основ за одбијање захтева за исељење позвали на одржајем стечену личну службеност становања (*habitatio*) од стране туженог.[98]

У досадашњој пракси, судови су водили рачуна о следећим околностима: да ли је постојао правни основ за усељење у одређену непокретност;[99] дужина становања у конкретној непокретности (на основу чега се утврђује

[95] Штавише, у неколико спорова приметно је коришћење идентичних формулација које се срећу у пракси ЕСЉП, попут оних које упућују на то да је за признавање права на дом кључно постојање чврстих и трајних, фактичких веза одређеног лица са конкретним простором за живот, без обзира на (не)постојање одговарајућег правног основа да се тај простор користи. Вид. Решење Врховног касационог суда Рев 429/17 од 22.03.2018. године, пресуда Апелационог суда у Београду Гж 960/16 од 01.07.2016. године и пресуда Првог основног суда у Београду П бр. 43448/13 од 02.11.2015. године.

[96] О историјској условљености, појму, садржини и трансформацији станарског права у заштићени закуп вид. Миодраг Орлић у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд 2014, 302-315; Врховни касациони суд, Прев 336/2017 од 25.01.2018. године.

[97] Они се, између осталог, тичу питања да ли је држалац стана био члан породичног домаћинства носиоца станарског права на стану у својини грађана и да ли је то лице рођено до или након 29. јула 1973. године, када је ступио на снагу Закон о стамбеним односима (чл. 80, ст. 1), *Сл. гласник СРС* бр. 29/73. Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. бр. 660/05 од 13. 4. 2005.

[98] Реч је о ситуацијама у којима је одређено лице живело у неком простору више од две деценије и без сметње фактички остваривало садржину овог права. Вид: Пресуду Апелационог суда у Београду Гж-6764/2013 од 23. октобра 2013. године.

[99] Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, пословни број Гж. 2307/16 од 05.07.2016. године; ревизија одбијена пресудом Врховног касационог суда, пословни број Рев. 1847/16 од 29.11.2017. године.

постојање трајне и чврсте везе са њом);[100] да ли лице чије се исељење захтева има у својини другу непокретност и да ли на други начин може да реши своје стамбено питање или би оно, у случају исељења, постало бескућник; о животној доби особе којој прети исељење; приходима које држалац непокретности остварује и са тим у вези да ли би исељење конкретно лице довело у тешкоће у подмиривању егзистенцијалних потреба; да ли би исељењем било угрожено право на дом већег броја лица;[101] да ли је постојало противљење тужиоца да тужени живи у стану до момента подношења тужбе;[102] здравствене прилике туженог и, коначно, да ли је стан у приватној или јавној својини.[103] Истовремено судови воде рачуна и о томе да ли би признавањем права на дом било ускраћено идентично право власника спорне непокретности, односно да ли тужилац има у власништву другу непокретност, па чак и колике је квадратуре непокретност из које се захтева исељење, јер се на основу тога процењује да ли је штета коју ће власник трпети услед одбијања тужбеног захтева за исељење занемарива у поређењу са користима које ће остварити лице које остаје да живи у непокретности.[104] Одмеравањем свих ових интереса, суд треба да закључи да ли је исељење туженог нужно у демократском друштву и да ли је оно сразмерно циљу који је иманентан члану 8 ЕКЉП.[105]

---

[100] Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 1838/10 од 17. фебруара 2010. године.

[101] Врховни касациони суд, Прев 336/2017 од 25.01.2018. године; Решење Апелационог суда у Београду Гж. 6256/16 од 20. јула 2016. године – пресуда Првог основног суда у Београду П. бр. 3298/14.

[102] Пресуда Апелационог суда у Београду Гж-6764/2013 од 23. октобра 2013. године.

[103] Пресуда Апелационог суда у Београду Гж.бр.4466/16 од 22. јуна 2016. године.

[104] Врховни касациони суд, Прев 336/2017 од 25.01.2018. године; Пресуда Апелационог суда у Београду Гж.бр.4466/16 од 22. јуна 2016. године.

[105] Као што је већ наглашено, одбијање тужбе власника за исељење држаоца непокретности са позивом на држаочево право на дом, не имплицира губитак могућности власник да црпи цивилне плодове из своје непокретности. То значи да власник стана у (приватној) својини, након одбијања тужбе за исељење, у случају да изостане исплата закупнине као накнаде за коришћење његове непокретности, може да поднесе тужбу ради исплате. У случају да држалац нема средстава за покриће износа закупнине, ту обавезу би, у жељи да спречи његово исељење, требало да преузме држава, односно општина на чијој територији то лице живи. Терет социјалног збрињавања рањивих категорија становништва не би смео да се прелије са државе на власнике станова и кућа у приватној својини, јер би то значило потпуно напуштање класичног концепта права својине који доминира у капиталистичким земљама. Другим речима, у случајевима ограничења права својине ради заштите права на дом држалаца непокретности, њиховим власницима се морају обезбедити користи које би биле упоредиве са онима које би власници црпели из свог права својине да оно није ограничено. Уколико држава на себе не би преузела ову обавезу, исељење држаоца стана би, након спровођења одговарајућег поступка, морало да уследи, а исељено лице би држава требало да збрине на други одговарајући начин. Ове случајеве не треба мешати са ситуацијама у којима се право својине власника непокретности ограничава правом становања (*habitatio*) у корист његовог детета у складу са чл. 194 Породичног закона. Наиме, реч је о ситуацији у којој између власника непокретности и лица у чијем се интересу ограничава

7. ЗАКЉУЧАК

Истраживања указују на то да у пракси међународних и националних судова има све више случајева у којима се титуларима права својине ограничавају или ускраћују одређена овлашћења да би други појединци или породице могли да користе њихове непокретности као свој *дом*. Та проблематика није на адекватан начин уређена ни на међународном плану ни у националним оквирима. Осим бројних празнина, постоје терминолошке недоследности и појмовне недорečености које изазивају правну неизвесност и правну несигурност. Судови се колоквијално и поједностављено позивају на право на *дом* које под тим називом није нормирано ни у једном међународном извору. На основу системске анализе се може закључити да постоје три права која се односе на дом: 1. *право на адекватне услове за заснивање дома*; 2. *право на поштовање дома* и, 3. *право на очување дома*. Објект тих права није дефинисан. Недостатак дефиниције, па и шире прихваћеног појмовног одређења, последица је различитог поимања дома у различитим временским и просторним оквирима. Он је раније схватан као заједница људи и добара. Сем материјалне, имао је и наглашену духовну димензију, која је у савременом свету почела да нестаје. Међутим, када одлучује о захтеву да се право својине ограничи да би се очувао дом, суд треба да утврди да ли постоји адекватна духовна повезаност корисника са простором, која његовим потребама даје предност у односу на интересе власника који су искључиво материјалне природе. Ако одлучи да ограничи право својине, суд треба да одреди на који начин ће власнику бити обезбеђена накнада. По правилу, тај терет треба да сноси лице које наставља да користи простор, а ако то није могуће, требало би да средства обезбеди држава из фондова за финансирање социјалних програма, на шта је начелно обавезују ратификоване међународне конвенције.

На такав закључак упућују и примери добре праксе више европских земаља. Уочљива је наклоњеност судске праксе праву на дом, и то нарочито онда када су у питању рањиве категорије становништва. Право на очување дома се штити и у Србији, мада у Уставу не постоји посебна одредба којом се то право јемчи. Судови се у таквим околностима позивају на уставне норме које се односе на друга људска права или непосредно примењују чл. 8 ЕКЉП. Судска пракса у вези са правом на дом изграђена је у поступцима по тужбама за исељење у којима се као активно легитимисано лице јавља власник непокретности, а као пасивно легитимисано лице – држалац непокретности. Оваква судска пракса је добрим делом условљена правним наслеђем

право својине постоје однос личне природе који имплицира да родитељ који има у својини непокретност треба да дâ свој допринос задовољавању стамбених потреба свог детета.

из периода социјалистичког уређења – тј. станарским правом које је касније трансформисано у заштићени закуп. Осим тога, у пракси су присутни и случајеви у којима се штити право на дом појединих лица за које суд, водећи рачуна о њиховим личним приликама, процени да не би била у могућности да обезбеде алтернативни смештај у случају исељења. Када одмеравају сукобљене интересе власника непокретности с једне, и држаоца непокрентости с друге стране, судови воде рачуна о томе да ли би признавањем права на дом било ускраћено идентично право власника спорне непокретности. Одмеравањем бројних интереса, суд треба да закључи да ли је исељење туженог нужно у демократском друштву и да ли је оно сразмерно циљу који је иманентан члану 8 ЕКЉП.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Књиге, чланци и уџбеници

Allen Tom, "Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 59, 4/2010.

Borysiak Witold, „Evictions in Poland", у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Davis Alex, *Coming Home Again: Johannes Hofer, Edmund Spenser, and Predmodern Nostalgia*, Parergon 2/2016 (издавач: Australian and New Zealand Association of Medieval and Early Modern Studies).

Кадлец Карло, *Првобитно словенско право пре X века*, (превео и допунио Феодор Тарановски), издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1924.

Kenna Padraic, "Introduction", у Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Ковачек-Станић Гордана, *Породично право – партнерско, дечје и старатељско*, Нови Сад 2014.

Krause Catarina, "The right to property", у: Eide Asbjørn, Catarina Krause, Allan Rosas, (Eds.): *Economic, Social and Cultural Rights, A Textbook, second revised edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 2001.

Лазић Мирослав, Симоновић Ивана, „Принципи социјалног становања и корисници стамбене подршке", *Правна ријеч – Часопис за теорију и праксу* 55/2018, 99-117.

Moons Nico, *The Right to Housing in Law and Society*, Routledge Research in Human Rights Law, Routledge, New York – London, 2018.

Nasarre-Aznar Segio, Maria Garcia-Teruel Rosa, "Evictions and homelessness in Spain 2010-2017", у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Nasarre-Aznar Sergio, ""Robinhoodian" courts' decisions on mortgage law in Spain", *International Journal of Law in the Built Environment* Vol. 7, 2/2015, 127 – 147.

Недељковић Бранислав, *Историја баштинске својине у новој Србији од краја XVIII века до 1931*, Београд, 1936.

Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, XV измењено и допуњено издање, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2019.

Николић Душан, „Подела наука и њихова међусобна условљеност", Зборник радова са научног скупа *Наука – стање, стратегија, перспективе*, одржаног 5. и 6.06.2015. у Београду, у организацији Српске академије наука и уметности, Београд, 2016.

Николић Душан, „Апсолутност својине у француском праву", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 4/2014, 85-101.

Николић Душан, „Ка новој великој синтези знања", у књизи *Трајање*, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад 2010.

Nikolić Dušan, *Građanskopravna sankcija – Geneza, evolucija i savremeni pojam*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 1995.

Olds Kyra, "'The role of courts in making the right to housing a reality throughout Europe: lessons from France and the Netherlands'", *Wisconsin International Law Journal* Vol. 28, 1/2010.

Орлић Миодраг, „Право као пут ка правди – студија о два суђења о једном животном догађају", *Правна ријеч – Часопис за теорију и праксу* 55/2018, 35-63.

Перић Живојин, *Категорије породица и породичних задруга у Српском праву,* Архив за правне и друштвене науке, књига XXXII/1936.

Речник српскога језика, измењено и поправљено издање, Матица српска, Нови Сад, 2011.

Saller P. Richard, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge University Press, 1996.

Saller P. Richard, *Familia, Domus, and the Roman Conception of the Family*, Phoenix (published by Classical Association of Canada), 4/1984.

Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд 2014.

Sarigiannidis Miltiadis, Pervou Ioanna, "Adequate housing: seeking justiciability through the right to property", *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies* Vol. 1, 1/2013.

Sumner Maine Sir Henry, *Ancient Law – Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, Sixteenth edition, London, 1897.

Teller Nóra, Somogyi Eszter, Tosics Nóra, „Social context, evictions and prevention measures in Hungary", у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Uhry Marc, "Evictions in France", у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Fox O'Mahony Lorna, *Conceptualising Home – Theories, Laws and Policies*, Hart Publishing, Oxford 2007.
Hollander John, *It All Depends*, у: *Home – A place in the World* (Ed. Arien Mack), New York Univeristy Pres, New York – London, 1993.
Hohmann Jessie, *The Right to Housing: Law, Concepts, Possibilities*, Hart Publishing Limited, Oxford, 2013.
Schmid U Christoph, Nikolic Sofija, "Evicitons in Germany", у: Padraic Kenna et.al. (ed.), *Loss of Homes and Evictions across Europe – A Comparative Legal and Policy Examination*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2018.

Правни извори

Универзална декларација Уједињених нација о људским правима.
Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010, 10/2015.
Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, 7/1971.
Закон о ратификацији међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 7/71.
Закона о потврђивању Ревидиране Европске социјалне повеље, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 42/09.
Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/2006.
Закона о становању и одржавању зграда, *Службени гласник РС,* бр. 104/2016.
Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС,* бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 51/2020.
Закон о стамбеним односима, *Сл. гласник СРС* бр. 29/73.
Породични закон, *Службени гласник РС,* бр. 18/2005, 72/2011, 6/2015.

Судска пракса

Европски суд за људска права

Akdivar and Others v. Turkey, представка бр. 21893/93, пресуда од 16. септембра 1996.
Prokopovich v. Russia, представка бр. 58255/00, пресуда од 18. новембра 2004. године.
Menteş and Others v.Turkey, представке бр. 23186/94, пресуда од 28. новембра 1997.
Buckley v. the United Kingdom, представка бр. 20348/92, пресуда од 29. септембра 1996.
McCann v. the United Kingdom, представка бр. 19009/04, пресуда од 13. маја 2008.
Gillow v. the United Kingdom, представка бр. 9063/80, пресуда од 24. новембра 1986.

Европски комитет за социјална права

European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. France, жалба бр. 39/2006. године, одлука усвојена 5. децембра 2007. године.

Судска пракса домаћих судова

Пресуда Врховног касационог суда, Прев 336/2017 од 25.01.2018. године.
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 660/05 од 13. 4. 2005.
Решење Општинског суда у Нишу И. бр. 419/08 од 24.01.2008. године и Решење Окружног суда у Нишу Гж. бр. 1067/08 од 13.3.2008. године.
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж-6764/2013 од 23. октобра 2013. године.
Решење Врховног касационог суда Рев 429/17 од 22.03.2018. године, пресуда Апелационог суда у Београду Гж 960/16 од 01.07.2016. године и пресуда Првог основног суда у Београду П бр. 43448/13 од 02.11.2015. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж. 2307/16 од 05.07.2016. године; ревизија одбијена пресудом Врховног касационог суда, пословни број Рев. 1847/16 од 29.11.2017. године.
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 1838/10 од 17. фебруара 2010. године.
Решење Апелационог суда у Београду Гж. 6256/16 од 20. јула 2016. године – пресуда Првог основног суда у Београду П. бр. 3298/14.
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж. бр. 4466/16 од 22. јуна 2016. године.

Интернет странице

https://www.merriam-webster.com/dictionary/housing 19.10.2019.
https://www.merriam-webster.com/dictionary/shelter 19.10.2019.
UN Statistic Division – *Demographic and social statistics – Housing*:
https://unstats.un.org/unsd/demographic-social/sconcerns/housing/ 19.10.2019.
Светски економски форум. https://www.weforum.org/agenda/2019/08/billion-slum-dwellers-at-risk/ 19.10.2019.
Blacks' Law Dictionary, Second Edition, https://dictionary.thelaw.com/domus/ 11.01.2020.
Fife Steven, *The Roman Domus*, Ancient history Enciclopaedia, https://www.ancient.eu/article/77/the-roman-domus/. 11.01.2020.
Oxford Reference – Edward Coke, https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780191866692.001.0001/q-oro-ed6-00003117 12.01.2020.
https://www.investopedia.com/terms/h/home.asp 11.01.2020.
Craven David, Morelli Nicola, *Logical Spaces for Urban Nomads*, ResearchGate
file:///C:/Users/dusan.nikolic/Downloads/LOGICAL_SPACES_FOR_URBAN_NOMADS%20(1).pdf 15.01.2020.
Устав Мађарске на енглеском језику доступан је на: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf 13.1.2020.
Устав Републике Пољске од 2. априла 1997. године доступан је на енглеском језику: https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm 13.1.2020.

Dušan Ž. Nikolić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
s.midorovic@pf.uns.ac.rs

Limitation of the Ownership Right by the Right to Home (Notions and Legal Policy)

***Abstract**: In international and national jurisprudence it can be noticed that, under certain circumstances, courts are prone to limit some of the owners' entitlements with regard to their immovable property so as to enable the use of such property by other persons or families as their home. This trend is due to the growing population on the planet, a drastic social stratification, mass migration and etc., on the one hand, and efforts to mitigate problems and growing tensions in society by pursuing appropriate social and legal policies, on the other hand. There are legal loopholes in this area that courts tend to eliminate by extensively interpreting international conventions, sometimes even referring to something that is not stipulated therein. For instance, courts colloquially and in a simplified manner speak of limitations of the ownership right by the right to home. Systematic analysis of the relevant international documents, nevertheless, reveals that this subject matter is indeed covered by three rights: 1. the right to adequate conditions for establishing home; 2. right to respect home and 3. right to protect home. Even though they are neither exhaustively enumerated as such in intentional documents, nor terminologically determined, they make a logical sequence that undoubtedly emanate from the human rights catalogue and court decisions that have been rendered in past seventy years. In the jurisprudence of the European Court of Human Rights and national courts, ownership right has been mainly constrained so as to enable an uninhibited life in the space considered home and so as to prevent eviction from that space. In such circumstances, the court shall give the preference to one of the two fundamental rights: the ownership right or the right to home. This is achieved through the so-called balancing of interests. In order for the outcome of such balancing to be as fair as possible, it is primarily necessary to determine whether a particular space can be considered home. In this respect there often exist certain dilemmas. They are the consequence of the absence of a*

precise definition, or even of a more widely accepted terminological determination of the notion home. In this paper, this phenomenon is discussed in detail in a broader historical and comparative context. The analysis has revealed that in Europe from ancient times to the end of XVIII century, home was considered a community of persons and goods (univesitas rerum et personarum), and that it consisted of two components: tangible (referring to the space and things) and intangible, spiritual (referring to the connections between community members and their emotional connection to the space). The emergence of liberal ideology, associated with materialism and an individualised concept of law, influenced the change in its perception. In the modern world, and especially in the field of economy, home has been reduced to the living space. Nevertheless, when considering the request to limit the ownership right so as to preserve home, the court shall establish if there are spiritual attachments of the user to the specific living space that justify preferring his/her needs over material interests of the owner. Eventually, provided that the court decides to limit the ownership right, it shall determine how the owner will be compensated for the use of his/her space. As a rule, that burden shall be borne by the person who continues using that space. If, however, that turns out to be impossible, financial means for the use of living space shall be secured by the state from the funds aimed at financing social programs. By way of ratified international conventions, the state is, in general, obliged to do that. Besides, the article also gives an overview of the examples of active legal policies and examples of good practice in comparative law. The legal policy of the Republic of Serbia and its court practice in this respect are also examined.

Keywords*: ownership right, home, right to establish home, right to respect home, right to protect home.*

Датум пријема рада: 21.1.2020.

Прегледни чланак 504.5:662.6/.7]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns54-26659

Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Др Бојан Н. Тубић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ ЗАГАЂЕЊА ВАЗДУХА У УРБАНИМ СРЕДИНАМА НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

***Сажетак*:** *Загађење ваздуха у урбаним срединама тренутно представља један од најизраженијих ризика по животну средину и здравље људи. Систем контроле концентрације одређених загађивача у ваздуху у урбаним срединама има вишеструки значај, а нарочито у смислу утицаја загађења ваздуха на понашање људи, па и пораст стопе криминалитета. Прописи на нивоу Европске уније постављају пред државе чланице захтев да прате и држе под контролом концентрацију одређених загађивача у ваздуху, нарочито у урбаним срединама. Међутим, и поред тога што постоји правни оквир за контролу концентрације загађивача ваздуха, подаци показују да већи број држава чланица не успева да задовољи стандарде квалитета ваздуха, а time ни да заштити здравље становништва. У овом раду су представљени поједини стандарди квалитета ваздуха у урбаним срединама на*

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Биосенсинг технологије и глобални систем за континуирана истраживања и интегрисано управљање екосистемима“ (бр. пројекта – 43002) u 2019. години. Средства за реализацију овог пројекта обезбедило је Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

нивоу Европске уније и кроз неколико примера анализирана је контрола примене тих стандарда.

Кључне речи*: *заштита животне средине, загађење ваздуха, Европска унија.

1. УВОД

Загађење ваздуха несумњиво утиче на животну средину, а посебно на здравље људи. Најпознатија дефиниција здравља дата је у Статуту Светске здравствене организације (СЗО) из 1948. године и она гласи: *Здравље је стање потпуног физичког, менталног и социјалног благостања, а не само одсуство болести.*[1] Опште је познато да загађење ваздуха представља један од најизраженијих здравствених проблема, што је доказано у бројним истраживањима, где се као здравствене последице најчешће јављају респираторне инфекције, срчане болести, мождани удари и др. Тако у Европској унији загађење ваздуха представља узрок 400.000 прераних смрти годишње,[2] а сваки становник града изложен је загађењу ваздуха које далеко превазилази дозвољене нивое загађења (који не штете његовом здрављу у драстичној мери).[3]

Осим што квалитет ваздуха несумњиво утиче на физичко здравље људи,[4] одређена истраживања указују на то да постоје два правца деловања повећане концентрације загађивача у ваздуху на понашање људи.[5] Наиме, загађење ваздуха директно утиче на централни нервни систем (физиолошко деловање) и изазива нелагодност која сама по себи води у антисоцијално

---

[1] Љ. Благојевић, Животна средина и здравље, Ниш 2012, 41.

[2] P. Effer, „EU sends Spain to court in latest air pollution case“, 25.7.2019, https://euobserver.com/environment/145538

[3] J. Ekblom, „Air pollution caused 400,000 premature European deaths in 2016: EU agency“, 16.10.2019, https://www.reuters.com/article/us-eu-pollution/air-pollution-caused-400000-premature-european-deaths-in-2016-eu-agency-idUSKBN1WV0V5

[4] Наиме, још 1970-их година је уклоњено олово из бензина у САД као одговор на забринутост да би емисије у возилима могле да допринесу проблемима у понашању, потешкоћама у учењу и смањењу интелигенције код деце. Изложеност деце олову показало се да доводи до повећања импулсивности и агресивности, а утиче и на интелигенцију.

[5] Многа криминолошка истраживања су показала утицај временских прилика на понашање људи, у смислу криминалног понашања. Тако је доказано да, на пример, пораст температуре утиче на раст стопе криминалитета са елементима насиља и имовинског криминалитета (*Ranson* (2014); *Cohen & Gonzalez* (2018)), а вршена су и истраживања о утицају климе на конфликтно понашање (*Burke* и сарадници (2015). Вид. M.Bondy, S. Roth, L.Sager, *Crime is in the Air: The Contemporaneous Relationship between Air Pollution and Crime*, 2018, 4, http://ftp.iza.org/dp11492.pdf.

понашање (психолошко деловање).[6] Значај обезбеђења квалитета ваздуха у урбаним срединама може се показати и на примеру утицаја загађеног ваздуха на пораст стопе криминалитета. Многа криминолошка истраживања су показала утицај загађења ваздуха на криминално понашање људи.[7] Једно од првих истраживања која су обухватала и утицај загађења ваздуха су вршена још 80-их година прошлог века (*Rotton & Frey* (1985).[8] Новија истраживања овог типа су спроведена у Великој Британији[9] и у САД.[10] Ова истраживања не доказују експлицитно да је лош квалитет ваздуха узрок повећања стопе криминалитета,[11] али су несумњиво значајна да би се указало на још један начин како лош квалитет ваздуха уништава животе људи и друштво,[12] осим већ доказаних штетних утицаја квалитета ваздуха на продуктивност на радном месту (*Zivin & Neidell* (2012)) или акумулацију људског капитала (*Lavy et.al*. (2014)[13]).[14]

---

[6] E.Herrnstadt, Erich Muehlegger, Air Pollution and Criminal Activity: Evidence from Chicago Microdata, 2015, 4, https://www.nber.org/papers/w21787.pdf.

[7] Једна студија је показала да виши ниво загађености ваздуха утиче на пораст делинквентног понашања малолетника у градским срединама. Вид. Air pollution increases crime in cities – here's how, https://theconversation.com/air-pollution-increases-crime-in-cities-heres-how-95975.

[8] E.Herrnstadt, E.Muehlegger, op.cit., 4.

[9] Више о томе, вид. M. Bondy, S. Roth, L. Sager, op.cit., 2.

[10] Више о томе, вид. M.Hogenboom, How air pollution is doing more than killing us, April 2019, https://www.bbc.com/future/article/20190415-how-air-pollution-is-doing-more-than-killing-us; E. Herrnstadt, E. Muehlegger, Air Pollution and Criminal Activity: Evidence from Chicago Microdata, December 2015, https://www.nber.org/papers/w21787.pdf.

[11] Оно што је важно напоменути је то да се приликом истраживања ове врсте истиче да се морају узети у обзир и неки други параметри који утичу на понашање људи као што су: топлотни таласи, падавине и друго. https://www.sciencedaily.com/releases/2019/10/191003114007.htm.

[12] Y. Funes, Air Pollution May Affect Crime, But the Problem Goes Deeper Than That, May 2019, https://earther.gizmodo.com/air-pollution-may-affect-crime-but-the-problem-goes-de-1839781306.

[13] A.Heyes, S.Saberian, Air Pollution Causes Violent Crime, December 2015, Department of Economics Faculty of Social Sciences University of Ottawa, p.19, https://socialsciences.uottawa.ca/science-economique/sites/sciencessociales.uottawa.ca.science-economique/files/1514e.pdf .

[14] Иако је пораст стопе криминалитета евидентан услед загађења ваздуха, на основу економских анализа се истиче да побољшање квалитета ваздуха може утицати и на смањење трошкова државе у вези са борбом против криминалитета. Чињенице које указују на везу квалитета ваздуха и стопе криминалитета, уколико се даљим истраживањима несумњиво потврде, могу да пруже основ за потенцијалну могућност предикције ефикасне и ефективне алокације ресурса (нпр. полиције), јер ће се у складу са резултатима квалитета ваздуха моћи извршити предикција локалитета у којима се очекује пораст криминалитета, уз евентуалну могућност чак и предикције врсте криминалитета. Осим тога, уколико будућа истраживања буду несумњиво доказала ову везу, једна од последица ће бити и да се у кривичним поступцима степен загађења ваздуха може узети у обзир као олакшавајућа околност приликом одмеравања казне. Вид. M.Bondy, S.Roth, L.Sager, op.cit., p.3.

Пред државама је данас све већи притисак грађана да се делује у правцу смањења загађења ваздуха у урбаним срединама и отклањања дугорочних штетних ефеката по јавно здравље и друштво уопште. [15]Да би се створио оквир деловања у правцу смањења загађења ваздуха и спречавања наведених штетних последица на животну средину и здравље људи, на нивоу Европске уније 2005. је усвојена Тематска стратегија о загађивању ваздуха.[16] Као кључни стратешки документ, она дефинише циљеве за смањивање концентрација загађујућих материја и наглашава значај правног уређења у борби против загађења, кроз унапређење законодавства у области животне средине и интеграцију питања квалитета ваздуха у релевантне политике. Најзначајнији резултат Стратегије је усвајање Директиве о квалитету амбијенталног ваздуха и чистијем ваздуху за Европу 2008. године. [17]

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ РЕГУЛАТИВЕ ЕУ О ЗАШТИТИ ВАЗДУХА ОД ЗАГАЂИВАЊА

Питање загађивања ваздуха је у фокусу политике ЕУ о животној средини од 70-их година прошлог века због чега је донет низ директива које постављају циљане вредности и ограничења у погледу квалитета ваздуха. Оне су успоставиле и контролу емисија штетних супстанци у атмосферу, и интегрисале захтеве заштите животне средине у области транспорта и енергетике.[18] Директиве су обавезујући правни акти у ЕУ али нису директно примењиве и морају да буду транспоноване у национално право.

Значајан допринос заштити ваздуха од загађивања дала је и Директива ЕУ о квалитету горива,[19] која је поставила стандарде квалитета за бензин, дизел и биогорива која се користе у путничким возилима и другим машинама. Ова правила генерално забрањују горива са оловом и она могу да се продају

[15] D. Psaledakis, „EU court orders countries take hard line on air quality“, 26.6.2019, https://www.reuters.com/article/us-eu-court-pollution/eu-court-orders-countries-take-hard-line-on-air-quality-idUSKCN1TR1IR

[16] Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Thematic Strategy on air pollution {SEC(2005) 1132} {SEC(2005) 1133} /* COM/2005/0446 final */, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52005DC0446&from=EN

[17] Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, OJ L 152 11.6.2008, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0050

[18] M. Gemmer, X. Bo, „Air Quality Legislation and Standards in the European Union: Background, Status and Public Participation“, *Advances in Climate Change Research,* 4/2013, 50-59, 50.

[19] Council Directive 98/70/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 Relating to the Quality of Petrol and Diesel Fuels and Amending Council Directive 93/12/EEC (Fuel Quality Directive), 1998 O.J.L 350, 58, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:019 98L0070-20151005&from=EN.

на тржишту ЕУ само уколико задовоље стандарде животне средине, како је наведено у директиви.

Први значајан инструмент који је свеобухватно регулисао ово питање је била Оквирна директива о квалитету ваздуха[20] након које су усвојене и четири друге директиве – тзв. „*директиве кћери*“ [21] (Директива 1999/30/ЕС, 2000/69/ЕС, 2002/3/ЕС и 2004/107/ЕС). Оквирна директива и три од четири „директиве кћери“[22] су унете 2008., у један јединствени акт – Директиву 2008/50/ЕС о квалитету амбијенталног ваздуха и чистијем ваздуху за Европу.[23]

У наредном периоду активности у оквиру ЕУ у погледу заштите ваздуха су се интензивирале. Позивано је на поштовање Смерница у погледу квалитета ваздуха које је донела Светска здравствена организација.[24] Ово је постављено као циљ Европске комисије, али и националних и локалних агенција одговорних за унапређење квалитета ваздуха.[25]

Седми акциони програм за животну средину[26] је препознао дугорочне циљеве у Европској унији, како би се постигао ниво квалитета ваздуха који

[20] Council Directive 96/62/EC of 27 September 1996 on Ambient Air Quality Assessment and Management, 1996 O.J. (L 296) 55, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0062&from=EN.

[21] Council Directive 1999/30/EC of 22 April 1999 relating to limit values for sulphur dioxide, nitrogen dioxide and oxides of nitrogen, particulate matter and lead in ambient air (*OJ L 163, 29.6.1999, p. 41–60),* Directive 2000/69/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2000 relating to limit values for benzene and carbon monoxide in ambient air (*OJ L 313, 13.12.2000, p. 12–21*), Directive 2002/3/EC of the European Parliament and of the Council of 12 February 2002 relating to ozone in ambient air (*OJ L 67, 9.3.2002, p. 14–30)*, Directive 2004/107/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 relating to arsenic, cadmium, mercury, nickel and polycyclic aromatic hydrocarbons in ambient air (OJ L 23, 26.1.2005, p. 3, https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/107/oj.) Од ове четири директиве, прве три су унете у Директиву 2008/50/ЕС а Директива 2004/107/ЕС важи још увек.

[22] Директива 1999/30/ЕС, 2000/69/ЕС и 2002/3/ЕС.

[23] Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, OJ L 152 11.6.2008, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02008L0050-20150918&from=EN. Комисија је 2015. усвојила Директиву којом су измењени анекси IV и V уз Директиву 2004/107/ЕС и анекси I, III, VI и IX уз Директиву 2008/50/ЕС. Commission Directive (EU) 2015/1480 of 28 August 2015 amending several annexes to Directives 2004/107/EC and 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council laying down the rules concerning reference methods, data validation and location of sampling points for the assessment of ambient air quality (Text with EEA relevance), *OJ L 226, 29.8.2015, p. 4–11,* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L1480&from=EN.

[24] Air Quality Guidelines, Global Update 2005, World Health Organization, 2006 http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/78638/E90038.pdf?ua=1

[25] B. Brunekreef, Nino Kunzli, J. Pekkanen, I Annesi-Maesano, B. Forsberg, T. Sigsgaard, M. Keuken, F. Forastiere, M Barry, X. Querol, Roy M. Harrison, Clean Air in Europe: beyond the horizon?, European Respiratory Journal 45/2015, стр. 9.

[26] Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 ‘Living well, within the

не доводи до значајних негативних ризика или утицаја на здравље људи и животну средину. Такође и Програм чистог ваздуха за Европу[27] има за циљ да обезбеди пуно поштовање постојећих прописа како би се унапредио квалитет ваздуха у Европи и до 2030. године смањио број превремених смрти, за половину у односу на 2005. годину.[28] Такође, Европска комисија је усвојила четврту Уредбу о тестирању емисија из вожње, обезбеђујући транспарентну и независну контролу емисија возила.[29]

3. ДИРЕКТИВА О КВАЛИТЕТУ АМБИЈЕНТАЛНОГ ВАЗДУХА И ЧИСТИЈЕМ ВАЗДУХУ ЗА ЕВРОПУ

Предмет Директиве о квалитету амбијенталног ваздуха и чистијем ваздуху за Европу је дефинисање и утврђивање циљева за квалитет ваздуха, како би се избегли, спречили или умањили штетни ефекти на људско здравље и животну средину у целини. Директива је усвојена са циљем да се изврши процена квалитета ваздуха у државама чланицама и да добијене информације о квалитету ваздуха буду доступне јавности. У члану 1 Директиве прописане су мере чији је циљ да се 1. дефинишу и утврде циљеви за квалитет ваздуха, како би се избегли, спречили или умањили штетни ефекти на здравље људи и животну средину; 2. процени квалитет ваздуха у државама чланицама на основу заједничких метода и критеријума; и да се 3. прибаве информације о квалитету ваздуха, како би се помогло у сузбијању загађења ваздуха и штетних утицаја, и ради надзора дугорочних трендова и побољшања који су резултат националних мера и мера Заједнице. [30] У Директиви су одређене границе у стопи загађења ваздуха, а на државама чланицама је да обезбеде да загађење не пређе прописане границе, нарочито у урбаним срединама. Државе чланице треба да организују надлежна тела одговорна за процену и контролу квалитета ваздуха, одобравање мерних система,[31]

limits of our planet', Official Journal of the European Union L 354/171.

[27] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Clean Air Programme for Europe, Brussels, 18.12.2013, COM(2013) 918 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0918&from=EN

[28] Air quality in Europe — 2019 report, EEA Report No 10/2019, стр. 16. https://www.developmentaid.org/api/frontend/cms/uploadedImages/2019/10/Air-quality-in-europe_2019-final.pdf

[29] Ibid, стр. 17.

[30] Директивом 2015/1480 измењени су анекси I, III, VI и IX уз Директиву 2008/50/ЕС

[31] У анексу III постављена су правила за локације на којима се врши узорковање, а ова правила допуњена су Директивом из 2015. године.

осигурање тачности мерења,[32] анализу метода процене, усклађивање програма осигурања квалитета на својој територији, као и да организују сарадњу са осталим државама чланицама и Комисијом (члан 3).

Уколико у одређеним зонама нивои штетних материја у ваздуху прекораче било коју граничну или циљну вредност, као и било коју границу толеранције у сваком од тих случајева, државе чланице морају да израде планове за квалитет ваздуха за те зоне, како би се постигле релевантне граничне вредности или циљне вредности (члан 23). Такође, ако у одређеној зони или агломерацији постоји ризик да ће нивои штетних материја прекорачити један или више прагова упозорења наведених у Анексу XII уз Директиву,[33] државе чланице израђују акционе планове који садрже мере које треба предузети у кратком року како би се смањио ризик или трајање таквог прекорачења (члан 24). Комисија у редовним размацима објављује примере најбољих пракси за израду краткорочних акционих планова, укључујући примере најбољих пракси за заштиту осетљивих група становништва (члан 24 став 4).

Уколико се због значајног прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху прекорачи било који праг упозорења, гранична вредност или циљна вредност, као и било која релевантна граница толеранције, или дугорочни циљ, предметне државе чланице сарађују и где је то могуће, организују заједничке активности, као што су израда заједничких или усклађених планова за квалитет ваздуха, како би се таква прекорачења уклонила применом одговарајућих сразмерних мера (члан 25).

Директива предвиђа да државе чланице треба да осигурају да јавност, као и релевантне организације, као што су оне за заштиту животне средине, за заштиту потрошача, затим оне које заступају интересе осетљивих група становништва и остала релевантна тела за заштиту здравља и индустријска удружења, буду на одговарајући начин и на време обавештени о квалитету ваздуха и плановима за његово обезбеђивање. Информације треба да буду доступне бесплатно преко свих лако доступних медија, укључујући и интернет или било које друго средство телекомуникација (члан 26).

Након доношења ове Директиве, изузетно је порасла важност Националних референтних лабораторија за квалитет ваздуха. Њихова улога је сада и формално потврђена, јер су оне правно одговорне за обезбеђење квалитета мерења загађивача ваздуха у њиховим државама чланицама. Оне могу да буду активно укључене у активности стандардизације, валидацију метода мерења и начин одобравања инструмената. Створена је *AQUILA*

[32] У анексу I постављени су циљеви за квалитет података потребних за процену квалитета ваздуха, а Директивом из 2015. прописани су додатни захтеви за валидацију тих података.

[33] Директивом 2015/1480 није мењан анкес XII.

мрежа, која је укључена у примену постојеће политике ЕУ о ваздуху и има саветодавну улогу у погледу даљих праваца развоја.[34]

4. ДИРЕКТИВА О НАЦИОНАЛНИМ ГОРЊИМ ГРАНИЦАМА ЕМИСИЈА

Директива о националним горњим границама емисија (у даљем тексту НЕЦ директива)[35] је донета 2016. и она ажурира и мења раније директиве и поставља граничне вредности у погледу укупних годишњих емисија одређених загађивача из свих копнених извора на њеној територији која нису у Систему трговине емисијама Европске уније. Ажурирање је такође применило међународне обавезе о којима су се договориле Европска унија и њене државе чланице у Конвенцији о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима из 1979.[36] са додатним Протоколом из Готенбурга.[37]

НЕЦ директива је ступила на снагу 31. децембра 2016. и државе чланице су имале рок до 1. јула 2018. да је унесу у национално законодавство. Она успоставља различите обавезе држава чланица у погледу смањивања емисија, у периоду од 2020. до 2029, а за поједина једињења од 2030. године па надаље.

Горње границе емисија за 2010, које су постављене у ранијој директиви остале су примењиве до краја 2019. године.

Како би се постигли циљеви ове Директиве, свака држава чланица мора да изради, усвоји и примени Национални програм за контролу загађивања ваздуха и достави га Комисији. Ови програми би требало да допринесу успешној примени планова за квалитет ваздуха израђених на основу Директиве о квалитету амбијенталног ваздуха. Програми се морају ажурирати сваке четири године. Такође, државе чланице треба да припреме и годишње ажурирају инвентаре о националним емисијама за загађиваче покривене НЕЦ директивом, као и пројекције емисија за одређене загађиваче. Информаци-

[34] https://ec.europa.eu/jrc/en/aquila.

[35] Directive (EU) 2016/2284 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 on the Reduction of National Emissions of Certain Atmospheric Pollutants, Amending Directive 2003/35/EC and Repealing Directive 2001/81/EC (National Emissions Ceilings (NEC) Directive), art. 2, 2016 O.J. (L 344) 1, http://eur-lex.europa.eu/ legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX: 32016L2284 &from=EN, *archived at* http://perma.cc/6FNN-F4PP. For the ETS, see *infra* Part III(C)

[36] Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (CLRTAP), Nov. 13, 1979, 1302 U.N.T.S. 217, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf, *archived at* http://perma.cc/F9ZJ-DU4Y;

[37] 1999 Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (Gothenburg Protocol), Nov. 30, 1999, as amended on May 4, 2012, 2319 U.N.T.S. 81, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2013/air/eb/ECE.EB.AIR. 114_ENG.pdf, *archived at* http://perma.cc/R47Y-ERQZ.

је о Националним програмима контроле загађивања ваздуха, национални спискови емисија, националне пројекције емисија и додатни извештаји морају да буду доступни јавности.[38]

5. КОНТРОЛА ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ О КВАЛИТЕТУ АМБИЈЕНТАЛНОГ ВАЗДУХА И ЧИСТИЈЕМ ВАЗДУХУ ЗА ЕВРОПУ

И поред тога што су у директивама утврђени стандарди квалитета ваздуха у урбаним срединама, граничне вредности за поједине загађиваче ваздуха као и правни оквир за контролу концентрације тих загађивача, у току 2017. године утврђена је висока концентрација азот диоксида, преко граничних вредности у смислу стандарда ЕУ, у 16 од 28 држава чланица, укључујући Француску, Белгију, Холандију, Шпанију, Немачку и Велику Британију.[39] Овакви подаци о стању загађења ваздуха су последица непоштовања стандарда у контроли ваздуха у државама чланицама, што представља једно од најактуелнијих и веома деликатних еколошких и здравствених питања у ЕУ. Наиме, резултати истраживања објављеног 2019. у Извештају о квалитету ваздуха[40] показују да већи број држава чланица нису ускладиле своје прописе са међународним стандардима и стандардима Уније о квалитету ваздуха нити предузимају делотворне мере у циљу побољшања квалитета ваздуха и заштите здравља становништва.

Контролу да ли државе чланице примењују прописе Европске уније на исправан начин спроводе Европска комисија и Суд правде ЕУ. Уговором о функционисању Европске уније[41] (у даљем тексту: УФЕУ) Европска комисија је овлашћена да против државе чланице, која не испуњава обавезе утврђене у изворима права Уније, предузима одређене радње и мере у оквиру поступка због непоштовања прописа Уније.[42] При томе, изношење ствари

[38] НЕЦ директива, члан 14.

[39] „Europe air pollution caused 400,000 premature deaths“, https://www.dw.com/en/europe-air-pollution-caused-400000-premature-deaths/a-50851135

[40] Извештај је израдило 14 европских ревизора, укључујући представнике Европског суда за ревизију (енг. *European Court of Auditors*). Циљ ревизије је био да се процени да ли и у којој мери државе чланице предузимају одговарајуће мере ради унапређења квалитета ваздуха. Више о томе, вид. EUROSAI, *Joint report on air quality*, 2019, https://english.rekenkamer.nl/publications/reports/2019/01/30/joint-report-air-quality

[41] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Official Journal C 326, 26/10/2012), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT

[42] Више о томе, вид. Татјана Бугарски, Бојан Тубић, Милана Писарић, „Повреде прописа Европске уније о заштити животне средине II“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2018, 541.

пред Суд правде ЕУ је крајња мера, на основу чланова 258 и 260 УФЕУ, у случају да држава чланица не поступи на задовољавајући начин по претходним захтевима које јој Комисија упути у оквиру поступка због непоштовања прописа.[43]

Међутим, чини се да Комисија није до скоро користила у довољној мери ове правне могућности у погледу контроле примене Директиве о квалитету амбијенталног ваздуха и чистијем ваздуху за Европу (у даљем тексту: Директива). Наиме, од 2010. државе чланице су дужне да предузму све потребне мере како би концентрацију одређених загађивача у ваздуху у урбаним срединама ускладиле са граничним вредностима, како је прописано Директивом, а Европска комисија је у свега неколико случајева покренула пред Судом правде ЕУ поступак због неиспуњења те обавезе.[44]

Због неиспуњења обавеза из Директиве Комисија је на основу члана 258 УФЕУ у току 2010. покренула поступак против Португалије,[45] Италије[46] и Словеније,[47] а у току 2015. против против Пољске[48] и Бугарске[49]. У свим овим случајевима Суд правде ЕУ је донео пресуду којом је утврђено да државе чланице не поштују обавезе из Директиве.[50] У току 2011, 2012, 2013, 2014,

---

[43] Више о томе, вид. Т. Бугарски, Б. Тубић, М. Писарић, „Повреде прописа Европске уније о заштити животне средине I“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2017, 736.

[44] Подаци о овим поступцима доступни су на следећем линку: https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=0&noncom=0&r_dossier=&decision_date_from=01%2F01%2F2008&decision_date_to=29%2F12%2F2019&d_type=5&DG=ENVI&title=AIR&submit=Search

[45] Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082200, 24.11.2010.

[46] Referral to Court Art. 258 TFEU No 20082194, 24.11.2010

[47] Referral to Court Art. 258 TFEU No 20082202, 18.03.2010,

[48] Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082199, 10.12.2015.

[49] Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20102109, 18.06.2015.

[50] Judgment of the Court (First Chamber) of 15 November 2012, European Commission v Portuguese Republic, Case C-34/11, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129841&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873079; Judgment of the Court (First Chamber), 19 December 2012, European Commission v Italian Republic, Case C-68/11, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131974&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873290; Judgment of the Court (Third Chamber), 24 March 2011, European Commission v Republic of Slovenia, Case C-365/10, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80644&pageIndex=0&doclang=SL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873406; Judgment of the Court (Third Chamber), 22 February 2018, European Commission v Republic of Poland, Case C-336/16, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199566&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3867486; Judgment of the Court (Third Chamber), 5 April 2017, European Commission v Republic of Bulgaria, Case C-488/15, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189624&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3867606

2016. и 2017. није покренут ниједан поступак пред Судом правде ЕУ због неиспуњења обавеза из Директиве.

Ипак, почевши од 2018, а у оквиру деловања у смислу саопштења „*Европа која штити: чист ваздух за све*“,[51] Европска комисија је на основу члана 258 УФЕУ покренула више поступака пред Судом правде ЕУ против држава због неиспуњења обавеза из Директиве, и то у мају 2018. против Италије,[52] Велике Британије,[53] Немачке,[54] Мађарске,[55] Француске[56] и Румуније[57], а у

[51] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: A Europe that protects: Clean air for all, 17.5.2018, COM(2018) 330 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52018DC0330

[52] Поступак је покренут због тога што држава систематски и континуирано прекорачава вредности концентрације PM10 и што од 11. јула 2010. није усвојила прикладне мере како би осигурала поштовање граничних вредности у наведеним зонама, чиме је је повредила обавезе према члану 23 став 1 Директиве 2008/50/ЕЗ и у вези с делом А Прилога XV Директиви, конкретно обавезу прописану другим подставом става 1 члана 23 Директиве чији је циљ да се осигура да раздобље прекорачења граничних вридности буде што је могуће краће. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20142147, 17/05/2018.

[53] Поступак је покренут због тога је држава наставила с прекорачењем годишњих граничних вредности за NO2 у одређеним зонама, односно што од ступања на снагу тих граничних вредности 1. јанура 2010. није поступила у складу са чланом 13 став 1. Директиве у вези са анексом XI. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20144000, 17.05.2018.

[54] Поступак је покренут због тога што држава систематски и трајно прекорачава годишње граничне вредности NO2 у 26 подручја процене и управљања квалитетом ваздуха чиме је повредила члан 13 став 1 у вези са анексом XI, као и члан 23 став 1 подстав 2 и 3 у вези с Прилогом XV, одељак А. Директиве, а нарочито обавезу скраћивања у што већој могућој мери раздобља прекорачења у 26 предметних подручја. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152073, 17.05.2018.

[55] Поступак је покренут због тога што држава систематски и трајно сваке године није поштовала 24-сатну граничну вредност која се примењује на концентрацију лебдећих честица PM10 у неколико зона чиме је повредила члан 13 став 1. Директиве, као и члан 23 став 1 подстав 2 и 3 у вези с Прилогом XV, одељак А. Директиве, према ком раздобље прекорачења граничних вредности треба бити што је могуће краће. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082193, 17.05.2018.

[56] Поступак је покренут због тога што држава да прекорачујући систематски и трајно годишњу граничну вредност за NO2 од 1. јануара 2010. у дванаест француских агломерација и зона квалитета ваздуха повређује обавезе из члана 13 став 1, а да од 11. јулеа 2010. повређује обавезе које има на основу члана 23. став 1. Директиве у вези с Прилогом XV, а посебно обавезу да осигура што је могуће краће раздобље прекорачења. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152074, 17.05.2018.

[57] Поступак је покренут због тога што држава систематски и стално није поштовала дневне граничне вредности за концентрације PM10, те тиме што од 2007. до 2014, изузев 2013, у једној зони, чиме је повредила обавезе на основу члана 13 став 1, а од 11. јула 2010. повређује обавезу из члана 23 став 1, нарочито обавезу у погледу осигурања да раздобље прекорачења граничних вридности буде што је могуће краће. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20092296, 17.05.2018.

току 2019. и против Италије,[58] Бугарске,[59]и Шпаније.[60] У свим овим поступцима Европска комисија је против државе чланице поднела тужбу због повреде члана 13 став 1 у вези са анексом XI (јер је у појединим зонама присутно систематско и континуирано непоштовање годишњих граничних вредности концентрације одређених загађивача), као и члана 23 став 1 у вези с Прилогом XV Директиве (јер држава није усвојила прикладне мере како би осигурала поштовање тих граничних вредности чиме је повредила обавезу скраћивања у што већој могућој мери раздобље прекорачења). До сада је Суд правде ЕУ донео одлуку само у поступку против Француске[61] и Румуније,[62] и у пресуду у оба предмета је утврдио да су државе учиниле наведене повреде.

Поред тога, чланом 260 УФЕУ је прописано да Комисија може поново покренути поступак поводом повреде прописа ЕУ пред Судом уколико држава чланица не поступи у складу са обавезама утврђеним у првобитној одлуци Суда (поводом тужбе из члана 258). Међутим, на основу овог члана УФЕУ Европска комисија ниједо сада покренула поступак ни у једном случају у коме је пресудом Суда правде ЕУ било утврђено да држава чланица није испунила обавезе из Директиве.

Осим улоге у оквиру поступка због непоштовања прописа Уније, Суд правде ЕУ се стара о усклађености одредаба националних прописа држава чланица са изворима права ЕУ, тако што тумачи и примењује примарно и секундарно право Уније. У том смислу, Суд правде ЕУ је на основу члана 267 УФЕУ донео неколико одлука о претходном питању поводом захтева

[58] Поступак је покренут због тога што држава због систематског и континуираног непоштовања годишњих граничних вредности концентрације NO2 од 2010. без прекида у неколико зона, односно од 2010. до 2012. и затим поново од 2014. без прекида у две зоне није испунила обавезу прописану чланом 13. Директиве, у вези с Прилогом XV, а тиме што од 11. јула 2010. није усвојила прикладне мере како би осигурала поштовање граничних вредности за NO2 у наведеним зонама повредила и обавезе према самом члану 23 став 1 Директиве. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152043, 07.03.2019.

[59] Поступак је покренут због тога што је држава повредила обавезе из члана 13 став 1 Директиве у вези с Прилогом XV тиме што систематски и континуирано у једној зони не поштује од 2007. сатну граничну вредност за сумпор диоксид, а од 2007. – осим 2010. и 2012. – ни дневну граничну вредност за сумпор диоксид. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20092135, 25.07.2019.

[60] Поступак је покренут због тога што се од 2010. систематски и континуирано прекорава годишња гранична вредност NO_2 у три зоне а држава није предузела одговарајуће мере како би раздобље прекорачења граничних вредности било што је могуће краће. Вид. Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152053, 25.07.2019.

[61] Judgment of the Court (Seventh Chamber), 24 October 2019, European Commission v French Republic, Case C-636/18, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-636/18.

[62] Judgment of the Court (Seventh Chamber), 30 April 2020, European Commission v Romania, Case, C-638/18, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-638/18.

националних судова за тумачење појединих одредаба у изворима права ЕУ о заштити ваздуха. Ове одлуке су од посебног значаја јер се појединцима и удружењима на посредан начин омогућава да делују на државе чланице у правцу примене Директиве.

Наиме, у складу са Архуском конвенцијом,[63] сваки појединац и свако удружење има одређена права у вези са заштитом животне средине: право на добијање информација од значаја за животну средину, право на учествовање у доношењу одлука од значаја за животну средину и право на приступ правди. Права гарантована овом Конвенцијом штите се посредно и у поступку пред Судом ЕУ, а у погледу квалитета ваздуха од нарочитог је значај пресуда у предмету C 237/07 из 2008. године. [64] У овом предмету становник града Минхена је захтевао од државе Баварске да се сачини акциони план за квалитет ваздуха за подручје града у коме станује и да се у њега укључе мере које треба да се предузму у краткорочним оквирима, како би се у датом подручју обезбедило да концентрација одређених загађивача у ваздуху буде у складу са граничним вредностима постављеним у прописима Уније. Пред Суд ЕУ је изнет захтев за доношење одлуке о претходном питању у вези са тумачењем члана 7 став 3 Директиве о процени и управљању квалитетом амбијенталног ваздуха.[65] У пресуди је Суд заузео становиште по ком, уколико постоји ризик од прекорачења граничних вредности у концентрацији загађивача ваздуха, свако лице, које има непосредни правни интерес, мора бити у правном положају да захтева од надлежних органа да се сачини одговарајући акциони план за контролу таквих концентрација, па и уколико та лица у складу са националним правом имају на располагању и друге правне механизме за тражење од надлежних органа да предузму мере за борбу против загађења ваздуха. У погледу садржаја акционих планова, Суд је става да државе чланице нису у обавези да предузимају мере којим би се обезбедило да граничне вредности или прагови упозорења никада не буду прекорачени, него су у обавези да, уз ревизију од стране националних судова,

[63] Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине усвојена је 1998. године. Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, Denmark, 25 June 1998. Одредбе Архуске конвенције су имплементиране у секундарним изворима права ЕУ, а Конвенција је постала део правног поретка Европске уније на основу члана 216 став 2 УФЕУ.

[64] Judgment of the Court (Second Chamber), 25 July 2008, Case C-237/07, Dieter Janecek vs. Freistaat Bayern, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=55E32CFFB862D551B77728A557491B29?text=&docid=68148&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3292579.

[65] Council Directive 96/62/EC of 27 September 1996 on ambient air quality assessment and management (OJ 1996 L 296, p. 55), as amended by Regulation (EC) No 1882/2003 of the European Parliament and of the Council of 29 September 2003 (OJ 2003 L 284, p. 1; 'Directive 96/62').

предузму такве мере у кратком року предвиђеном у акционом плану којим би се на минимум свео ризик да граничне вредности или прагови упозорења могу бити прекорачени и да обезбеде постепено враћање на ниво испод тих вредности, узимајући у обзир чињеничне околности и све супротстављене интересе.

У вези са обавезом надлежних органа да на одговарајући начин одговоре на приближавање или прекорачење дозвољене стопе у концентрацији одређених загађивача ваздуха у урбаним срединама у смислу Директиве, од нарочитог је значаја пресуда из јуна 2019. у предмету C-723/17.[66]

Наиме, у оквиру спора између неколико појединаца, становника Брисела, и удружења *ClientEartha VZW*, с једне стране, и Бриселске регије и Бриселског института за управљање животном средином, с друге стране, Суду је упућен захтев за доношење одлуке о претходном питању који се односи на тумачење појединих чланова и Прилога III Директиви, у вези са обавезом израде плана за квалитет ваздуха за зону града Брисела и захтева за постављање тачака узорковања у сврху праћења квалитета ваздуха.

У Бриселској регији се врши процена квалитета ваздуха и управљање квалитетом ваздуха у смислу члана 4 Директиве преко одређених тачака узорковања. Међутим, тужиоци у главном поступку су од првостепеног суда у Бриселу тражили да утврди да у Бриселској регији тачке узорковања нису одређене у складу са чланом 7 Директиве 2008/50, у вези с Прилогом III одељак Б став 1 тачка (а), на начин да пружају, између осталог, податке о „*местима у зонама и агломерацијама на којима се појављују највише концентрације*" загађујућих материја из те Директиве, те да Бриселској регији наложи да постави тачке узорковања на одговарајућим местима (одређеним улицама или раскрсницама). Првостепени суд је става да правила утврђена Директивом која се односе на идентификовање или разграничење „*места у зонама и агломерацијама на којима се појављују највише концентрације*" загађивача дају дискрециону власт надлежним органима, услед чега је у недоумици да ли уопште може да испитује да ли су тачке узорковања правилно постављене и да, ако је потребно, наложи надлежним органима постављање таквих тачака на местима које би тај суд одредио.

Поред тога, тужиоци у главном поступку сматрају да су граничне вредности за угљен диоксид предвиђене Директивому Бриселској регији биле прекорачене. При томе, странке у главном поступку нису оспориле измерене вредности на различитим тачкама узорковања у Бриселској регији – вредност

[66] Judgment of the Court (First Chamber), 26 June 2019, Case C-723/17, Lies Craeynest et al. vs. Brussels Hoofdstedelijk Gewest, Brussels Instituut voor Milieubeheer, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=800862.

од 40 μg/m^3 угљен диоксида била је прекорачена на одређеним тачкама узорковања, али би концентрација угљен диоксида била нижа од годишњег просека од 40 μg/m^3 ако би се утврђивала само на основу просека измерених вредности на свим тачкама узорковања које се тамо налазе. Спорно је то што тужиоци у главном поступку сматрају да се граничне вредности не смеју прекорачити ни на једном месту у зони, док тужени сматрају да процена квалитета ваздуха треба да се спроведе за целокупну зону или агломерацију.

Због свега тога, првостепени суд се обратио Суду да донесе одлуку о два претходна питања:

1. Да ли национални судови имају право, уколико се утврди да држава чланица није поставила тачке узорковања у зони у складу с критеријумима наведенима у Прилогу III одељку Б ставу 1. тачки (а) Директиве, а на захтев појединаца на које непосредно утиче прекорачење граничних вредности, да испитују да ли су тачке узорковања постављене у складу с тим критеријумима и, да ли, уколико то није случај, национални судови могу надлежним органима да наложе да предузму све потребне мере, како би се тачке узорковања одредиле у складу с критеријумима из Директиве?

2. Да ли су граничне вредности, у смислу члана 13 став 1 и члана 23 став 1 Директиве прекорачене уколико се прекорачење граничне вредности утврди за време усредњавања од једне календарске године, на основу резултата мерења само једне тачке узорковања у смислу члана 7 Директиве, или такво прекорачење постоји и уколико произлази из просечних резултата мерења свих тачака узорковања у одређеној зони у смислу Директиве?

Суд је позивајући се на пресуду у предмету C 237/07 утврдио да појединац има право да путем суда државе чланице тражи да се утврди да ли је национално законодавство и његова примена у складу са Директивом у погледу избора локације тачака узорковања, као и да тај суд може према надлежним органима да предузме и наложи све потребне мере, како би се те тачке поставиле у складу са критеријумима из Директиве, јер би сам циљ Директиве био угрожен ако се тачке узорковања не би поставиле у одређеној зони или агломерацији у складу са критеријумима које она предвиђа. Што се тиче другог питања, Суд је става да утврђивање просечних измерених вредности на свим тачкама узорковања у зони или агломерацији не пружа корисна сазнања о изложености популације загађивачима. Осим тога, из саме структуре Директиве произлази да је, за потребе процене усклађености с граничним вредностима утврђеним у Прилогу X одлучујућа стопа загађења измерена на свакој тачки узорковања појединачно. Из тога произлази да је прекорачење граничне вредности макар на само једној тачки узорковања довољно да би постојала обавеза израде плана за квалитет ваздуха у складу с чланом 23 став 1 Директиве.

6. ЗАКЉУЧАК

Савремени услови и начин живота намећу као приоритет питање загађења ваздуха због чега се овој проблематици приступа на системски и свеобухватан начин, како на националном, тако и на међународном нивоу. Иако је квалитет ваздуха значајно унапређен у целој Европи, због усвајања и примене наведених мера, концентрације загађивача ваздуха су и даље веома високе и излажу становништво озбиљним ризицима по здравље. Изузетно је важно сагледати свестрано проблематику загађења ваздуха и предузети све потребне мере ради превенције последица које могу наступити по здравље и понашање људи. Најзначајнији акт Европске уније у овој области је Директива о квалитету амбијенталног ваздуха и чистијем ваздуху за Европу, која поставља и разрађује стандарде заштите ваздуха у ЕУ. Побољшање квалитета ваздуха и одржавање квалитета ваздуха имаће вишеструке учинке не само на здравље, него и на понашање људи. Тачке узорковања квалитета ваздуха имају вишеструку намену и значај. Пример студија које показују везу између загађења ваздуха и пораста стопе криминалитета су само један пример какав и колики значај има мерење квалитета ваздуха. Резултати истраживања о утицају загађеног ваздуха на стопу криминалитета указују на то да мере за побољшање квалитета ваздуха у урбаним срединама могу у економском смислу смањити трошкове борбе против криминалитета.

Пред државама је данас све већи притисак грађана да се делује у правцу смањења загађења ваздуха у урбаним срединама и отклањања дугорочних штетних ефеката по јавно здравље, с једне стране, а с друге стране и притисак од последица непоштовања стандарда из прописа Уније. Напори који се улажу на нивоу Европске уније показују изузетне резултате, али наравно, свака примена нових мера кроз праксу ће показати и одређене слабости које могу бити само основ за даље унапређење мера. Континуирано обезбеђивање квалитетног ваздуха ће несумњиво дати бројне бенефите у најразличитијим сферама живота.

Што се тиче Републике Србије, неопходно је узети у обзир сва приказана релевантна правила и стандарде и настојати да се постојеће законодавство усагласи са њима, како држава не би у будућности, уколико и када постане држава чланица, наилазила на проблеме у вези са непоштовањем обавеза које се пред државе чланице намећу у погледу обезбеђења квалитета ваздуха и његовог континуиранмог праћења и унапређења.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Air pollution increases crime in cities – here's how, https://theconversation.com/air-pollution-increases-crime-in-cities-heres-how-95975;

Bondy, M., S. Roth, L. Sager, *Crime is in the Air: The Contemporaneous Relationship between Air Pollution and Crime*, 2018, http://ftp.iza.org/dp11492.pdf;

Bondy, M., S.Roth, L.Sager, *Crime is in the Air: The Contemporaneous Relationship between Air Pollution and Crime,* April 2018, http://ftp.iza.org/dp11492.pdf;

Brunekreef, B. Et al., „Clean Air in Europe: beyond the horizon?", *European Respiratory Journal* 45/2015;

EEA Report, Air quality in Europe — 2019 report, No 10/2019, https://www.developmentaid.org/api/frontend/cms/uploadedImages/2019/10/Air-quality-in-europe_2019-final.pdf;

Effer, P., „EU sends Spain to court in latest air pollution case", 25.7.2019, https://euobserver.com/environment/145538**;**

Ekblom, J., „Air pollution caused 400,000 premature European deaths in 2016: EU agency", 16.10.2019, https://www.reuters.com/article/us-eu-pollution/air-pollution-caused-400000-premature-european-deaths-in-2016-eu-agency-idUSKBN1WV0V5;

EUROSAI, *Joint report on air quality*, 2019, https://english.rekenkamer.nl/publications/reports/2019/01/30/joint-report-air-quality

Funes, Y., *Air Pollution May Affect Crime, But the Problem Goes Deeper Than That*, May 2019, https://earther.gizmodo.com/air-pollution-may-affect-crime-but-the-problem-goes-de-1839781306;

Gemmer M., Xiao Bo, „Air Quality Legislation and Standards in the European Union: Background, Status and Public Participation", *Advances in Climate Change Research,* 4/2013, 50-59;

Herrnstadt, E., E. Muehlegger, *Air Pollution and Criminal Activity: Evidence from Chicago Microdata*, 2015, https://www.nber.org/papers/w21787.pdf;

Heyes, A., S.Saberian, Air Pollution Causes Violent Crime, December 2015, Department of Economics Faculty of Social Sciences University of Ottawa, https://socialsciences.uottawa.ca/science-economique/sites/sciencessociales.uottawa.ca.science-economique/files/1514e.pdf;

Hogenboom, M, *How air pollution is doing more than killing us*, April 2019, https://www.bbc.com/future/article/20190415-how-air-pollution-is-doing-more-than-killing-us;

Psaledakis, D., „EU court orders countries take hard line on air quality", 26.6.2019, https://www.reuters.com/article/us-eu-court-pollution/eu-court-orders-countries-take-hard-line-on-air-quality-idUSKCN1TR1IR;

Благојевић, Љ. *Животна средина и здравље*, Ниш 2012;

Бугарски, Т. Б. Тубић, М. Писарић, „Повреде прописа Европске уније о заштити животне средине I", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2017, 735-752;

Бугарски, Т. Бојан Тубић, Милана Писарић, „Повреде прописа Европске уније о заштити животне средине II", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2018, 535-546;

Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (CLRTAP), Nov. 13, 1979, 1302 U.N.T.S. 217, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf;

Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution (Gothenburg Protocol), Nov. 30, 1999, as amended on May 4, 2012, 2319 U.N.T.S. 81, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2013/air/eb/ECE.EB.AIR. 114_ENG.pdf, *archived at* http://perma.cc/R47Y-ERQZ.

World Health Organization, *Air Quality Guidelines*, Global Update 2005, 2006, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/78638/E90038.pdf?ua=1

Treaty on the Functioning of the European Union (Official Journal C 326, 26/10/2012), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT

Directive 98/70/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 Relating to the Quality of Petrol and Diesel Fuels and Amending Council Directive 93/12/EEC (Fuel Quality Directive), 1998 O.J.L 350, 58, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:019 98L0070-20151005&from=EN;

Directive 96/62/EC of 27 September 1996 on Ambient Air Quality Assessment and Management, 1996 O.J. (L 296) 55, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0062&from=EN;

Directive 1999/30/EC of 22 April 1999 relating to limit values for sulphur dioxide, nitrogen dioxide and oxides of nitrogen, particulate matter and lead in ambient air (*OJ L 163, 29.6.1999, p. 41–60);*

Directive 2000/69/EC of the European Parliament and of the Council of 16 November 2000 relating to limit values for benzene and carbon monoxide in ambient air (*OJ L 313, 13.12.2000, p. 12–21);*

Directive 2002/3/EC of the European Parliament and of the Council of 12 February 2002 relating to ozone in ambient air (*OJ L 67, 9.3.2002, p. 14–30)*;

Directive 2004/107/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 relating to arsenic, cadmium, mercury, nickel and polycyclic aromatic hydrocarbons in ambient air (OJ L 23, 26.1.2005, p. 3, https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2004/107/oj.)

Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, OJ L 152 11.6.2008, p. 1, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02008L0050-20150918&from=EN;

Directive (EU) 2015/1480 of 28 August 2015 amending several annexes to Directives 2004/107/EC and 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council laying down the rules concerning reference methods, data validation and location of sampling points for the assessment of ambient air quality (Text with EEA relevance), *OJ L 226, 29.8.2015, p. 4–11,* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L1480&from=EN;

Directive (EU) 2016/2284 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 on the Reduction of National Emissions of Certain Atmospheric Pollutants, Amending Directive 2003/35/EC and Repealing Directive 2001/81/EC (National Emissions Ceilings (NEC) Directive), art. 2, 2016 O.J. (L 344) 1,

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L2284&from=EN;

Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet', Official Journal of the European Union L 354/171;

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A Clean Air Programme for Europe, Brussels, 18.12.2013, COM(2013) 918 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0918&from=EN;

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: A Europe that protects: Clean air for all, 17.5.2018, COM(2018) 330 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52018DC0330.

Judgment of the Court (Second Chamber), 25 July 2008, Case C-237/07, Dieter Janecek vs. Freistaat Bayern, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=55E32CFFB862D551B77728A557491B29?text=&docid=68148&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3292579.

Judgment of the Court (Third Chamber), 24 March 2011, European Commission v Republic of Slovenia, Case C-365/10, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80644&pageIndex=0&doclang=SL&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873406;

Judgment of the Court (First Chamber) of 15 November 2012, European Commission v Portuguese Republic, Case C-34/11, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129841&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873079;

Judgment of the Court (First Chamber), 19 December 2012, European Commission v Italian Republic, Case C-68/11, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131974&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3873290;

Judgment of the Court (Third Chamber), 5 April 2017, European Commission v Republic of Bulgaria, Case C-488/15, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189624&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3867606

Judgment of the Court (Third Chamber), 22 February 2018, European Commission v Republic of Poland, Case C-336/16, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199566&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3867486;

Judgment of the Court (First Chamber), 26 June 2019, Case C-723/17, Lies Craeynest et al. vs. Brussels Hoofdstedelijk Gewest, Brussels Instituut voor Milieubeheer, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=800862;

Judgment of the Court (Seventh Chamber), 24 October 2019, European Commission v French Republic, Case C-636/18, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-636/18;

Judgment of the Court (Seventh Chamber), 30 April 2020, European Commission v Romania, Case, C-638/18, http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-638/18;

Referral to Court Art. 258 TFEU No 20082202, 18/03/2010;
Referral to Court Art. 258 TFEU No 20082194, 24/11/2010;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082200, 24/11/2010;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20102109, 18/06/2015;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082199, 10/12/2015;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20082193, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20092296, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20142147, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20144000, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152073, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152074, 17/05/2018;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152043, 07/03/2019;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20152053, 25/07/2019;
Referral to Court Art. 258 TFEU No. 20092135, 25/07/2019.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Bojan N. Tubić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

Legal Regulation of Air Pollution in Urban Environments at the Level of the European Union

Abstract: *Air pollution in urban areas is currently one of the major risks to the environment and human health. Directives at the level of the European Union require Member States to monitor and control the concentration of certain pollutants in the air, especially in urban areas. However, despite the fact that there is a legal framework for controlling the concentration of air pollutants, the data show that a number of Member States fail to meet air quality standards, and thus to protect the health of the population. This paper presents individual air quality standards in urban areas at the level of the European Union and analyzes the application of these standards through several examples. In addition, the multiple importance of the control system for the concentration of certain air pollutants in urban areas was pointed out, in terms of the impact of polluted air on human behavior and the growth of crime rates.*

Keywords: *environmental protection, air pollution, European Union.*

Датум пријема рада: 29.05.2020.

Оригинални научни рад 343.55:[343.9:141.72
doi:10.5937/zrpfns54-24973

Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Др Стефан С. Самарџић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs

ОСНОВНЕ ПОСТАВКЕ ФЕМИНИСТИЧКЕ КРИМИНОЛОГИЈЕ У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Сажетак: *Прве две године примене Закона о спречавању насиља у породици чине се правим моментом за сагледавање његових ефеката. Полазна тачка анализе јесте претпоставка радикалне феминистичке школе, према којој је насиље у породици резултат наводне жеље мушкараца да контролишу сексуалност жене, која се остварује кроз институције породице и брака, па док год ове институције опстају насиље ће се понављати. У складу са тим, рецидивизам би се морао показати као правило. Ова школа негира постојање других личних фактора криминалног понашања у породици, те друге форме насиља нису признате нити се међу њима прави дистинкција.*

На самом почетку аутори детаљно описују бројне методолошке препреке, те сумарно доказују да одредбе самог Закона почивају на претпоставкама радикалне школе феминистичке криминологије. У трећем делу рада аутори сумирају ефекте закона користећи девет појединачних истраживања праксе у девет различитих полицијских организационих јединица у Србији. Уз значајне методолошке проблеме, аутори јасно доказују да основне претпоставке радикалне школе феминистичке криминологије немају упоришта у реалности српског друштва.

Да би претпоставка опстала, партнерско насиље би требало да доминира над насиљем међу сродницима. У стварности, насиље између крвних сродника обухвата готово половину, чак 43% од укупно пријављених случајева насиља у породици. Имајући у виду да се насиље у 51% случајева дешава

у браку, 19% у ванбранчним заједницама и само 8% у емотивним везама ван брака и ванбрачне заједнице, више је но јасно да насиље није везано за контролу мушкарца над женом, већ за однос у који је „уложено“ више, емоција, енергије, једноставно које произилази из односа који је дубљи и садржајнији, а тиче се свеобухватности заједничког живота, у материјалном, културном, емотивном и сваком другом смислу. Надаље, само 18% учинилаца су повратници, па ни у овом смислу полазна екстремна феминистичка парадигма не стоји сјајно. Имајући у виду све изнето, полазне претпоставке на којима је постављен Закон о спречавању насиља у породици, према резултатима његове досадашње примене, представља сасвим страно тело српској култури, друштву и последично, правној пракси.

***Кључне речи**: насиље у породици, Србија, превенција, полиција, методологија, феминистичка криминологија.*

УВОД

Иако нико још није спровео озбиљну анализу исхода постојеће криминалне политике према сузбијању насиља у породици у РС, по свему судећи под притиском таблоидног и сензационалистичког извештавања у медијима о овој социјалнопатолошкој појави,[1] српски законодавац се 2016. године одлучио да усвоји Закон о спречавању насиља у породици [2] (у даљем тексту: Закон) који је ступио на снагу 1. јуна 2017. године.

Рад ће кренути од претпоставке да су основне идеје радикалне феминистичке криминологије, која искључиво заступа један нарочит *женскоцентрични* поглед на насиље,[3] пресудно утицале на решења Закона. Након 2 године од ступања Закона на снагу време је да се да пресек стања оних показатеља у његовој примени који говоре у прилог претпоставке. У сврху овога у првом делу рада ће изложити како се класични методолошки про-

---

[1] Једно од истраживања извештавања о насиљу у породици у српској штампи које доказује да је ово питање сасвим умесно урадила је агенција Контакт у 2015. години. Према овом истраживању за три месеца 2015. године објављено је 460 текстова о насиљу у породици у српским штампаним медијима. 47% текстова су били таблоидног типа, у 56% текстова објављена је фотографија жртве, у 40% текстова новинар нагађа о мотивима насиља, а само 33% текстова имало је у садржају изјаву консултованог стручњака: Контакт, „Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)“ 20. мај 2015. године, *http://kontakta.rs/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/*, 21. март 2017.

[2] Закон о спречавању насиља у породици – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.

[3] У феминистичком погледу на виктимологију доминира радикални феминизам са својим женскоцентричним доживљајем насиља: Sally Simpson,“Feminist Theory, Crime and Justice“, Criminology, 4/1989, p. 611-612.

блеми сваког криминолошког истраживања[4] рефлектују у овој анализи примене Закона о спречавању насиља у породици. Такође, биће детаљно објашњен методолошки приступ анализи која је урађена. У другом делу рада ће се кратко изложити генеза Закона, а затим ће се указати на његове садржаје који су пресудно обликовани ставовима радикалне феминистичке криминологије. Трећи део рада биће посвећен самој анализи примене Закона, односно конкретних показатеља у његовој примени који говори у прилог претпоставке. На крају рада следи закључак.

1. МЕТОДОЛОГИЈА

1.1. Кључни методолошки проблеми

У Уводу рада је речено да се на различита питања феноменологије ове социјалнопатолошке појаве није могуће дати потпуне одговоре. Два кључна разлога јесу: 1) непостојање јединствене методологије у МУП-у (чији припадници према Закону имају надлежност да воде поступке и изричу санкције, тзв. хитне мере) помоћу које се воде предмети насиља у породици; 2) непостојање јединствене евиденције/база података[5] у којој се воде сви предмети насиља у породици, а која би била извор за једно свеобухватно и целовито истраживање ове врсте.

Како је онда могуће дати бар делимичне одговоре на ова питања? Писац ових редова је у јединственој ситуацији да напише колико-толико систематичан рад на ову тему. Као професор на последипломским студијама Правног факултета Универзитета у Новом Саду у прилици је да сарађује са бројним младим колегама припадницима МУП-а. У намери да се добије један колико-толико веродостојан пресек стања и кретања на пољу ове социјалнопатолошке појаве, писац је младим колегама кандидатима за звање мастера на последипломских студијама давао обраду праксе појединих организационих јединица МУП-а у примени реченог Закона као теме за истраживања.

Иако је овакав методолошки приступ једино могућ, он такође има своје мањкавости. На првом месту нема довољно кандидата који би обрадили податке из својих организационих јединица МУП-а. Конкретно, само 17[6]

---

[4] Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Београд 2015, 54-55.

[5] О томе како се у Србији воде неуредне евиденције казнених деликата видети више код: Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова ПФуНС*, 1/2015, 239-251; Иван Милић, „Евиденција о осудама за привредни преступ“, *Слобода пружања услуга и правна сигурност* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2019, 1063-1076.

[6] Одобрена је анализа примене Закона у 5 ПУ (Чачак, Сремска Митровица, Врање, Бор и Јагодина), 10 ПС (Сремски Карловци, Пирот, Нови Београд, Неготин, Земун, Вождовац, Бачка Паланка, Ариље, Сурчин, Палилула) и 2 ПИ (Футог и Детелинара).

кандидата је одлучило да теме њихових истраживања буде анализирање праксе МУП-а у примени овог Закона. Даље, нису сви кандидати успешно окончали своје задатке. До тренутка писања овог рада (јун 2019. године) успешно је окончано свега 9 истраживања.[7] Она ни изблиза не представљају статистички узорак који би био репрезент целе Србије. Даље, као ништа мање важне методолошке препреке који су условили различит обим и квалитет података који су на крају обрађени у овом раду јесу и неусклађеност и непропорционалност података које су кандидати за звање мастера обрадили у својим радовима. Наиме, кандидати чији су резултати сумирани у овом раду нису ангажовани на истим радним местима нити у истим организационим јединицама МУП-а. Тако су неки кандидати радно ангажовани у седиштима Полицијских управа, други у Полицијским станицама, а трећи опет у обичним Полицијским испоставама.[8] Различите организационе јединице МУП-а имају надлежности на територијама различитих величина. Такође, колеге чији су радови искоришћени за прављење овог рада нису ангажовани на радним местима истог степена одговорности па, самим тим, немају једнак приступ подацима. Неки су ангажовани на самим пословима сузбијања насиља у породици, док неки нису. На крају, треба истаћи да су подаци из предмета насиља у породици у пракси МУП-а сматрају нарочито осетљивим и стога тајним. У одређеном броју случајева кандидати су имали проблема да остваре несметан увид у предмете, нарочито ако би то били радници МУП-а који нису непосредно ангажовани на пословима сузбијања насиља у породици.

Као посебну вредност анализе треба истаћи да постоје нарочите врсте коментара и примедби који су дати у неким истраживањима, које тешко може да пружи и најбоља криминална статистика, већ може да их да само

---

[7] 1) Ивана Маринковић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Јагодина*, Нови Сад 2018; 2) Бранислав Стеванић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Сремска Митровица*, Нови Сад 2018; 3) Ђорђе Зекавица, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Чачак*, Нови Сад 2018; 4) Милан Симијоновић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Врање*, Нови Сад 2018; 5) Марко Вуловић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Ариље*, Нови Сад 2018; 6) Андријана Иконић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Неготин*, Нови Сад 2018; 7) Милица Васић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Нови Београд*, Нови Сад 2018; 8) Вероника Крстић-Нешковић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Земун*, Нови Сад 2018; 9) Мира Мијаиловић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Вождовац*, Нови Сад 2018.

[8] Полицијске управе (ПУ) су највише организационе јединице и образују се за територију једног града или више општина. Полицијске станице (ПС) се образују на територији ПУ, а за једну општину, односно једна ПУ има више ПС, већ према броју општина које територијално покрива. Полицијске испоставе (ПИ) се образују на територији ПС, а за део територије општине која је у питању, односно једна ПС има више ПИ: чл. 25-26., Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 24/18 и 87/18.

неко ко се у МУП-у практично бави управо сузбијањем насиља у породици. Када их је писац овог рада сматрао за нарочито вредне, преузео их је и то посебно нагласио и прокоментарисао.

1.2. Методолошки проблеми условљени сложеношћу правног поретка

Одређивање присутности и карактеристика неке социјалнопатолошке појаве у друштву увек има своје изазове и проблеме.[9] Једна од њих јесте и начин на који је она уређена у неком правном поретку.[10] Стога, пре него што се да одговор на постављено питање морају се разјаснити неке недоумице које пред сваког ко се бави овим проблемом поставља садашње уређење насиља у породици у српском правном поретку.

Када је у питању насиље у породици у РС њен основни проблем је пренормираност. Она је уређена множином аката који припадају различитим гранама права, имају различите дефиниције ове појаве, предвиђају надлежност различитих органа за њено сузбијање и установљавају различите санкције.

Тако се насиље у породици као социјалнопатолошка појава у РС захвата на законодавном пољу са 4 различита закона, са најмање 3 различите дефиниције из најмање 3 гране права, две класичне и једне специјалне. Прва могућност јесу два закона из области казненог законодавства. Први је Закон о јавном реду и миру, чије одредбе о ремећењу јавног реда и мира[11] су некада биле једино средство за сузбијање насиља у породици, али које не дају одредбу насиља у породици. Други је Кривични законик, који у члану 194. садржи одговарајуће кривично дело које даје дефиницију ове појаве. Друга могућност је један закон из области грађанског права. У питању је Породични закон, који у члановима 197. до 200. прво уређује дефиницију насиља у породици, а затим грађанскоправне мере заштите од њега. На крају ту је Закон о спречавању насиља у породици, чију праксу анализирамо у овом раду, који у члану 3. такође даје дефиницију насиља у породици и уређује мере које се предузимају као превенција овог понашања. Један од највећих проблема који је створио Закон јесте категорија тзв. ***могућег учиниоца*** у коју законодавац трпа како лице које је извршило неки акт насиља тако и оно које није ништа урадило него према процени полиције то тек треба да уради. Раздвајање оног могућег извршиоца насиља у породици који је нешто урадио од оног који није показало као скоро немогуће у пракси.[12] Закон је

[9] Ђ. Игњатовић, 54-55.

[10] *Ibid*., 55.

[11] чл. 7-9, Закон о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, бр. 6/16 и 24/18.

[12] Ивана Маринковић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Јагодина*, Нови Сад 2018, 33, (у даљем тексту: Јагодина).

овим решењем збунио полицију која првенствено треба да га примењује, али једнако тако и тужиоце и судије.[13] Постоји висок степен правне несигурности у погледу тога како се постаје могући учинилац и шта то заправо значи.[14] Тако се у неким организационим јединицама МУП-а (Јагодина) пријаве насиља у породици код којих има радње, па самим тим и последица, квалификују као кривичне пријаве, а у случајевима где их нема већ има само опасности, као пријаве по овом Закону. Ипак, у оба случаја се изричу хитне мере уз аргумент да је Закон lex specialis у односу на КЗ.[15] У другим (Неготин) се пријаве које имају последице третирају искључиво као кривична дела, док се хитне мере изричу само у случајевима где нема последица.[16] У трећим (Нови Београд) се није држало нити једног од ових правила. Нпр. у случајевима у којим је дата негативна оцена постојања ризика по Закону подношене су кривичне пријаве за кривично дело насиља у породици по КЗ-у.[17]

Услед немогућности да се ове две категорије учинилаца јасно раздвоје, све податке око карактеристика насиља у породици треба узети са резервом. Нпр. ако је неко лице означено само као могући учинилац насиља у породици тада се, по природи ствари, сви подаци око врсте таквог насиља, начина или места где је извршено[18] као и статуса жртве морају узети са резервом. Како је могуће да неко буде жртва ***могућег*** насиља? Такво лице би могло да се назове само ***могућом жртвом***. Слично претходном, ***могуће насиље*** нема радњу, нема време или место извршења, него евентуално могућу радњу, могуће место или могуће време извршења радње. Услед овог проблема кандидати су у својим радовима на различите начине бележили такве податке па их и овај рад мора узети са резервом.

Сад постаје јасно колико је ово питање сложено. Само на основу анализе праксе Закона који предмет завршних радова одговор на питање какве су карактеристике појаве насиља у породици се не може дати тачан одговор. У његовој примени долази до преклапања са надлежностима других државних органа који се такође баве насиљем у породици, тако да се често дешава да

[13] Закон не познаје захтев за било којим степеном сумње као примарним логичким судом што води закључку да свако може да буде могући учинилац: Радојица Лазић, Светлана Ненадић, „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Златибор-Београд, 2017, 498.

[14] *Ibid*.

[15] Јагодина, 33.

[16] Андријана Иконић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Неготин*, Нови Сад 2018, 67, (у даљем тексту: Неготин).

[17] Милица Васић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Нови Београд*, Нови Сад 2018, 59, (у даљем тексту: Нови Београд).

[18] Тако у истраживању за Сремску Митровицу: Бранислав Стеванић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Сремска Митровица*, Нови Сад 2018, 33, (у даљем тексту: Сремска Митровица).

се један исти догађај квалификује као насиље у поридици према више различитих закона. За давање *потпуно* тачног одговора најмање што би требало урадити је да се узму у обзир и ове друге статистике.

1.3. Закључно о методологији рада

И поред свих методолошких препрека са којима се суочава онај ко покуша да пружи одговор на питање феноменолошких одлика насиља у породици које се дају утврдити анализом примене новог Закона у пракси, ови подаци, како ће се показати, ипак имају одређену вредност. Ово стога што се и на малом, неуредном и крајње неуједначеном узорку као што је овај који је искоришћен за израду овог рада, неке од феноменолошких одлика насиља у породици често понављају и изузетно снажно истичу. Оне могу да се означе као, никако коначне и одређене, али као у одређеној мери вероватне, феноменолошке одлике насиља у породици у РС.

2. СТАВОВИ РАДИКАЛНЕ ШКОЛЕ ФЕМИНИСТИЧКЕ КРИМИНОЛОГИЈЕ У ПОЈЕДИНИМ РЕШЕЊИМА ЗАКОНА

Законодавна политика у свакој држави, па тако и у Србији, би требало да буде резултат једне пажљиве, промишљене и одмерене анализе потребе за неким законом, разлога за и против његовог доношења, трошкова за његово спровођење, могућих штетних ефеката и томе слично. У овом случају, по свему судећи, оваква разумна и изнад свега рационална анализа је изостала.

Потрага за изворима овог Закона говори да је он резултат једног дугогодишњег прегнућа НВО радикалног феминистичког усмерења. Такве, као и све друге НВО будући да нису држава, нису заинтересоване да законодавну политику схвате као рационалну делатност, јер за разлику од државе не носе одговорност за резултате исте. Конкретно у питању је био један дуговечан скуп правнополитичких предузећа на којима је, прво на неприродан начин помешана улога домаћих државних органа који имају право и дужност да воде законодавну политику и улога НВО (и страних државних и међународних организација), а затим су НВО постепено преузимале улогу државе у овој процедури. Од државних органа улогу учесника узела је на себе Управа за родну равноправност док су се стране и домаће НВО мењале. Тако је Управа за родну равноправност почела предузеће за доношење овог Закона 2007. године на конференцији под називом „Национална конференција о борби против насиља над женама“.[19] Овај догађај се одиграо у оквиру кампање

[19] Више о овом догађају који се одиграо под покровитељством Савета Европе може се прочитати у акту: „Закључци са Националне конференције о борби против насиља над женама“:

Савета Европе „16 дана активизма против родно заснованог насиља“. Из ово акта сазнајемо да је он само почетак рада на пројекту који треба да се бави насиљем над женама. Управа наставља рад на Закону 2009. године покрећући пројекат под називом „Борба против сексуално и родно заснованог насиља“ овај пут у сарадњи са УНДП-ом. Резултат рада на овом пројекту је тзв. „Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности“ коју је Влада РС усвојила 2009. године.[20] Ова стратегија је била основа за другу сличног назива из 2011. године, опет на предлог Управе за родну равноправност. Она се зове “Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима“ (у даљем тексту: Стратегија).[21] Врло је важна јер је она последњи политички акт који је претходио доношењу Закона. Стратегија потпуно отворено наводи да су је израдили „представници/е, експерти/киње организација цивилног друштва, мрежа организација и институција које се баве заштитом жртава сексуалног и родно заснованог насиља“.[22] Из сврхе рада тих НВО види се да су све организације које учествовале у писању акта радикалног феминистичког усмерења.[23]

Доношење Закона је само један од циљева Стратегије, што се види из њеног VI *Дела*, који се састоји од *Стратешких области*. У II *Стратешкој области* која носи назив *Нормативни оквир* предвиђено је доношење овог Закона[24] тако да није чудо да је он инспирисан радикалном феминистичком идеолгијом и идејама у сфери криминологије.[25] Оне су, као и све радикалне или екстремне идеје, једностране и искључиве, не трпе приговоре или коментаре. С друге стране, ова криминологија користи методологију која је страна науци јер истрајава на уношењу личних искустава у научна истра-

https://www.praxis.org.rs/images/praxis_downloads/zakljuci%20sa%20nacionalne%20konferencije%20o%20borbi%20protiv%20nasilja%20nad%20enama.pdf, 26. фебруар 2017.

[20] Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности жена, *Службени гласник РС*, бр. 15/2009.

[21] Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима – Стратегија, *Службени гласник РС*, бр. 27/2011.

[22] Стратегија, VII.

[23] Из Стратегије сазнајемо ко је у питању: Мрежа Жене против насиља, Лабрис, Инцест траума центар, Центар за промоцију здравља жена, Оаза сигурности, Удружење ромкиња Освит и друге: Стратегија, 3.

[24] Као други циљ у овом делу Стратегије предвиђено је: „измена и увођење нових решења којима се омогућава делотворно поступање и сарадња надлежних органа и служби и обезбеђује делотворна заштита жртава насиља.“. Савим је јасно да су ова ***друга решења*** уствари Закон о спречавању насиља у породици: Стратегија, 43.

[25] Dutton и Nicholls ове идеје називају „радикална феминистичка парадигма“: Donald G. Dutton, Tonia L. Nicholls, „The Gender Paradigm In Domestic Violence: Research and Theory“, *Aggression and Violent Behaviour*, 6/2005, 683.

живање.[26] Као таква ова субјективна методологија је страна класичној научној методологији која инсистира на објективности и непристрасности истраживача који мора да се дистанцира од објекта научне анализе.

Према овим идејама насиље у породици је проблем људских права[27] (а не односа између чланова породице) и састоји се од искључиво од насиља мушкараца над женама (насиља жена над мушкарцима нема) који, према овим ставовима, имају неку митску потребу да сексуалност жена са којима живе држе под надзором[28] (жене немају ову потребу према животима мушкараца који живе с њима).[29] Иначе, ово насиље је увек сексуалне природе,[30] односно састоји се од силовања, који је опет последица неког митског „патријархата над женама" без чијег окончања нема ни окончања тог сексуалног насиља.[31] Добар сиже ове повезаности насиља над женама и сексуалности у радикалним феминистичким ставовима даје један од лидера покрета радикалног феминизма Ellen Willis:

> *„...силовање и други облици мушке агресивности јесу оружје за спровођење мушке надмоћи – за кажњавање женског понашања или просто подсећање које је газда... ...феминизам имплицитно изједначава хетеросексуалност са силовањем... ...Са ове тачке гледишта сексуално насиље је есенција и сврха мушке надмоћи, парадигматична мушка вредност и стога феминистичка главна брига."*[32]

Где се у Закону могу видети решења која су инспирисана овим идејама? Као доказ да је Закон проблему насиља у породици приступио са становишта проблематике људских права а не проблема очувања породице, треба истаћи да је цео Закон, иако називом посвећен породици, уствари посвећен ***жртви***. Овај појам је окосница Закона. *Жртва* је субјект који ужива заштиту, појма

[26] „Радикални феминизам је увео методолошку стратегију која је у директном сукобу са научним методом. Да би се увидело женско постојање, које је невидљиво објективном научном методу, феминисткиња мора намерно и храбро интегрисати своје сопствено искуство угњетености и дискриминације у истраживачки процес": S. Simpson, 609.

[27] Russel Dobash, Emerson Dobash, „Woman's Violance to Man in Intimate Relationship: Working on a Puzzle", *British Journal of Criminology*, 3/2004, 325.

[28] Порекло патријархата и субординације жена у њему се од стране радикалних феминиста види у мушкој агресивности и контроли женске сексуалности. Мушка надмоћ, а не класа, је извор женске подређености: S. Simpson, 607.

[29] *Ibid*., 326-328.

[30] Аргументација радикалних феминиста је изнела сексуалност у средиште аналитичке пажње. Секс, а не род, је кључна аналитичка категорија: S. Simpson, 608.

[31] Susan Schechter, *Woman and Male Violence: The Vision and Struggles of the baterred Women's Movement*, Cambridge, 1982, 37.

[32] Радикални феминизам је створио „...неовикторијанску карикатуру мушке сексуалне природе и генерализовали је у све патријархалне односе": Ellen Willis, „Radical Feminism and Feminist Radicalism", *Social Text*, 9-10/1984, 113-114.

породице у номинативу[33] у Закону нема нигде. Прво место где се то види јесу уводне одредбе о сврси Закона где се говори о *жртви насиља у породици*, што се наставља у наредна 3 поглавља Закона. Осим *жртве насиља у породици*, ту су и *жртве кривичних дела одређених овим Законом*. Када се погледа списак тих других кривичних дела види се та, горе наведена, опседнутост радикалног феминистичког покрета насилном сексуалношћу: у питању се скоро све дела (11 од 12!) из главе XVIII КЗ-а под називом *Дела против полне слободе*. Закон полази од класичне претпоставке радикалне феминистичке криминологије да су насиље у породици и силовање нераскидиво повезани.[34]

Још један од доказа да је ова идеологија инспирисала решења Закона је садржај појма *жртве* као субјекта који ужива заштиту Закона: У ставу 3. члана 3. Закона она није означена као ***члан породице***, како је то у одредбама КЗ-а и ПЗ-а које уређују насиље у породици. У овом Закону појам ***жртве*** се исцрпљује појмом ***лице***, скоро као да су синоними. Такође, Закон уопште не познаје ни појам *детета*, иако би он по здравој логици морао да буде присутан јер су деца, будући да су спрам свог узраста и зрелости најрањивија, највеће жртве насиља у породици.

Даљи докази за тврдњу да је радикална феминистичка криминологија инспирисала Закон се могу наћи у природи самих санкција које се изричу за насиље у породици, тзв. хитним мерама.[35] Једна се зове *привремено удаљење учиниоца из стана* а друга *привремена забрана учиниоцу да контактира жртву и прилази јој*. Када се погледа њихова садржина и упореди са садржином мера из ПЗ, а које се предузимају за поправљање лошег стања у браку у случају развода,[36] види се огромна разлика. За разлику од ПЗ који покушава да поправи односе у браку посредовањем у комуникацијом између брачних другова, а то значи мирењем или нагодбом, Закон као сва решења за насиље у породици нуди искључиво и само раздвајање чланова породице. Као да су сви лекови за насиљем захваћен породични или емотивни однос људи раздвајање истих.

Радикални феминисти створили једну врсту карикатуре мушке сексуалне природе и генерализовали је у све патријархалне односе који постоје у друштву, најпре у породицу. Ту искривљењу и искарикирану слику односа у породици успели су да пренесу у решења Закона о спречавању насиља у

[33] То је једнини падеж српског језика за означавање субјекта у реченици. Све што у реченици није у номинативу није ни субјект.

[34] Силовање није сексуални деликт него деликт мушке моћи, контроле и доминације: S. Simpson, 611.

[35] Закон, чл. 17.

[36] У питању су поступци мирења и нагодбе, који су предвиђени управо за бракове који су у поступку развода. Сврха мирења је да се „...поремећени однос супружника реши без конфликта и без развода брака“, а нагодбе „...да се поремећени однос супружника реши без конфликта након поништења или развода брака“: *Мирење*, Чл. 234., ПЗ; *Нагодба*, чл. 241. став 1., ПЗ.

породици у српско законодавство. Последице ове накарадне законодавне политике у правној пракси јесу предмет следећег дела рада.

3. АНАЛИЗА ПОДАТАКА

3.1. Обим појаве насиља у породици

Из више разлога стопа ове врсте криминалитета се не може извести на класичан начин, а то значи тако што ће се довести у релацију са осталим врстама криминалитета. На првом месту питање је да ли је она уопште врста криминалитета будући да је уређена посебним тј. специјалним законом. Ако су већ основне категорије које овај закон користи назване квазикривичним категоријама, онда би се и ова врста социјалнопатолошке појаве могла назвати квазикриминалитетом. С друге стране 9 организационих јединица МУП-а које су обрађене у радовима који су послужили као основан за ову анализу немају надлежност на једнаким територијама нити покривају сличан број становника. Зато ће број случајева насиља у породици ће бити доведен у релацију са бројем становника на територији на којој има надлежност одређена организациона јединица како би се добили релативни показатељи. Тако изведени релативни показатељи ће бити упоређени.

Орг. јединица МУП	*Број становника*	*Број пријава*	*Лажне пријаве*		*Стварне пријаве*		
			бр.	*%*	*бр.*	*%*	*на 1000 становника*
Ариље	7.000	59	11	18.7%	48	81,3%	**5.8**
Вождовац	158.000	507	0	0%	507	100%	**3.3**
Врање	55.000	480	158	33%	322	67%	**8.7**
Земун	157.000	468	0	0%	468	100%	**3**
Јагодина	37.000	2193	823	37.5%	1370	62,5%	**37**
Неготин	17.000	312	125	40%	187	60%	**11**
Нови Београд	214.000	163	0	0%	163	100%	**0.8**
Ср. Митровица	39.000	872	400	45.8%	472	54,2%	**12.1**
Чачак	73.000	255	74	29%	181	71%	**2.5**

Табела 1: Стопа насиља у породици на 1000 становника

Сасвим је јасно да је стопа изузетно неуједначена и нестабилна. Једино запажање које би се могло извести из датих података јесте да веће средине, нпр. општине у саставу Београда (Вождовац, Земун и Нови Београд) имају нижу

стопу насиља у породици у односу на мање средине. Вероватно да између ових показатеља нема корелације него је оно случајно и зависи од спремности и решености радника организационе јединице МУП-а да решавају пријављене случајеве Законом. У пракси није ретка ситуација да се мање опасни случајеви насиља у породици решавају путем примене једног од овлашћења из Закона о полицији које се зове „упозорење“[37] и да због тога у многим случајевима који се процене као лакши нема примене Закона.[38] Број лажних пријава такође заслужује коментар. Чини се да је он, не само релативно велик[39] него да се повећао у односу на време пре примене Закона.[40] То није случајно. Могућности хитних мера из новог Закона су одговарајуће дејствима идеалног развода: хитном мером удаљења из стана добија се имовина, хитном мером забраном комуникације и приласка добијају се деца. За разлику од бракоразводне парнице која траје годинама поступак изрицања хитних мера по овом Закону траје 8 часова. Речју, ефекат успешно вођење бракоразводне парнице добија се након само једног позива телефоном. Овакав Закон је више него погодан за злоупотребе[41] које могу нанети некад ненадокнадиву штету пријављеном.[42] Из овога следи да је отворено питање колико је стварно оправданих пријава за насиље. Ово питање нарочито добија на значају када се узме у обзир да је један део позитивних процена ризика дат у страху полицијских службеника од дисциплинских пријава од грешке у процени.[43] Код позитивне процене ризика не може да буде грешке. Иначе, као разлози за лажне пријављивање наводе се: несугласице око имовине, око брачних обавеза и дужности, освета напуштеног партнера, љубомора итд.[44]

3.2. Учинилац насиља у породици и одабрани лични фактори насилног криминалитета

Вредна су запажања мишљења о разлозима због којих постоји несразмера мушкараца и жена у истраживањима. Тако се поред класичне примедбе о наводно мушкој насилној природи указује и на „злоупотребе и манипулације жена којима је на основу медија и пренаглашености заштите права жена,

[37] Чл. 72, Закон о полицији.

[38] Јагодина, 29.

[39] Сремска Митровица, 29.

[40] Марко Вуловић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Ариље*, Нови Сад 2018, 78, (у даљем тексту: Ариље).

[41] Ђорђе Зекавица, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Чачак*, Нови Сад 2018, стр, 34, (у даљем тексту: Чачак).

[42] Иван Милић, „Ненадокнадива штета неоправданог вођења кривичног поступка“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), 2017, 12-623.

[43] Чачак, 64.

[44] Сремска Митровица, 29.

искривљена реална слика једне функционалне породице."[45] Такође, треба указати да је велики број лажних пријава уствари подигнут против мушкараца од стране жена. „Оне на основу поднетих пријава покушавају себе да представе као жртву и остваре неке друге циљеве."[46] Такође се као могући разлог спекулише и о одређеној врста несклоности код мушкараца васпитаних у нашој култури да пријављују ову врсту насиља, нарочито када су извршиоци жене.[47] У очима других мушкараца такви изгледају као слабићи.

	незапосленост	***алкохолисаност***	***повраћ***
Ариље	29		25
Вождовац	42	14	19
Врање			12
Земун		10.9	9
Јагодина		38.6	20.4
Неготин		10	24
Нови Београд		21.5	
Ср. Митровица			
Чачак		51	

Табела 3: Заступљеност класичних криминогених чинилаца насилног криминалитета у процентима (%)

	мушки	***женски***
Ариље	75	25
Вождовац	93	7
Врање	80	20
Земун	87	13
Јагодина	87	13
Неготин	65	35
Нови Београд	90	10
Ср. Митровица	95	5
Чачак	87	13

Табела 2: Пол учинилаца насиља у % (заокружено на цео процентни поен)

[45] *Ibid*, 44.
[46] *Ibid*.
[47] Сремска Митровица, 24.

Вредна су запажања мишљења о разлозима због којих постоји несразмера мушкараца и жена у истраживањима. Тако се поред класичне примедбе о наводно мушкој насилној природи указује и на „злоупотребе и манипулације жена којима је на основу медија и пренаглашености заштите права жена, искривљена реална слика једне функционалне породице.“[48] Такође, треба указати да је велики број лажних пријава уствари подигнут против мушкараца од стране жена. „Оне на основу поднетих пријава покушавају себе да представе као жртву и остваре неке друге циљеве.“[49] Такође се као могући разлог спекулише и о одређеној врста несклоности код мушкараца васпитаних у нашој култури да пријављују ову врсту насиља, нарочито када су извршиоци жене.[50] У очима других, било жена било мушкараца, такви такође изгледају као слабићи.

Незапосленост или алкохолисаност би спадали у оно што је у науци описано као *културни чиниоци* насилног криминалитета.[51] Иако нису вођени у свим организационим јединицама МУП-а и овако штури подаци показују да је алкохол релативно присутан код извршилаца насиља у породици, што противречи неким мишљењима у науци да је алкохолизам код насиља у породици „мит“.[52] Нарочито би било важно у будућим радовима на ову тему детаљно утврдити да ли има поврата и нарочито да ли поврат који се бележи у истраживањима специјалан или не. Тако би се могло одговорно полемисати са, у науци често расправљаним, ставовима о биолошким или психолошким склоностима ка насилном понашању појединаца. Нажалост ова полемика је добила идеолошки предзнак захваљујући ставовима екстремне феминистичке криминологије према којој је извор свег насиља мушкараца над женама мушка агресивност и покушај да се сексуалност жена стави под контролу. Будући да је сексуалност жена у правом плану насиља мушкараца над женама, код носилаца ових ставова сви „лични“ фактори криминалитета се одбацују и проглашавају за „политичке“.[53] Према реченим ставовима једини чинилац насиља у породици је патријархално уређење друштва.[54] Са таквим идео-

[48] *Ibid*, 44.

[49] *Ibid*.

[50] Сремска Митровица, 24.

[51] „...независно од биолошких и психичких чинилаца манифестације насилничког понашања условљене су пре свега културним чиниоцима... ...У том колоплету налази се политичка и социјална клима. “:Ђ. Игњатовић, 112.

[52] Тако нпр. de Vasto назива алкохол, стрес и наркоманију као изазиваче насиља у породици “митовима“: Gwen De Vasto, „Victims of Domestic Violence”, *Victimology – A Study of Crime Victims and Their Roles* (eds. J. Sgarzi & J. McDevitt), 2003, нав. према: Ђ. Игњатовић, 114.

[53] K. Barry*, Female Sexual Slavery*, New York, 1979, нав. према: Ђ. Игњатовић, 87.

[54] „Неједнаки односи моћи између мушкарца и жене обликовани су и уграђени у друштвене институције као што су породица, правни систем, религиозни систем и уверења и

лошким ставовима су неспојиви биолошка или психолошка склоност за насиљем, алкохол или стрес као појединачни фактори насиља у породици. Такође, развејавање ових „митова“ би могло да има последицу на „статус и финансирање агенција које штите жене жртве кривичних дела и обезбеђују им подршку“.[55]

3.3. Врста и структура односа у којем се дешава насиље у породици

Раздвајање врсте односа у којем се дешава насиље је врло важно. Оно има способност да наруши класични наратив радикалне феминистичке криминологије која у насиљу у породици види само сексуално насиље мушкараца над женама. Тако се у просеку целокупног истраживања показује да се 57% насиља десило у емотивним односима, а 43% у родбинским. Скоро правилна равнотежа између ове две врсте односа у којима се дешава насиље у потпуности разбија речену представу екстремне феминистичке криминологије која је дала главни тон законодавном решењу.

	емотивни	*сродднички*
Ариље	69	31
Вождовац	51	49
Врање	41	59
Земун	70	30
Јагодина	48	52
Неготин	54	46
Нови Београд	66	34
Ср. Митровица	53	47
Чачак	62	38

Табела 4: Врста односа у којем се појављује насиље у %

Треба озбиљно размотрити мишљења да је блага превага партнерских односно емотивних односа у истраживањима последица чињенице да је од-

та патријархалност друштва је основа мушког насиља над женама.“: Овај као и два накнадна навода преузети су наведеног Приручника у издању Министарства просвете и УНИЦЕФ-а из 2015. године. Он је постао званичан материјал за обуку запослених у васпитно-образовним установама, али и родитеља и ђака у „јачању њихових капацитета заштите жртава родно заснованог насиља“: Смиљана Грујић, *Приручник за превенцију родно заснованог насиља*, Београд 2015, 5-6, 9.

[55] Ђ. Игњатовић, 115.

редба члана 3. Закона која даје дефиницију члановима породице дата преширoко.[56] Она је ставила нагласак на разноразним врстама односа између лица које повезују или су повезивале емоције да је просто немогуће да се то не одслика на захват полицијске интервенције на основу овлашћења која има по овом Закону. Сасвим је вероватан закључак да би уравнотежена дефиниција члана породице у овом Закону дала слику насиља у породици која би се значајно приближила просечној полној структури становништва. У сваком случају класична предрасуда о насиљу у породици као врсти насиља у којем мужеви туку жене, а која је последица медијског сензационализма[57] који доминира у извештавању о овој појави, је истраживањем дефинитивно оповргнута.

Табела 5: Врста емотивног односа у којем се појављује насиље у %

	брачни однос		***ванбрачни однос***		***обична веза***	
	садашњи	***бивши***	***садашњи***	***бивши***	***садашњи***	***бивши***
Ариље	67	18	15	0	0	0
Вождовац	39	43	11	0	7	0
Врање	66	14	20	0	0	0
Земун	39	10	19	0	2	0
Јагодина	48	0	22	0	30	0
Неготин	36	35	29	0	0	0
Нови Београд	49	12	18	9	5	7
Ср. Митровица						
Чачак	56	23	12	0	14	2

Табела 5: Врста емотивног односа у којем се појављује насиље у %

У структури емотивних односа надмоћан је редован брак, а затим ванбрачни однос. Обичне везе су слабије заступљене. Из овога би се могао извући закључак да проста незадовољена или неузвраћена емоција ни изблиза није главни узрок насиља у емотивним везама. Управо супротно, насиље доминира управо у оној вези која је трајног карактера, а то значи у браку. У њега човек више инвестира, како духовно тако и материјално, него у обичну везу. У њему се рађају деца. Зато су у њему разочарања већа, па и насиље. Такође се из података види снажна превага садашњих емотивних односа, у односу на бивше. Нпр. у 51% случајева насиље се дешава у браку, а само у 20% у бившем браку.

[56] Неготин, 49.
[57] Чачак, 43.

Превага је још израженија када су у питању ванбрачне везе или обичне везе, где су садашње заступљене у 19% односно 8% свих случајева у односу на само 1% бивших ванбрачних или обичних веза. Ови подаци говоре потпуно супротно од наратива екстремног феминизима који намеће идеје неког наводног прогањања жена од стране мушкараца жељних неке наводне контроле њихове сексуалности. Када би било тако онда не би било разлике између заступљености различитих врста веза у истраживању. Међутим разлике не само да има, него је јасно наглашена. Она долази отуда што људи у трајније врсте односа више „инвестирају". Најважније од тога јесте „инвестиција" у потомство. Верујемо да је управо брига за будућност потомства разлог за највећу стопу насиља у садашњих или бившим браковима. Да није тако онда би и обичне везе (у којима у правилу нема потомства) биле једнако заступљене у истраживању.

	међугенерацијско	*генерацијско*
Ариље	80	20
Вождовац		
Врање	88	12
Земун		
Јагодина		
Неготин	89	11
Нови Београд		
Ср. Митровица		
Чачак	86	14

Табела 6: Генерацијска структура родбинског односа у којем се појављује насиље у процентима (%)

Када је у питању насиље међу сродницима врло је важно поделити га на оно између различитих генерација и оно између истих, да би се проверила теза најозбиљнијих истраживања насиља у Европи.[58] Према њима генерацијски јаз се узима за основни узрок свег насиља у друштву. Истраживања то потврђују. Насиље између генерација је убедљиво надмоћно у односу на оно унутар исте генерације.

Чак и да добар део становништва РС не живи у сеоским срединама, где је то сасвим природно, није изненађење да више генерација унутар једне породице живи заједно. У урбаним срединама разлог за то је немаштина услед

[58] Р. Мишамблед, 5-8.

које млади немају средстава да се осамостале.[59] У тако великим породицама које се састоје од више генерација сукоби мишљења су неизбежни.[60]

	старији *(насилник)* ***млађа*** *(жртва)*	***млађи*** *(насилник)* ***старија*** *(жртва)*
Ариље	25	75
Вождовац	46	54
Врање	46	54
Земун		
Јагодина		
Неготин		
Нови Београд	35	65
Ср. Митровица		
Чачак	36	64

Табела 7: Однос насилника и жртве у насиљу између генерација у процентима (%)

Показатељ генерацијског односа приликом извршења насиља говори да родитељи у просеку свих истраживања имају скоро дупло већу задршку (37.6%) када треба да дигну руку на децу него обрнуто (62.4%). Изгледа да родитељи више воле децу него деца њих, иако се у неким истраживањима среће мишљење да су разлози и економске природе. Према њима остарели родитељи трпе дечије батине зато што их ова издржавају.[61] Биће ипак да је родитељска љубав та која уздржава просечног човека васпитаног у нашој култури када треба да пријави сопствену децу за насиље.[62] Један од окидача за насиље је и родитељско пребацивање неуспешној деци.[63]

3.4. „Казнена политика“ полиције и правосуђа за насиље у породици (хитне мере)

Процена ризика насиља требала би да се налази на почетку истраживања, одмах после табеле за бројем пријава насиља, јер се по логици ствари

[59] Чачак, 45.

[60] Неготин, 63.

[61] Према њима деца су нервозна зато што издржавају остареле родитеље: Вождовац, 55. Не чини се убедљив овај аргумент, нарочито у урбаним срединама где је однос издржавања управо обрнут. Пре ће бити да остарели родитељи трпе децу коју издржавају. Ово долази отуда што они јесу одавно зарадили своје пензије и давно су отплатили своје дугове, што њихови потомци још нису јер често немају ни посао.

[62] Чачак, 54.

[63] *Ibid*.

налази на почетку полицијског рада по пријавама за насиље по овом Закону. Ипак, услед методолошких и практичних проблема у примени Закона (нпр. нејасноћа где сврстати лажне пријаве) о којима је већ писано то није случај.

	има ризика		*нема ризика*	
	бр.	*%*	*бр.*	*%*
Ариље	**46**	96%	**2**	4%
Вождовац	**157**	31%	**350**	69%
Врање	**322**	67%	**158**	33%
Земун	**202**	43%	**268**	67%
Јагодина	**1370**	100%	**0**	0%
Неготин	**144**	77%	**43**	23%
Нови Београд	**63**	38.6%	**100**	61.4%
Ср. Митровица	**472**	54.2%	**400**	45.8%
Чачак	**181**	71%	**74**	29%

Табела 8: Полицијска процена ризика у апсолутном броју и у процентима (%)

Очекивало би се да је стопа позитивних процена ризика изузетно велика због страха полицијских службеника од последица погрешне процене[64]. Проглашавајући полицију за безгрешну министар очекује превише од ње. Ни у најбољим условима полиција није безгрешна, нити делује и ради без грешке, а камоли да на основу једног кратког разговора потпуно поуздано претпостави будуће понашање појединца. Свестан све слабости положаја у који га ставља Закон, с једне стране немогућности да процени будуће насилничко понашање, а с друге стране могуће казне ако погреши у процени, очекивало би се да сваки полицијски службеник позитивно процењује постојање ризика и одређује хитне мере, без обзира да ли је био у стању да правилно процени њихову потребу или не. Ипак, то се није десило. Ризик је позитивно процењен у просеку целе анализе у мало мање од 2/3 случајева (64%). У истраживању рађеном у ПУ Неготин код већине позитивних процена ризика (чак 130 од 144) нису ни изрицане хитне мере него су оне само прослеђиване полицији у виду кривичних пријава.

[64] „Стефановић: Треба нам нулта толеранција насиља, полиција нема права на грешку“, *Новости*, 24. новембар 2017, *http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:697612-Stefanovic-Treba-nam-nulta-tolerancija-nasilja-policija-nema-prava-na-gresku*, 9. јун 2018.

	Број лица	Укупан број мера	Удаљење из стана		Забрана комуникације и приласка		обе мере
			бр.	%	бр.	%	бр.
Ариље	46	46	8	17%	38	83%	0
Вождовац	157	229	95	41%	134	59%	95
Врање	322	322	129	40%	193	60%	0
Земун	202	224	84	38%	140	62%	84
Јагодина	1370	1858	488	26%	1370	74%	488
Негошин	43	66	23	35%	43	65%	23
Нови Београд	14	26	12	46%	14	54%	12
Ср. Митровица	472	762	290	38%	472	62%	0
Чачак	181	279	98	35%	181	65%	98

Табела 9: Структура изречених хитних мера у апсолутном броју и у процентима (%)

Када је у питању однос једне и друге хитне мере, примети се да постоји превага хитне мере забране комуникације и приласка жртви. Ово је последица чињеница да је Закон дао прешироку одредбу члана породице, такву да се у њој налазе и лица која не само да стварно не живе у породици него никад нису била под истим кровом. У таквим случајевима изриче се само мера забране комуникације и приласка, јер нема заједничког домаћинства из којег треба удаљити учиниоца.[65] С друге стране то је блажа хитна мера па се лакше изриче. Управо захваљујући овоме у случајевима када су изрицане обе мере, увек је уз удаљење из стана, као теже хитне мере, изрицана и забрана приласка и комуникације као лакша. Вероватно се полазило од претпоставке да тежа мера конзумира лакшу. Ово није случај у свим истраживањима. Ово је још један доказ да је догма радикалне феминистичке криминологије обликовала закон. У српској култури, наиме, под појмом породица подразумева се само онај однос у којем људи деле "сто, постељу и кров", док се феминистичка криминологија упиње да ту смести све односе између мушкараца и жена, садашње или прошле, оптерећена потребом о којој смо писали на почетку анализе: да на све начине докаже да је насиље у породици узроковано наводном мушком жељом за контролом сексуалности жена. Да је тако онда би вероватно и број различитих врста мушко-женских односа у истраживању био изједначен, а у свима њима би партнери живели заједно, па би се и мера удаљења из стана појављивала у близу 100% случајева у анализи.

[65] Сремска Митровица, 43.

Ипак, она се појављује у само 35% случајева, који су, вероватно, управо они случајеви где се насиље заиста могло назвати насиљем у породици.

Број продужених хитних мера говори да је страх, који био очекиван код полицајаца који треба да врше процене ризика (на крају се испоставило да та претпоставка није тачна) био присутан код тужилаца, који накнадно вреднујући полицијску процену ризика предлажу продужење хитних мера, и судија који о тим предлозима одлучују.[66] Да страха нема нема врло вероватно да укупан проценат продужених мера не био овако велик (89%). Иако код кандидата има мишљења да је разлог за ову појаву поклапање мерила које користе судови и тужилаштва када одлучују о продужењу мера са онима које користи полиција у процени изрицања мера[67] чини се да је то погрешно. Наиме убедљивији су аргументи који кажу да је „Очигледно да ће у пракси свака процена бити вреднована позитивно од стране јавног тужиоца јер не постоје правни ни логички механизми којим тужилац може да проверава исправност процене...“.[68] Слично вреди за судове. Очекивање законодавца да ће доношење одлука о санкцији (хитна мера) на основу података које неко други прикупи (полиција), а нарочито без непосредног саслушања окривљеног (могућег учиниоца) или сведока (жртава) бити реално, одмерено и сврсисходно је заиста самообмањивање.

	Број мера	***продужено***		***прва мера***		***друга мера***	
		бр.	***%***	***бр.***	***%***	***бр.***	***%***
Ариље	46	41	89%	8	100%	31	79%
Вождовац	229	228	99.5%	95	100%	133	99%
Врање	322	165	51%	61	47%	104	54%
Земун	244	116	47.5%	45	59.5%	71	50.5%
Јагодина	1858	1223	66%				
Неготин	26	26	100%	12	100%	14	100%
Нови Београд	66	50	76%	17	74%	33	77%
Ср. Митровица	762	762	100%	290	100%	472	100%
Чачак	279	279	100%	98	100%	181	100%

Табела 10: Судска процена ризика у апсолутном броју и у % (продужење хитних мера)

[66] Чачак, 74.
[67] Сремска Митровица, 45.
[68] Р. Лазић, С. Ненадић, 497.

Када су у питању прекршене мере, кандидати мисле да су релативно ефикасне и да је страх од потенцијалног затвора као последице кршења мера довољног генералнопревентивног дејства.[69] Ове затворске казне се скоро увек изричу близу свог посебног максимума зато што се лица која прекрше хитне мере аутоматски сматрају повратницима.[70] Без обзира да ли је то разлог, или је разлог тај што су хитне мере непотребне јер се изричу и људима који нису ништа урадили (могући учинилац) остаје чињеница да је прекршено веома мало хитних мера. Обим прекршених хитних мера се креће око ниског једноцифреног броја.

	Број мера	*прекршене мере изречене* ***од стране полиције***		*прекршене мере изречене* ***од стране суда***	
		бр.	***%***	***бр.***	***%***
Ариље	46			11	24%
Вождовац	229			12	7.7%
Врање	322			12	4%
Земун	244			14	6%
Јагодина	1858			37	2%
Неготин	26	0	0%	0	0%
Нови Београд	66	1	1.5%	3	6%
Ср. Митровица	762	3	0.3%	7	0.9%
Чачак	279				

Табела 11: Прекршене хитне мере у апсолутном броју и у процентима (%)

ЗАКЉУЧАК

Поред свих методолошких проблема са којим се суочава рад који покушава да сведе пресек стања у сфери примене овог Закона ипак се могу извући закључци који се могу назвати делимично поузданим у вези са стањем насиља у породици као социјалнопатолошке појаве.

Почетна претпоставка која је требало да буде проверена јесте да ли се класична догма радикалне феминистичке криминологије може потврдити анализом примене Закона. Претпоставка није потврђена. Она, наиме, у насиљу у породици види последицу неке наводне мушке потребе да надзиру

[69] Јагодина, 39.
[70] Исто, 41.

сексуалност својих партнерки, што анализа пресека стања у истраживањима није показала, а морала би да јесте тако јер је Закон изграђен управо на овој, како сада се показује, погрешној представи о породичном насиљу.

Најважнији показатељ који говори у прилог овог закључка јесу подела свих врста насиља у породици према врсти односа у којем се насиље дешава на емотивне и родбинске. Када се изврши оваква подела свих случајева насиља у породици види се скоро подједнака заступљеност оба односа (57% : 43%) док би потврда овог погрешног става захтевала јасну превагу емотивног. Следећи најважнији је даља подела свих врста емотивних односа у којима се дешава насиље на: 1) брачни однос; 2) ванбрачни и 3) обичне партнерске везе. Ове односе је такође потребно поделити на постојеће и бивше. Из анализе се види да је она врста односа која је трајнија више заступљена у истраживању. Када би наведене погрешне тезе радикалне феминистичке криминологије биле тачне онда не би требало да буде разлике између њих, јер у сваком од њих постоји секс као садржај и наводна потреба мушкараца да надзиру сексуалност жена. У стварности се насиље више дешава у оним врстама односа у који партнери улажу више духовне и материјалне енергије и прогресивно опада према онима у које се улажу мање такве енергије. Највише енергије се улаже у оне врсте односа у којима се рађају деца и гради заједничко имање. То значи да што је неки емотивни однос трајнији, темељнији и партнери га озбиљније схватају, то је већа шанса за насиља у њему. Разлог за ово је тај да се људи боје да изгубе своју „целоживотну инвестицију“ – децу и имање. У нетрајним, површним и привременим врстама односа нема тежње нити ка једном нити ка другом, па нема ни фрустрације или беса који води насиљу.

Анализа показује превагу мере забране комуникације и приласка жртви у односу на удаљење из стана (65% : 35%). Ово је последица чињеница да је Закон дао прешироку одредбу члана породице, такву да се у њој налазе и лица која не само да стварно не живе у породици (нпр. бивши партнери) него никад нису била под истим кровом (обична веза). У таквим случајевима изриче се само мера забране комуникације и приласка, јер нема заједничког домаћинства из којег треба удаљити учиниоца. Ова нелогичност је још једна последица чињеница да је учење радикалне феминистичке криминологије удахнуло живот основним решењима Закона. Тако се у појам породице на силу сврстало оно што у српској култури и здравом народном схватању никад није звало породицом: односи мушкараца и жена који немају, нити су имали, поделу стола, постеље и крова.

Као додатни аргументи које анализа нуди у прилог закључка овог рада могу се навести и проценат случајева насиља које су извршили незапослени насилници, или они приликом којих је насилник био алкохолисан или се налазио у повратку. Са већ поменутим догмама радикалне феминистичке

криминологије су неспојиви алкохол или стрес због губитка посла као појединачни фактори сваког насилног криминалитета па тако и насиља у породици. Истовремено, поврат би морао да буде скоро обавезно присутан. Међутим врло висок број незапослених насилника (35%), три пута већи од просечне стопе незапослености у Србији (12%[71]) говори у прилог тога да би стрес и фрустрација због губитка посла могао да буде окидач за насиље пре него нека наводна потреба за контролом сексуалности партнерки. С друге стране релативно мали проценат повратника (18%) је потпуно неспојив са наведеним догмама. Када би оне биле тачне онда би поврат морао да буде далеко присутнији, скоро правило, јер се ова врста насиља у тим догмама приписује некаквог митској склоности мушкараца ка насиљу уграђеној у темеље брака и породице као институција патријархалног друштва.

Будући да су ови закључци делимично основани на подацима, а делимично на претпоставкама које су релативно проверљиве, у будућим истраживањима на ову тему истраживачи би могли поред постојећих да провере и нове податке. Тако би, између осталога, било корисно да се утврде следеће претпоставке које природно произилазе из претходних закључака. Најважније су да ли између насилника и жртве има потомства и да ли има заједничког имања и које је оно вредности у односу на примања партнера и наслеђену имовину. Такође би било сврсисходно проверити у колико случајева женског насиља нема заједнице живљења или која је тамна бројка насиља над мушкарцима.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Милица Васић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Нови Београд*, Нови Сад 2018.

Марко Вуловић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Ариље*, Нови Сад 2018.

Donald G. Dutton, Tonia L. Nicholls, „The Gender Paradigm In Domestic Violence: Research and Theory“, *Aggression and Violent Behaviour*, 6/2005.

Russel Dobash, Emerson Dobash, „Woman's Violance to Man in Intimate Relationship: Working on a Puzzle“, *British Journal of Criminology*, 3/2004.

Смиљана Грујић, *Приручник за превенцију родно заснованог насиља*, Београд 2015.

Ђорђе Зекавица, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Чачак*, Нови Сад 2018.

Андријана Иконић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Негошин*, Нови Сад 2018.

[71] Републички завод за статистику, „Кретање на тржишту рада у првом кварталу 2019“, 31 мај 2019, http://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/20190531-anketa-o-radnoj-snazi-1kv-2019/?s=2400, 26. јун 2019.

Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Београд 2015.
Вероника Крстић-Нешковић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Земун*, Нови Сад 2018.
Радојица Лазић, Светлана Ненадић, „Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Златибор-Београд, 2017.
Ивана Маринковић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Јагодина*, Нови Сад 2018.
Мира Мијаиловић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПС Вождовац*, Нови Сад 2018.
Иван Милић, „Евиденција о осудама за привредни преступ“, *Слобода пружања услуга и правна сигурност* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2019.
Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова ПФуНС*, 1/2015.
Иван Милић, „Ненадокнадива штета неоправданог вођења кривичног поступка“, *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти* (ур. Станко Бејатовић), Београд-Златибор, 2017.
Робер Мишамблед, *Историја насиља: од средњег века до данас*, Београд 2014.
Стефан Самарџић и Иван Милић, „Контрадикторности Закон о прекршајима у области санкција према малолетницима са посебним освртом на мере медицинског карактера“, *Зборник радова ПФуНС*, 3/2014.
Милан Симијоновић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Врање*, Нови Сад 2018.
Бранислав Стеванић, *Примена Закона о спречавању насиља у породици у пракси ПУ Сремска Митровица*, Нови Сад 2018.
Зоран Стојановић, „Кривично право у доба кризе“, *Бранич* 1-2/2011.
Susan Schechter, *Woman and Male Violence: The Vision and Struggles of the baterred Women's Movement*, Cambridge, 1982.
Ellen Wilis, „Radical Feminism and Feminist Radicalism“, *Social Text*, 9-10/1984.
Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.
Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон, и 6/15.
Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/16, 24/18 и 87/18.
Закон о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, бр. 6/16 и 24/18.
Закон о спречавању насиља у породици – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.
Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Службени гласник РС*, бр. 32/13.
Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Службени гласник РС*, бр. 32/13, 94/16.
Закон и изменама и допунама Закона о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 64/15.
Закон о Влади, *Службени Гласник РС*, бр. 55/2005, 71/2005-испр., 101/2017, 65/2008, 16/2011, 68/2012-одлука УС, 72/2012, 7/2014-одлука УС, 44/2014.
Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности жена, *Службени гласник РС*, бр. 15/2009.

Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима – Стратегија, *Службени гласник РС*, бр. 27/2011.

Предлог Закона о спречавању насиља у породици, Образложење на страни 14, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf,

„Живимо у доба рата објављеног историјској науци, Реч Милорада Екмечића, добитника награде „Печат времена“ за историографију, приликом уручења признања“, *Печат*, 2011, http://www.pecat.co.rs/2011/05/milorad-ekmecic-zivimo-u-doba-rata-objavljenog-istorijskoj-nauci/

„Кретање на тржишту рада у првом кварталу 2019“, Републички завод за статистику, 31 мај 2019, http://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/20190531-anketa-o-radnoj-snazi-1kv-2019/?s=2400

„Анализа извештавања дневне штампе о насиљу у породици (фебруар, март и април 2015.)“, Контакт, 20. мај 2015. године, *http://kontakta.rs/analiza-izvestavanja-dnevne-stampe-o-nasilju-u-porodici-februar-mart-april-2015/*

„Алексин закон, да се дјеца не убијају“, *Ал Џазира*, 13 децембар 2015, *http://balkans.aljazeera.net/vijesti/aleksin-zakon-da-se-djeca-ne-ubijaju*

„Нови Сазив, нова шанса за Алексин закон“, *РТС*, 20 јул 2016, *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/2391681/novi-saziv-nova-sansa-za-aleksin-zakon.html*

„Закон о спречавању насиља у породици заказао у пракси?“, *H1*, 7. јул 2017, *http://rs.n1info.com/a281692/Vesti/Vesti/Zakon-o-sprecavanju-nasilja-u-porodici-zakazao-u-praksi.html*

„Убијено три пута више жена него прошле године, да ли је Закон заказао?“, *РТС*, 18. април 2018, *http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/drustvo/3109024/ubijeno-tri-puta-vise-zena-nego-prosle-godine-da-li-je-zakon-zakazao.html*

„Браво државо, Након акције Курира усвојен Закон о спречавању насиља у породици“, *Курир*, 24. новембар 2016, *https://www.kurir.rs/vesti/drustvo/2557015/kurir-tv-prenosi-uzivo-konferencija-u-palati-srbija-stefanovic-o-akciji-iskljuci-nasilje*

„Од 1. јуна насиље више неће можи да се сакрије“, *Политика*, 27. мај 2017, *http://www.politika.rs/sr/clanak/381535/Od-1-juna-nasilje-u-porodici-vise-nece-moci-da-se-sakrije*

„Пашалић: Од почетка године убијена 21 жена“, *Данас*, 17. април 2018, *https://www.danas.rs/drustvo/pasalic-od-pocetka-godine-ubijena-21-zena/*

„Од почетка године убијено 20 жена“, *Политика*, 10. мај 2018, *http://www.politika.rs/scc/clanak/403471/Od-pocetka-godine-ubijeno-20-zena*

„Стефановић: Треба нам нулта толеранција насиља, полиција нема права на грешку“, *Новости*, 24. новембар 2017, *http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:697612-Stefanovic-Treba-nam-nulta-tolerancija-nasilja-policija-nema-prava-na-gresku*

„Закључци са Националне конференције о борби против насиља над женама“: https://www.praxis.org.rs/images/praxis_downloads/zakljuci%20sa%20nacionalne%20konferencije%20o%20borbi%20protiv%20nasilja%20nad%20enama.pdf

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs

Basic Assumptions of Feminist Criminology in the Results of the Implementation of *Law on Rrevention of Family Violence*

Abstract: *First two years of implementation of the Law on prevention of family violence is a just an occasion to try to bring together results of its effects. Starting point for this analysis was presumption that the radical feminism and its counterpart in criminology, radical school of feminist criminology, shaped the Law. According to it family violence is a product of alleged male wish to control female sexuality. This control is conducted through social institutions such as family and marriage. As long as these institutions persist violence is repeated. Consequently, recidivism must be present as a rule. So, these institutions are to be destroyed. Some other personal factors of criminal behaviour within family do not exist. Other forms of family violence are not acknowledged and distinction between them is not made.*

At the beginning author gives detailed description of a numerous methodological obstacles which hamper analyses. In the next part basic presumptions originating from radical school of feminist criminology was summarily proved by brief analysis of a several provisions of the Law itself. In the third part author summarize effects of a Law by using 9 individual surveys of practice of a 9 different police departments in Republic of Serbia. Despite serious methodological obstacles and relatively scarcity of a survey sample, author's assessment of a practice shows that basic presumptions of the radical school of feminist criminology are not proved in context of a Serbian society.

If this presumption were, proven violence between partners must have been dominant in comparison with violence between relatives in analysis. In reality, violence between relatives exists in almost one-half of all cases: 43%. Furthermore, a division between three possible partner relations, a marriage, extramarital relations and a simple romance (and then on existing ones and former) shows that more formal and more stable type of relations are more represented in analysis:

51% of all cases happened in existing marriages, further 19% in existing extramarital relations and 8% in existing romances. Likewise, all existing relations are more represented in analysis in relation to former ones: 20% of cases happened in former marriages and former extramarital relations and a simple romance are represented in analysis with only 1% of all cases respectively. It is quite possible that people, educated and raised in Serbian culture, are more violent in relations in which they "invested" more. Their "investment" is a spiritual and material energy spent in relation. Those who want to have kids, raise family and acquire property and the other way round choose more formal and stabile types of relations. When faced with deprivation of these investments (kids and property) or when these are endangered, it is quite possible for people to become violent. In relations that are temporary, ephemeral or lightly perceived there is no such a kind of "investment", and, it seems, no violence.

Other possible personal factors of violent criminality are present in analysis. Perpetrators of violence are in 37% of cases unemployed. On the other hand, only 18% of them are repeated offenders, so recidivism is not high.

When it comes to so called "urgent measures" as a specific type of sanctions for family violence they are issued in 2/3 of all cases. Restrain of approach and communication with victim is more frequent in comparison with eviction from home. This is understandable. With so broad definition of a member of a family, Law offers protection to persons who are in such a type of relations in which joint living is not an option. Therefore, there is not a joint accommodation from which a perpetrator should be evicted. The same applies for all former relationships, which also enjoy protections of the Law although former partners, by definition, do not live jointly any more. Ratio between measures is 35% eviction orders to 65% restrain orders. In all cases where eviction order is issued, the other measure is also issued. Out of these two facts it is possible to draw conclusion that eviction order is only measure necessary in Serbia. In Serbian culture, the notion family comprises only of relationships in which people share „table, bad and roof". Author argues that only this type of a relation is a family, which, as a case may be, needs protection. This is one proof more that radical school of feminist criminology shaped the Law. Its teaching tries to force all relations between man and a woman, existing and former, within the notion of a family. However, concludes the author, results of implementations of the Law in Serbia speaks, on the contrary, that such a teaching is a strange body in Serbian culture, society and, consequently, legal practice.

***Keywords**: law, prevention, family violence, police practice, metodology, feminist criminology.*

Датум пријема рада: 27.1. 2020.

Оригинални научни рад 42.565.2(450+497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-26531

Др Слободан П. Орловић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs

Др Наташа Н. Рајић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Rajic@pf.uns.ac.rs

УЛОГА УСТАВНОГ СУДА У РАЗВОЈУ УСТАВНИХ СИСТЕМА ИТАЛИЈЕ И СРБИЈЕ*

Сажетак: *Уставни суд, као посебна институција у систему централизоване контроле уставности, заузима значајно место у модерној уставној држави. Овај рад има за циљ да укаже на специфичности уставних судова Италије и Србије и њихову улогу у развијању уставних система ових држава. Анализа обухвата обим и квалитет надлежности ових уставних судова; начин на који интерпретирају устав у вршењу својих надлежности као и квалитет дијалога који развијају са судским и политичким органима. Посебан осврт је учињен на улогу Уставног суда Италије у заштити уставног идентитета на наднационалном нивоу који, чини се, заузима кључно место у развоју европског конституционализма данас.*

Кључне речи: *уставни суд, уставни систем, Италија, Србија.*

1. УВОД

Уставни суд, као посебна институција у систему централизоване контроле уставности, заузима значајно место у модерној уставној држави. Овај орган се мање-више јасно позиционирао у уставним системима тзв. старијих демократија (у којима постоји), док у тзв. државама у транзицији, чини се,

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2019. годину. Пројекат се финансира сопственим средствима Правног факултета у Новом Саду.

још тражи своје место у уставном систему. Сличан закључак се може извести и када је реч о неким државама Европске уније.[1]

Уставни суд Италије припада групи старијих европских уставних судова. У тренутку када је успостављен, Уставом од 1948. године, правно и политичко окружење није ишло на корист успостављању судске контроле закона. Уставни концепт Италије након Другог светског рата представљао је чудну мешавину британске и француске правне традиције. Са једне стране, сувереност парламента била је неупитна (блиско британској правној традицији); са друге, судска власт је сматрана устима закона, *la bouche de la loi* (блиско француској правној традицији). Најјаснији доказ да институција уставносудске контроле закона није била најдобронамерније прихваћена представља одлагање њеног фактичког успостављања. Уставни суд Италије је успостављен 1956. године, дакле, осам година након доношења Устава којим је нормативно уобличен.[2]

Међутим, упркос почетном неповерењу, Уставни суд је брзо израстао у једну од најутицајнијих институција у уставном систему Италије и завредео највеће поштовање свих других органа власти.[3] Висок ниво креативности и активизма који испољава током година омогућава развој италијанског правног система и успостављање модерне уставне државе. Међутим, специфичност уставносудског активизма огледа се у томе што Суд у тумачењу уставних норми веома често иде далеко од самог текста Устава и постаје чинилац његове „тихе трансформације“.[4] У том смислу, одлуке Уставног суда чине важан део уставне материје у уставном праву Италије и незаобилазан су елемент у његовом разумевању.[5] И уопште, посебност италијанског

[1] Према Извештају Комисије Европске уније из децембра 2017. године у Пољској је у периоду од две године усвојено тринаест закона који утичу на читаву структуру судског система, делујући, између осталог, и на Уставни Трибунал; да је законодавној и извршној власти омогућено да врши политички утицај на судску грану власти, те да постоји јасан ризик кршења владавине права у овој држави. Видети: Marta Cartabia, „The Rule of Law and the Role of Courts“, *Italian Journal of Public Law*, vol. 10, issue 1, 2018, 5.

[2] Marta Cartabia, „Of Bridges and Walls: The Italian Style of Constitutional Adjudication”, *Italian Journal of Public Law*, vol. 8, issue 1, 2016, 38-41.

[3] *Ibid*, 41.

[4] Tania Groppi, Irene Spigno, „The Constitutional Court of Italy“, *Comparative Constitutional Reasoning* (*eds.* András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich*),* Cambridge 2017, 516-517.

[5] Простор за велики раскорак у садржини формалног и материјалног појма устава у Италији лежи, пре свега, у чињеници да текст Устава представља материјални израз два међусобно супротстављена политичка блока која су чинила састав Уставотворне скупштине: Католичке партије (*Democrazia Cristiana*), са једне стране, и партија левог крила, са друге (*Partito Comunista* и *Partito Socialista*). Компромис у прихватању њихових захтева изражен је тако у форми, понекад супротстављених, уставних принципа чије се усаглашавање мора вршити у тренутку примене односно тумачења Устава. Irene Spigno, „Additive Judgments“, A Way to Make the Invisible Content of the Italian Constitution Visible, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (eds. Rosalind Dixon, Adrienne Stone), Cambridge 2018, 458.

конституционализма лежи управо у уставним променама које се неформално одвијају у различитим формама, што представља последицу уставне културе ове земље и њеног политичког система.[6]

Уставни суд Србије, пак, установљен је касније, 1963. године. Међутим, безмало шездесет година његовог постојања ипак га не сврстава у ранг угледнијих институција ове врсте на европском правном простору. Разлози су очигледни. У амбијенту социјалистичке уставности, Уставни суд је сматран саставним делом скупштинског система заснованог на начелу јединства власти у којем је фактичку премоћ имала комунистичка партија. Отуда активност Суда у овом периоду није упоредива са активношћу значајнијих европских судова, будући да се Суд није бавио озбиљним питањима уставног система. Озбиљније позиционирање Уставног суда у уставном систему није фактички успостављено ни након доношења Устава од 1990. године, односно увођења принципа поделе власти, иако је у формалном смислу овај орган имао карактер независне и самосталне институције уставне контроле. Тек након доношења Устава од 2006. године Уставни суд је почео озбиљније да захвата област заштите уставности.[7] Дакле, последње две деценије, угрубо речено, могле би се сматрати периодом поступног позиционирања ове институције у уставном систему, који тече упоредо са развијањем уставне културе као и сазревањем правних и политичких институција у Републици Србији.

Оба уставна суда су прилично различита, како у погледу уставноправног положаја и улоге, тако и у погледу друштвног и политичког амбијента унутар којег делују, националног и наднационалног. Управо та различитост пружа простор за уочавање другачијих модела и приступа у уставном судовању као и изналажење оних који могу бити корисни са аспекта развијања институције уставног суда. У том смислу, овај рад има за циљ да укаже на специфичности које одликују уставне судове ових двеју земаља као и њихову улогу у развијању уставних система, са посебним освртом на заштиту уставног идентитета који, чини се, заузима нарочито место у развоју европског конституционализма данас.

2. НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНИХ СУДОВА

Када се посматра начин на који су нормативно уобличени уставни судови Италије и Србије, осим сличности у погледу начина избора судија, у свему другом уочава се јасна разлика. Надлежности уставних судова ових двеју држава су битно другачије опредељене по обиму, па и по квалитету.

[6] Опширније: T. Groppi, I. Spigno, 517.

[7] Опширније: Драган Стојановић, „Да ли и како реформисати Уставни суд?“ *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018, 31-32.

Уставни суд Италије има веома уско постављен круг надлежности. Овим је и сам приступ овом суду прилично отежан, што му у извесном смислу обезбеђује ауторитет као и простор да се фокусира на суштинска уставноправна питања. Уставни суд, практично, има четири надлежности: испитивање уставности националних и регионалних закона; одлучивање о сукобу надлежности између државе и региона као и између самих региона; одлучивање о оптужбама против председника Републике за издају и покушај обарања устава и, најзад, одлучивање о прихватљивости захтева за одржавање референдума о укидању закона. Прве три надлежности успостављене су Уставом, док је четврта уведена чланом 2 Уставног закона бр. 1/1953.[8]

Сама нормативна уставна контрола, поред националних и регионалних закона, укључује и националне акте са законском снагом, уставне законе којима се мења Устав, па чак и законе који су били на снази пре доношења Устава од 1948. године.[9] У италијанском уставном систему ова контрола је претежно ослоњена на конкретан спор уставности, који подразумева активну улогу редовних судова у његовом покретању.[10] И уопште, посебност италијанске уставносудске нормативне контроле лежи у непрестаном дијалогу који се одвија између Уставног и редовних судова, односно начина на који се перципира улога редовних судова у контроли и заштити уставности. У том смислу, сарадња Уставног и редовних судова представља угаони камен система уставносудске контроле, те њихова међузависност тешко да допушта закључак да је Уставни суд у потпуности супериоран у односу на редовне судове, када је реч о овој врсти контроле.[11] Насупрот томе, активна легитимација у погледу покретања апстрактне уставносудске нормативне контроле лежи у рукама државе и региона. Након реформе из 2001. године ова контрола у оба случаја има накнадни карактер и њено покретање стриктно је ограничено роком, иако превентивна контрола није у попуности елиминисана из правног система. Пре реформе, држава је могла да затражи испитивање регионалних закона пре њиховог ступања на снагу, док су региони могли да затраже испитивање националних закона тек након њиховог ступања на снагу.[12] У италијанском систему уставне контроле, предмет испитивања не могу бити акти подзаконског карактера, што је случај код нас.

---

[8] T. Groppi, I. Spigno, 519.

[9] Justin Orlando Frosini, „Constitutional justice“, *Introduction to Italian Public Law* (ed. Giuseppe Franco Ferrari), Milano, 2008, 195.

[10] Изузетак у том смислу су биле 2012. и 2013. година када су апстрактни спорови уставности имали превагу над конкретним. Paolo Passaglia, „Making a Centralized System of Judicial Review Coexist with Decentralized Guardians of the Constitution: The Italian Way“, *The Italian Law Journal*, vol. 2, no. 2, 2016, 422-423.

[11] *Ibid,* 417.

[12] Опширније: J. Orlando Frosini, 198-200.

Уставни суд Србије, за разлику од Уставног суда Италије, има преширок круг надлежности „које знатно превазилазе стандарде европског модела уставног судства.“[13] Овако широки круг надлежности, са нормативне стране пружа шири простор за заштиту уставности. Међутим, у суштинском смислу, како се показало у пракси, овакав приступ у дефинисању надлежности Уставног суда разводњава његову улогу заштитника Устава. Пракса показује да су поступци по уставним жалбама у добром делу маргинализовали основну уставносудску функцију нормативне контроле права, док неке надлежности Уставног суда нису нашле своју практичну примену ни у једном конкретном случају.[14] Сама нормативна контрола права је широко постављена, како у погледу аката који могу бити предмет ове контроле (укључујући и подзаконске акте), тако и у погледу субјеката за покретање овог поступка, у које се убраја и сам Уставни суд. Конкретан спор уставности је, такође, нормативно уобличен, али у пракси нема своју примену. Растерећење Уставног суда, у извесном смислу, учињено је законским преношењем надлежности испитивања повреде права на суђење у разумном року у надлежност редовних судова.[15] Међутим, и само одступање од начела супсидијарности уставне жалбе (оно се, наиме, односило на заштиту права на суђење у разумном року) било је прописано законом, па се с правом може поставити питање уставности таквог облика „подешавања“ надлежности Уставног суда.

У надлежност оба уставна суда је одлучивање о оптужбама против председника Републике. Поступак одлучивања је ипак различито постављен. У оба случаја поступак се покреће од стране парламента; међутим, у италијанском уставном систему поступак се окончава доношењем одлуке Уставног суда, док у нашем систему уставносудска одлука само претходи коначној одлуци коју доноси парламент односно Народна скупштина.[16] Узгред, ова надлежност Уставног суда Италије се раније протезала и на одлучивање о оптужбама против министара. Оно је Уставним законом број 1/1989 пренето у надлежност редовних кривичних судова. Уставна пракса познаје један такав случај: случај *Lockheed* из 1978-79. године који се водио против два бивша министра.[17]

---

[13] Боса М. Ненадић, „Утицај уставносудског делања на вршење законодавне власти“, *Номотехника и правничко расуђивање* (ур. Радмила Васић), Београд, 2018, 242.

[14] Опширније: Д. Стојановић (2018).

[15] Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.

[16] Опширније о одлучивању о оптужбама против шефа државе у италијанском уставном систему: J. Orlando Frosini, 209-210.

[17] The Italian Constitutional Court, 37. доступно на: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Italian_Constitutional_Court.pdf (02.06.2020).

3. НАЧИНИ УСТАВНОСУДСКОГ РЕЗОНОВАЊА ОДНОСНО „ЧИТАЊА“ УСТАВА

Нормативни аспект је нужан, али не и довољан критеријум за поређење два уставна суда. Далеко је важније узети у обзир начин на који уставни судови врше надлежности уставносудске контроле, у суштинском, супстанцијалном смислу. У којој мери и на који начин им уставни текст служи као мерило вршења сопствених надлежности, на који начин приступају његовом „читању“, и последично, каква је њихова улога у његовом развијању узимајући у обзир уставноправни положај ових институција и друштвено-политички амбијент унутар којег делују? И на овом пољу се показују значајне различитости.

Уставни суд Италије негује наглашен интерпретативни стил у „читању“ устава. Сагласно теорији којој је приклоњен Уставни суд Италије, основни параметри у тумачењу устава су уставни принципи или уставне вредности. То је изражено и у самој одлуци Уставног суда (1/2013) у којој је јасно подвучено да се Устав темељи на принципима који су блиско повезани и који треба да буду међусобно уравнотежени, да се судска контрола мора вршити у односу на уставни систем као целину, а не у односу на појединачне одредбе посматране издвојено, те да фрагментарна интерпретација може водити исходу који је супротан циљевима уставне заштите.[18] Овакав интегративни приступ у тумачењу уставног текста је природан модел у вршењу уставне контроле.

Уставни суд Италије није нарочито наклоњен позитивистичком приступу и строго језичком тумачењу уставних норми и у томе је његова специфичност. Према речима самог Суда „*чиста текстуална интерпретација је увек примитивни метод*“ нарочито када је уставна интерпретација у питању.[19] Сасвим супротно, Суд је опредељен за интерпретативни стил, који негује системско тумачење уставних принципа и балансирање права. Таквим приступом Суд исказује јасан уставносудски активизам и доприноси успостављању разлике између „писаног“ и „живог“ устава, карактеристике типичне за италијански уставни систем.[20] И уопште, правила тумачења у Италији нису строго опредељена. Дословно тумачење текста јесте само један од приступа које суд може одабрати и обично представља почетну позицију. Судови могу одступити од строгог придржавања текста и узети у обзир стварну интенцију законодавца, па чак и друштвену еволуцију и промене у

[18] Опширније: T. Groppi, I. Spigno, 527.
[19] Одлука 1/2013. Нав. према: *Ibid,* 549-550.
[20] Опширније: *Ibid,* 557.

ширем правном поретку.[21] Несумњиво је да оваквим модерним приступом Уставни суд, са једне стране, доприноси еволуцији уставног система, а са друге, замагљује границу између пожељне мере уставносудског активизма и саме уставотворне власти.

Уставни суд Србије, такође, негује и развија системски приступ у тумачењу Устава, са ослонцем на уставна начела. Међутим, наш Уставни суд ипак нема ту меру инвентивности какву има Уставни суд Италије, у смислу да иде далеко од самог уставног текста. И наш Уставни суд је, у одређеним случајевима, исказивао креативност у том правцу, потврђујући права која словом Устава нису записана.[22] Исказао је, такође, инвентивност и у развијању појединих уставних начела, нпр. начела јединства правног поретка, изнедривши категорију тзв. системских закона. У том смислу, наведена уставносудска пракса допушта закључак да уставносудски активизам постоји у извесној мери и у раду нашег Уставног суда.

Међутим, чини се, ипак, да се наш Уставни суд више креће на терену „неутралне власти", те да уставносудском активизму прибегава у одређеној мери и без јасно изграђеног приступа. Овакав закључак се може извући са ослонцем на речи проф. Стојановића, бившег судије Уставног суда, да не постоји сумња да је наш „*Уставни суд до сада јасно исказивао намеру да стрикшно пошшује доктрину судског ограничења и судске уздржљивости, не само у контроли уставности закона, него и проверавању уставности одлука редовних судова у поступку по уставним жалбама.*"; да је у последњем случају „*после извесног колебања, постепено напуштао доктрину ригидне уздржљивости, тражећи ослонац за властити судски активизам у интерпретационим фигурама Суда у Стразбуру.*"[23] Исти аутор, такође, наводи „*да му се може замерити да је у појединим случајевима у томе можда отишао предалеко, поступајући као виша судска инстанца.*"[24] Најзад, исти аутор подвлачи да је у пракси развијена и „*сумњива конструкција „политичких аката" који измичу уставносудској контроли.*"[25] Узимајући све то у обзир, природно се намеће закључак да се наш Уставни суд још увек „профилише" у улози заштитника Устава, тражећи неопходан баланс између остваривања функције неутралне власти као и пожељне мере уставносудског активизма неопходно потребне за развијање Устава.

---

[21] P. Passaglia, 427.

[22] Уставни суд је, нпр. потврдио постојање слободе појединца да одлучује о располагању са својим посмртним остацима, иако ова слобода, словом Устава, није изричито гарантована. Вид. IУз-27/2009, *Службени гласник РС*, бр. 85/2013.

[23] Д. Стојановић (2016), 44.

[24] *Ibid.*

[25] *Ibid,* 44. и фуснота 3.

4. ДИЈАЛОГ УСТАВНОГ СУДА СА ДРУГИМ ОРГАНИМА

Остваривањем уставне контроле, уставни судови непрестано граде и развијају однос са органима власти чије акте оцењују. Уставни суд Италије, иако свестан своје основне мисије, од самих почетака негује отворен и релацијски однос са другим органима власти, како политичким тако и судским.[26] Овај однос се развија и гради на међусобном дијалогу, који Устави суд, са своје стране, провоцира различитим модалитетима одлучивања који немају стриктно нормативно упориште, већ представају плод праксе овог Суда. У том смислу, у теорији се оцењује да је Уставни суд Италије, управо оваквим различитим типовима одлука, извршио снажан утицај на целокупни правни систем и истовремено обликовао односе са другим гранама власти, превасходно са судском и законодавном.[27] Уставни суд Србије, са своје стране, обликује ове односе држећи се претежно концепта неутралне политичке власти, уз извесни степен активизма, нарочито када је реч о испитивању аката судске власти.

а) однос уставног суда са судском влашћу

Уставни Суд Италије од самих почетака поступно развија изузетно квалитетан дијалог са редовним судовима и то на два начина. Са једне стране, овај Суд је постепено преместио обавезу системског тумачења устава на судску власт, путем доктрине о тумачењу сагласном Уставу („*Interpretation in Conformity with the Constitution*“).[28] Сагласно овој доктрини, поступајући суд, пре покретања конкретног спора уставности, мора да покуша да одредби (коју треба да примени) да значење сагласно Уставу, „залазећи чак иза самог текста одредбе, уколико је то потребно“.[29] Овај принцип, заједно са доктрином „живог закона“ („*diritto vivende*“) чини окосницу односа Уставног суда и редовних судова у Италији и помоћу њих се у практичном смислу остварује разграничење надлежности ових органа: примарна надлежност у тумачењу закона остаје у рукама судске власти; надлежност тумачења Устава и контроле закона у рукама Уставног суда. [30] Међутим, чињеница да применом овог принципа, судови у тумачењу могу отићи далеко од дословног значења одредби закона у теорији је отворила питање мере допустивости

[26] M. Cartabia (2016) 41.

[27] Опширније: T. Groppi, I. Spigno, 523.

[28] Уставни суд је принцип тумачења сагласног уставу (или уставно конформног тумачења) први пут изложио у својој одлуци бр. 356/1996 подвукавши да „закони нису проглашени неуставним зато што им је могуће дати неуставно значење (што неке судије чине), већ зато што им није могуће дати уставно конзистентно тумачење“. *Ibid*, 541.

[29] *Ibid*, 527.

[30] M. Cartabia (2016), 48-49.

залажења судова у процес стварања права. У том смислу постоји запитаност да ли се судови заиста задржавају у границама Уставом прописане надлежности, ако се има у виду да се уставним одредбама даје нормативни облик вредностима и да њихова практична примена може водити многоструким па чак и опречним решењима.[31]

Са друге стране, Уставни суд Италије је свој дијалог са судском влашћу употпунио различитим облицима интерпретативних одлука.[32] Овај облик одлучивања утемељен је на разликовању појмова „одредба“ и „норма“ у смислу да одредба представља писани текст законодавног акта, а норма значење које судови дају одредби приликом њене интерпретације.[33] На тај начин је Уставни суд Италије поставио оквир унутар којег развија дијалог са судском влашћу на темељу уставноправног промишљања и аргументације.

Специфичност уставносудске контроле над судском влашћу у Италији огледа се у непостојању уставне жалбе као посебног правног средства за заштиту људских права. Уставни систем Италије, дакле, не пружа простор грађанима да се непосредно обрате Уставном суду, него је пут уставносудске заштите једино могућ унутар поступка инцидентне нормативне контроле.

Насупрот италијанском, наш Уставни суд није развио одговарајући квалитет дијалога са судском влашћу. Однос овог органа са редовним судовима се „*још увек показује као изузетно деликатна, понегде и крајње сложена правна ситуација, како са начелног и правно-догматског, тако још више са становишта праксе*.“[34] У пракси, они се још увек не посматрају као односи комплементарности, што у суштинском смислу јесу. Разлози за то су недостатак уставне културе као и неразумевање природе односа ова два органа.[35]

Основно проблемско место у односима ових органа постојало је, и постоји, у области поступања по уставној жалби. Као спорно, најпре се поставило питање да ли Уставни суд може поништавати одлуке судова у поступку о уставној жалби. Након парцијалног касирања закона којим је Уставни суд, у поступку покренутом по сопственој иницијативи, напокон „вратио“ над-

---

[31] Опширније: Gino Scaccia, „Constitutional Values and Judge-Made Law“, *The Italian Law Journal*, vol. 3, no. 1, 2017, 188-190.

[32] Опширније о интерпретативним одлукама видети: Танасије Маринковић, „Интерпретативне одлуке уставних судова“, Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу, Београд 2004, 243-261.

[33] J. Orlando Frosini, 202-203.

[34] Д. Стојановић (2018), 43.

[35] Vladan Petrov, Maja Prelić, Odnos Ustavnog suda i sudova u svetlosti ustavnog nadzora nad sudskim odlukama – analiza prakse Ustavnog suda Srbije, 2, доступно на: http://www.fcjp.ba/analize/Vladan_Petrov4_i_Maja_Prelic2 Odnos_Ustavnog_suda_i_sudova_u_svetlosti_ustavnog_nadzora_nad_sudskim_odlukama-analiza_prakse_Ustavnog_suda_Srbije.pdf (22. фебруар 2020.)

лежност уставне контроле судских одлука, чинило се да је спор решен.[36] Међутим, спор је наставио да се продубљује „*ставовима које је у својим одлукама о уставној жалби утврђивао Уставни суд тумачећи материјалноправне и процесноправне одредбе закона, а Врховни касациони суд одбијао да их примени уколико су били другачији од оних које је он заузео.*“[37]

Ни стање у области нормативне контроле права није охрабрујуће када је реч о развијању дијалога Уставног суда и редовних судова. Инцидентна контрола нормативних аката је потпуно умртвљен институт у нашем уставном систему.[38] Ова чињеница може послужити као прилично добар показатељ у којој мери су судови приклоњени уставно конформном тумачењу права које примењују у конкретним случајевима. Са друге стране, интерпретативне одлуке у пракси нашег Уставног суда нису у тој мери присутне, нити се по свом значају могу поредити са таквим одлукама старијих уставних судова.[39] Међутим, и само њихово постојање не гарантује да ће се уставносудска интерпретација права садржана у њима заиста и поштовати у пракси примене права будући да не постоји механизам којим би се то утврдило, изузев уколико би се пред Уставним судом појавила уставна жалба која се позива на интерпретативну одлуку.[40]

б) однос уставног суда са законодавном влашћу

Уставни суд Италије, у складу са сопственим схватањем своје уставне мисије, развија отворен и међузависан однос и са законодавцем. У томе, мора се признати, показује наглашену креативност различитим облицима одлучивања којима, практично, манипулише текстом одредби које испитује. Таквим одлукама може вршити парцијалну касацију одредбе; затим, заменити део оспорене одредбе нечим другим или пак, „дописати“ оспорену одредбу и на тај начин попунити правну празнину за коју налази да постоји.[41] У последњем случају реч је о одлукама које су нарочито деликатне.[42] Ове

[36] ІУз-97/2012, *Службени гласник РС*, бр. 18/2013.

[37] Katarina Manojlović Andrić, Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje, 14, доступно на: http://www.fcjp.ba/analize/Katarina_Manojlovic_Andric-Odnos_Vrhovnog_kasacionog_suda_i_Ustavnog_suda-konflikt_koji_i_dalje_traje.pdf (22. фебруар 2020.)

[38] Драган Стојановић, Стање и проблеми у остваривању накнадне уставне контроле права, *Зборник радова Устав Републике Србије – пет година после (2006-2011)*, Ниш, 2011, 16.

[39] Dragan Stojanović, Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72/2016, 50. Опширније о конкретним примерима интерпретативних одлука у пракси нашег Уставног суда: Наташа Рајић, „Интерпретативне одлуке у пракси Уставног суда Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 359-373.

[40] *Ibid,* 49.

[41] I. Spigno, 463-464.

[42] T. Groppi, I. Spigno, 523.

одлуке, у ствари, представљају најспорније одлуке са аспекта дозвољеног уставносудског активизма, будући да њима Уставни суд на најдиректнији начин захвата у област стварања права.

Реч је, наиме, о тзв. „додавајућим“ одлукама (*sentenze additive*), путем којих Суд утврђује неуставност закона, али „*не због онога што закон прописӯје, већ због онога што закон не прописӯје*“ и уводи нову (недостајућу) норму у правни систем, преузимајући тако улогу која у италијанском уставном систему припада скоро искључиво парламенту.[43] Прву такву одлуку Уставни суд је донео 1967. године, образлажући је чињеницом да се „*законодавац зауставӣо на пола пӯта*“. Стога је од почетка постало јасно да је сврха оваквог облика уставносудског одлучивања уперена ка попуњавању законодавних пропуста и то оних делимичних, у којима је законодавац заиста застао на пола пута у нормативном деловању.[44] Да овакав облик уставносудског одлучивања подразумева залажење у домен стварања права потпуно је неупитно. Постоје, међутим, схватања у теорији која у неку руку оправдавају овако наглашен уставносудски активизам наводећи да Суд ипак нема свој сопствени „политички курс“ у доношењу таквих одлука; да оне задржавају карактер судских одлука и не представљају чисту креацију, већ изналажење нечега што већ постоји у правном систему те да представљају инструмент помоћу којег Уставни суд открива „невидљиво значење“ Устава.[45] У том смислу, постојање оваквих одлука као и ставове којих их поткрепљују би требало посматрати у светлости посебности италијанског уставног система.

Интерпретативне одлуке, које чине инструмент дијалога Уставног и редовних судова у италијанском уставном систему, такође, треба сагледати и у светлости односа Уставног суда и парламента, будући да се путем њих опредељује (уставноправно прихватљива) садржина права коју је креирао законодавац. Постоје, такође, и друге специфичности које граде однос Уставног суда Италије и законодавца (остављање рока да се „негативно оцењени закон“ уподоби Уставу и др.) чија би детаљнија анализа превазилазила оквире овог рада.

Наш Уставни суд се, са друге стране, са ослонцем на концепт неутралне судске власти, до сада кретао у границама улоге тзв. „негативног законодавца“, уклањајући из правног система оне одредбе за које је нашао да нису у сагласности са Уставом и законом.[46] У образложењима многих ових одлука Уставни суд је изложио експлицитна „упутства“ за законодавца.[47] Реакције законодавца на одлуке Уставног суда којима је било утврђено да је

[43] I. Spigno, 459.
[44] *Ibid*, 465.
[45] *Ibid,* 481.
[46] Б. М. Ненадић, 255.
[47] *Ibid*, фуснота 423.

закон није сагласан са Уставом биле су различите: од доследног поштовања ставова Уставног суда, преко простог преформулисања текста законске одредбе, избегавања доношења закона, до доношења решења потпуно супротних ставовима Уставног суда изложених у касаторној одлуци, па чак и до уставне ревизије, како би се поништило дејство уставносудске одлуке која није ишла у прилог политичким странкама.[48] Наравно, дијалог са законодавцем обележавало је и повремено пасивно држање Уставног суда у ситуацијама у којима је било места уставносудском реаговању, као и примена релативно спорних института којима се Уставни суд опредељивао за тактички приступ у развијању дијалога са законодавцем (одлагање објављивања одлуке, застој у поступку испитивања уставности), а који би се могли оценити и као спорни са становишта заштите уставности.[49]

Уставни суд се, такође, дуго „*није одважио да диспозитив (и образложење) своје одлуке сачини у форми правих интерпретативних одлука*." већ се радије користио одређеним облицима неформалног обраћања парламенту којима је указивао на непотпуност и двосмисленост појединих законских решења, као и на нејасноће у њиховом тумачењу.[50] Пракса доношења правих интерпретативних одлука уследила је тек након што се Суд суочио са озбиљним и компликованим уставним споровима. Међутим, њихова бројност и квалитет не допуштају закључак да су оне типичне и препознатљиве у пракси нашег Уставног суда као ни да постоји јасна интерпретативна доктрина у њиховом доношењу.[51]

5. УЛОГА УСТАВНОГ СУДА ИТАЛИЈЕ У ЗАШТИТИ УСТАВНОГ ИДЕНТИТЕТА

Када се говори о улози уставног суда у развоју уставног система, свакако се не може заобићи квалитет њихове комуникације са судским институцијама наднационалног нивоа. Неспорно је да у данашње време уставни судови делују у амбијенту који одликује сложен и слојевит систем националног и наднационалног права. Основни изазов са којим се суочавају уставни судови у том смислу јесте питање заштите сопственог уставног идентитета. То питање је нарочито усложњено у правном простору Европске уније у

[48] Опширније: *Ibid,* 256-258.

[49] О примени института застоја са поступком испитивања уставности опширније: Слободан Орловић, Наташа Рајић, „Застој у поступку нормативне контроле – прилог расправи о заштити објективне уставности", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1471-1484.

[50] Боса М. Ненадић, 261, и фуснота 435.

[51] *Ibid,* 261-262. Видети, нпр. Одлуку ІУз-353/2009, *Службени гласник РС*, бр. 67/2012.

којем државе чланице имају обавезу да обезбеде директну примену права ЕУ. Судски органи ових држава, као и сами уставни судови, у том смислу нужно развијају дијалог са Судом правде Европске уније.[52]

Питање заштите сопственог уставног идентитета је, наравно, од нарочитог значаја и у државама које су некада припадале некадашњем реал-социјалистичком блоку и које су новим уставима покушале да „помире европски и национални уставни идентитет", и чиниле то често „више у корист „европског", а на штету националног индентитета".[53] У том контексту је значајно пропратити начин на који свој уставни идентитет штите снажније државе, чланице Европске уније.

Уставни судови значајних држава чланица Еврпске уније су, како показује пракса, границе дијалога са Судом правде Европске уније свели у оквире оних које сматрају прихватљивим са становишта заштите свог уставног идентитета. Оне су, наиме, издвојиле одређен квантум уставних вредности које чине језгро њиховог уставног идентитета и које имају апсолутну превагу над непосредном применом права Европске уније.[54]

Уставни суд Италије је у том смислу исказао нарочиту упорност, показаће се, са успехом у заштити сопственог уставног идентитета. Наиме у случају Тарико II (*Taricco II*) Уставни суд је, користећи могућност упућивања претходног питања, затражио од Суда правде Европске уније преиспитивање претходно заузетог става (у случају *Taricco I*) који је непосредно ишао на штету језгра Устава који одређује њен уставни идентитет. Уставни суд се, наиме, укључио у дијалог упућивањем тзв. другог претходног питања износећи друге, уставноправне разлоге који оправдавају измену става Суда правде Европске уније у правцу заштите језгра Устава. Успех није изостао. Суд правде Европске уније је заиста делимично изменио првобитно заузет став. Битно је, међутим, нагласити да је успех Уставног суда Италије постигнут уз упућивање на заједничке уставне принципе (прецизније, принцип „заједнички уставним традицијама држава чланица" Европске уније), а не

[52] Први уставни суд који је упутио претходно питање Суду правде Европске уније био је Уставни суд Аустрије. Таквим приступом је отворио пут новом моделу остваривања функције уставног судовања, чиме је на известан начин одиграо кључну улогу у развоју нове ере европског конституционализма, сличну оној коју је имао у првим фазама уставносудске контроле. Anna Gamper, Francesco Palermo, „The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review", *Journal of Comparative Law*, vol. 3, no. 2, 2008, 79.

[53] Владан Петров, „Устав између европског и националног уставног идентитета", *Научни скуп са међународним учешћем Универзално и особено у праву*, Зборник радова, Косовска Митровица, 2018, 183.

[54] Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, 2017, 63.

уз ослонац на категорију уставног идентитета који има јасну конотацију унутрашњег права.[55]

Из наведеног примера се може закључити да квалитет и крајњи исход дијалога који се одвија између уставних судова и Суда правде Европске уније умногоме зависи од тога како је формулисано (претходно) питање које се упућује. Није, дакле, од пресудне важности ко има „последњу“ реч у овом уставном дијалогу, већ је од изузетне важности сам приступ институције која има „прву“ реч у његовом отпочињању.[56] То сасвим охрабрује и подстиче покретање дијалога националних и наднационалних судских инстанци, чије је одвијање нужно, када је реч о државама чланицама Европске уније.

Уставни суд Србије не гради однос са Судом правде Европске уније будући да Република Србија није чланица Европске уније. Међутим, Србија јесте у поступку придруживања Европској унији, па искуства Италије у заштити уставног идентитета могу послужити као поучни и охрабрујући примери, уз сво уважавање реалне позиције коју ова држава има на политичкој сцени Европе.

Заштиту свог културног идентита Италија је остварила и пред Европским судом за људска права (у даљем тексту Европски суд) у случају *Lautsi* у којем је оспоравано истицање распећа у учионицама. Одлука Суда прве инстанце била је негативна по Италију, није била добро прихваћена у овој држави и пропраћена је отвореним неслагањем највиших државних званичника. Велико веће овог суда, поступајући по жалби на првостепену одлуку, донело је одлуку позитивну по Италију.[57] Иако Уставни суд није био укључен у поступак који се одвијао пред Европским судом, пример је илустративан због упорности коју су италијански државни органи исказали у заштити сопствених вредности.[58]

Италијански Уставни суд је у октобру 2007. јасно определио статус Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Европска конвенција) у унутрашњем правном систему. Доношењем две одлуке, Уставни суд је, са једне стране, са ослонцем на уставну промену

[55] Matteo Bonelli, „The *Taricco* saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union, CJEU, C-105/14 *Ivo Taricco and others*, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25(3), 369-372.

[56] Опширније: Nicola Lupo, „The Advantage of Having the „First Word“ in the Composite European Constitution“, *Italian Journal of Public Law*, vol. 10, issue 2, 2018, 186-204.

[57] Опширније: Francesca Astengo, „Freedom of Religion Crucified? Secularism and Italian Schools before the European Court of Human Rights“, *Politique européenne*, 41/2013, 12-39.

[58] На овом месту треба поменути да је Уставни суд, тумачењем и повезивањем различитих уставних одредби, дошао до закључка о томе да секуларизам представља један од основних принципа италијанског уставног система. Опширније: Susanna Mancini, „The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty“, *European Constitutional Law Review*, Volume 6, Issue 1, 2010, 8-9.

члана 117 става 1 из 2001. године, извео закључак да Европској конвенцији припада виши статус у хијарахији правних аката него што је то случај са редовним законима (према ранијој пракси, Европској конвенцији је припадало место које је у хијерархији правних аката имао и акт којим је она укључена у унутрашње право, а то је био обични закон) као и да у случају неслагања између Европске конвенције и националних закона, поступајући судија мора да застане са поступком и обрати се Уставном суду. На овај начин, Уставни суд је пресекао праксу којој су постепено почеле да прибегавају неке судије редовног суда, а која се састојала у искључивању примене домаћег права у случају његове колизије са Европском конвенцијом. Са друге стране, Уставни суд је јасно подвукао да се тумачење Европске конвеције мора вршити у складу са праксом Европског суда.[59]

Уставни суд је, међутим, убрзо схватио да је увођењем безусловне обавезе у погледу тумачења Европске конвенције сагласно пракси Европског суда и сам себи умногоме сузио простор за маневар, па је почео да прибегава финим техникама којима је приступ тумачењу учинио флексибилнијим.[60] На тај начин је свој однос са праксом Европског суда разумео као процес који се непрестано гради и развија.[61]

Европска конвенција у нашем уставном систему такође има исподуставни, а надзаконски ранг и тумачи се сагласно пракси Европског суда, са ослонцем на јасно уставно упориште. Уставни суд Србије се у одлучивању ослања и непосредно позива на праксу Европског суда и то како у домену нормативне контроле права, тако и у одлучивању о уставним жалбама и забрани рада удружења.[62]

6. ЗАКЉУЧАК

Уставни судови имају специфичну улогу у развоју уставног система. Са једне стране, чувају устав и границе које су у њему исцртане у погледу међусобних односа органа власти и односа власти и појединаца; са друге,

[59] Опширније: Oreste Pollicino, „Italy: Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and co-operative constitutionalism. Judgments No. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007.“, *European Constitutional Law Review* Volume 4, Issue 2, 2008, 369 и даље.

[60] Опширније: Oreste Pollicino, „Is There an Italian Style in Constitutional Adjudication“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, Issue 1, 2016, 64-70.

[61] О једном од примера из новије праксе Уставног суда опширније: Cristina Renghini, „*Ne Bis in Idem* Principle and “Double-Track Systems”: The Ongoing Dialogue Between the Italian Constitutional Court and the ECtHR“, *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 28, Issue 1, 2019, 475-480.

[62] Детаљније о примерима из праксе Уставног суда Србије у побројаним надлежностима: Maja Nastić, „ECHR and National Constitutional courts“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 71/2015, 212-216.

повезују апстрактне уставне одредбе и уставну стварност, сложену, слојевиту и надасве динамичну. Остваривањем својих надлежности, уставни судови и сами граде односе са судским и политичким органима власти, поступно профилишући сопствену позицију у уставном систему. Закључци који би се могли извести у погледу улоге Уставног суда Италије и Уставног суда Србије у развоју уставног система били би следећи.

Уставни суд Италије у развоју уставног система исказује наглашени динамизам у односима са другим органима власти као и наглашену креативност у „читању" уставног текста. Овај приступ понекад излази из оквира допуштеног судског активизма, пожељног за развијање устава. Истовремено, овај приступ стимулише активно укључивање свих уставних чинилаца у остваривању и развијању Устава, негујући и њихов индивидуалитет, али и осећај за целину уставне архитектуре којој припадају.

Неспорно је да охрабривањем судске власти у правцу уставно конформног тумачења закона Уставни суд Италије доприноси заштити уставности на самом нивоу примене права. Такође је неспорно да различитим интерпретативним одлукама „чува" оспорени закон односно спречава његову касацију. Међутим, исто тако је неспорно да таквим уставносудским деловањем омекшава границу стриктне поделе власти, непосредно залазећи у домен судског тумачења права као и креирања правних норми.

Однос Уставног суда Италије и других органа власти није поштеђен ломова.[63] Напротив, пракса показује да се односи итекако могу заоштрити. То ипак не доводи у питање позицију Уставног суда и његов ауторитет који је временом изградио.

Уставни суд Србије, са друге стране, не исказује судски активизам у мери у којој то чини Уставни суд Италије и уопште, негује другачији стил у уставносудском пресуђивању. Наш Уставни суд претежно делује из позиције неутралне власти односно „негативног" законодавца, када је реч о нормативној контроли права. То, наравно, не значи да је однос са законодавцем искључиво једносмерне природе и да у њему нема простора за међусобни дијалог (путем института застоја у поступку испитивања уставности или одлагања објављивања одлуке). Исто тако, не значи да је Уставни суд увек имао храбрости да успостави своју надлежност у појединим деликатним уставноправним споровима.[64]

Уставносудски активизам неспорно је исказао у поступцима по уставним жалбама. Такав активизам је, међутим, више нарушио него изградио односе са судском влашћу. У том смислу, чини се да у односима Уставног

---

[63] Међусобно заоштравање односа присутно је чак и у пракси парламента и Уставног суда Аустрије. Опширније: A. Gamper, F. Palermo, 76-77.

[64] Видети нпр. закључак Уставног суда IУо-247/13, *Службени гласник РС*, бр.13/2015.

суда и редовних судова још увек нема места развијању правог дијалога заснованог на уставноправној аргументацији.

Закључак, који би се могао извести уз уважавање свих историјских, друштвених и политичких прилика које су пратиле рађање, развој и сазревање уставних судова двеју земаља, могао би бити следећи. Положај Уставног суда Италије у уставном систему, како нормативно тако и стварно, квалитетнији је и стабилнији у поређењу са положајем Уставног суда Србије. Уставни суд Италије је развио квалитетнији дијалог са другим органима власти и исказао активну улогу у развијању и заштити Устава, мада је заиста упитно да ли је тиме понекад излазио из оквира својих надлежности. Оно што је заиста похвално и што можемо научити од овог Суда јесте начин на који је приступио заштити уставног индентитета Италије пред Судом правде Европске уније. То треба схватити као оствариву и охрабрујућу чињеницу, наравно уважавајући реалну политичку снагу Италије на европској политичкој сцени.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Francesca Astengo, Freedom of Religion Crucified? Secularism and Italian Schools before the European Court of Human Rights, *Politique européenne*, 41/2013, 12-39.

Matteo Bonelli, The *Taricco* saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union, CJEU, C-105/14 *Ivo Taricco and others*, ECLI:EU:C:2015:555; and C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Italian Constitutional Court, Order no. 24/2017, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25(3), 357-373.

Marta Cartabia, The Rule of Law and the Role of Courts, *Italian Journal of Public Law*, vol. 10, issue 1, 2018, 1-8.

Marta Cartabia, Of Bridges and Walls: The Italian Style of Constitutional Adjudication, *Italian Journal of Public Law*, vol. 8, issue 1, 2016, 37-55.

Anna Gamper, Francesco Palermo, The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review, *Journal of Comparative Law*, vol. 3, no. 2, 2008, 64-79.

Tania Groppi, Irene Spigno, „The Constitutional Court of Italy“, *Comparative Constitutional Reasoning* (*eds.* András Jakab, Arthur Dyevre, Giulio Itzcovich), Cambridge 2017, 516-559.

Nicola Lupo, The Advantage of Having the „First Word“ in the Composite European Constitution, *Italian Journal of Public Law*, vol. 10, issue 2, 2018, 186-204.

Susanna Mancini, The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty, *European Constitutional Law Review*, Volume 6, Issue 1, 2010, 6-27.

Katarina Manojlović Andrić, Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje, доступно на: http://www.fcjp.ba/analize/Katarina_

Manojlovic_Andric-Odnos_Vrhovnog_kasacionog_suda_i_Ustavnog_suda-konflikt_koji_i_dalje_traje.pdf (22. фебруар 2020.)

Танасије Маринковић, Интерпретативне одлуке уставних судова, Уставнио суд Србије – у сусрет новом уставу, Београд 2004, 243-261.

Maja Nastić, „ECHR and National Constitutional courts“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 71/2015, 203-220.

Боса М. Ненадић, „Утицај уставносудског делања на вршење законодавне власти“, *Номотехника и правничко расуђивање* (ур. Радмила Васић), Београд, 2018, 231-276.

Justin Orlando Frosini, „Constitutional justice“, *Introduction to Italian Public Law* (ed. Giuseppe Franco Ferrari), Milano, 2008, 183-210.

Слободан Орловић, Наташа Рајић, „Застој у поступку нормативне контроле – прилог расправи о заштити објективне уставности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2017, 1471-1484.

Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, 2017.

Paolo Passaglia, „Making a Centralized System of Judicial Review Coexist with Decentralized Guardians of the Constitution: The Italian Way“, *The Italian Law Journal*, vol. 2, no. 2, 2016, 405-431.

Владан Петров, „Устав између европског и националног уставног идентитета“, *Научни скуп са међународним учешћем Универзално и особено у праву*, Зборник радова, Косовска Митровица, 2018, 181-191.

Vladan Petrov, Maja Prelić, Odnos Ustavnog suda i sudova u svetlosti ustavnog nadzora nad sudskim odlukama – analiza prakse Ustavnog suda Srbije, доступно на: http://www.fcjp.ba/analize/Vladan_Petrov4_i_Maja_Prelic2-Odnos_Ustavnog_suda_i_sudova_u_svetlosti_ustavnog_nadzora_nad_sudskim_odlukama-analiza_prakse_Ustavnog_suda_Srbije.pdf (22. фебруар 2020.)

Oreste Pollicino, „Italy: Constitutional Court at the crossroads between constitutional parochialism and co-operative constitutionalism. Judgments No. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007.“, *European Constitutional Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2008, 363-382.

Oreste Pollicino, „Is There an Italian Style in Constitutional Adjudication“, *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, Issue 1, 2016, 56-71.

Наташа Рајић, „Интерпретативне одлуке у пракси Уставног суда Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 359-373.

Cristina Renghini, „*Ne Bis in Idem* Principle and “Double-Track Systems”: The Ongoing Dialogue Between the Italian Constitutional Court and the ECtHR“, *The Italian Yearbook of International Law Online*, Vol. 28, Issue1, 2019, 475-480.

Gino Scaccia, „Constitutional Values and Judge-Made Law“, *The Italian Law Journal*, vol. 3, no. 1, 2017, 177-191.

Irene Spigno, „„Additive Judgments“, A Way to Make the Invisible Content of the Italian Constitution Visible“, *The Invisible Constitution in Comparative Perspective* (eds. Rosalind Dixon, Adrienne Stone), Cambridge 2018, 457-481.

Драган Стојановић, „Да ли и како реформисати Уставни суд?“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 78/2018, 31-46.

Dragan Stojanović, Ustavni sud u svetlu interpretativnih odluka u normativnoj kontroli, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72/2016, 37-54.
Драган Стојановић, „Стање и проблеми у остваривању накнадне уставне контроле права“, *Зборник радова Уставу Републике Србије – пет година после (2006-2011)*, Ниш, 2011, 1-19.
The Italian Constitutional Court, доступно на: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Italian_Constitutional_Court.pdf (02.06.2020).
Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015.
IУз-353/2009, *Службени гласник РС*, бр. 67/2012.
IУз-27/2009, *Службени гласник РС*, бр. 85/2013.
IУз-97/2012, *Службени гласник РС*, бр. 18/2013.
IУо-247/13, *Службени гласник РС*, бр.13/2015.

Slobodan P. Orlović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs

Nataša N. Rajić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Rajic@pf.uns.ac.rs

The Role of Constitutional Court in the Development of Italian and Serbian Constitutional Systems

Abstract: *Constitutional court, as a special institution of the centralised system of constitutional control, takes significant place in a modern constitutional state. The aim of this paper is to indicate the main features of Italian and Serbian constitutional courts and their role in the development of constitutional systems. The analysis will cover the scope and quality of their competences, the way on which they interpret the constitutional text and the quality of dialogue they develop with judicial and political organs. The special focus will be put on the role of the Italian Constitutional court in protection of constitutional identity which seems to have the key role in the development of the European constitutionalism today.*

Keywords: *constitutional court, constitutional system, Italy, Serbia.*

Датум пријема рада: 11.05.2020.

Оригинални научни рад 340.134:347(497.11)“1827/1837“
doi:10.5937/zrpfns54-25020

Др Гордана М. Дракић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

НОВИ ПОДАЦИ О ПРВИМ ПОКУШАЈИМА КОДИФИКАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ (1827–1837)*

Сажетак: *У раду ће бити изнета нова сазнања о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији, који су трајали од првог помена рада на грађанском законику до одбацивања Француског грађанског законика као узора за будући српски кодекс. До својих открића аутори су дошли уз помоћ архивске грађе, стране литературе и штампе. Она се тичу рада двеју кодификаторских комисија, нацрта грађанског законика сачињеног између 1834. и 1837. и неких детаља у вези са ангажовањем стручних правника ради израде грађанске кодификације.*

Кључне речи: *Лазар Зубан, Јован Хаџић, Василије Лазаревић, Француски грађански законик, Српски грађански законик, кодификација грађанског права.*

1. ДОСАДАШЊА САЗНАЊА О ПРВИМ ПОКУШАЈИМА КОДИФИКАЦИЈЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ

Почеци рада на кодификацији грађанског права у Кнежевини Србији трају од 1827, године када је у до сада истраженим изворима забележен први помен рада на грађанском законику, до 1837, када је напуштена мисао о Француском грађанском законику као основи за будућу српску грађанску

* Чланак је настао као резултат истраживања на научноистраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

кодификацију. Нека својства кодификаторског рада у том периоду су се мењала: понекад би на законицима радили појединци, а понекад комисије; понекад се размишљало о преузимању решења из више страних кодекса, а понекад само из једног, уз местимичну адаптацију његових одредби приликама у Србији. Но једно његово обележје је константа – на пројекту законика су све то време радили нестручњаци. Због тога се читаво раздобље од 1827. до 1837. може сматрати за једну органску целину у кодификаторском раду.

Први покушаји израде грађанског законика у Кнежевини Србији били су тема многих аутора. О њима су писали учесници у кодификаторској делатности, историчари, правни историчари...[1] Захваљујући њима о почецима кодификаторског подухвата зна се много; познате су промене у саставу прве законодавне комисије (тзв. Законодатељне) и њен рад, нарочито анегдоте о лошим преводима страних правних појмова, познати су формирање друге кодификаторске комисије (тзв. Законоправитељне)[2], примедбе кнеза Милоша на њен нацрт грађанског законика и владареве смернице за отклањање недостатака у том тексту и многе околности у вези са доласком Јована Хаџића и Василија Лазаревића у Кнежевину Србију и њихове замерке на до тада сачињене пројекте законикâ. Премда су сазнања о првим покушајима кодификације грађанског права врло богата, аутори овог рада претпостављали су да има простора да се она још обогате. Та претпоставка показала се

---

[1] Нека од дела у којима се говори о овој теми су Јован Хаџић, „Спомени из моега дневника", *Огледало србско* 2/1864, 36–38; Мита Петровић, *Финансије и установе обновљене Србије до 1842*. I, Београд 1897, 579–582; Алекса С. Јовановић, „Рад на 'торжественим' законима", *Архив за правне и друштвене науке* (АПДН) 4/1909, 257–262; 1/1911, 11–25; 2/1911, 90–100; 3/1911, 169–177; 4/1911, 256–264; Алекса Ивић, „Израда законика за Кнежевину Србију (Од 1829–1843)", АПДН 3/1921, 177–197; Мираш Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Светић)*, Нови Сад 1930, 71–79; Томица Никчевић, *Постанак и покушај прераде Грађанског законика Кнежевине Србије*, Београд 1971, 1–24; Вук Стефановић Караџић, *Преписка* IV-V, Београд 1988–1989, на разним местима; Драган Николић, „Рад на грађанском законику у Србији 1829–1835. године", *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)* (уредник Миодраг Јовичић), Београд 1996, 85–92; Душан Николић, „Два века грађанског права у обновљеној Србији (1804–2004)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ЗРПФНС) 2/2004, 277–309.

[2] Стиче се утисак да се у литератури називи *Законодатељна*, односно *Законоправитељна комисија*, сматрају за званичне називе тих тела, што није исправно. У регистру Унутрашњег одељења Кнежевске канцеларије за 1834. ова друга се појављује под именом *Законописателна*, а синтагма *законодатељна комисија* у изворима се користи и за друге комисије формиране ради израде законских нацрта, а не само ону која је састављала српске законике 1828–1830, тако да су ови називи само описни, никако службени. Стога ће аутори овог рада употребљавати синтагме *прва*, тј. *друга кодификаторска комисија*. Вид. Архив Србије, Књажеска канцеларија (КК), регистар В одељења за 1834, под *Законописателна комисија*; АС, Збирка Мите Петровића 7321, Намесништво Кнежевског достојанства Министарству финансија, Београд, 12. VII 1839; АС, Министарство иностраних дела – Внутрено одељење, 1843, II/296, Јован Вељковић Намесништву кнежевског достојанства, Београд, 17. III 1843.

као исправна. Извори – како необјављени, тако и објављени а непримећени – садрже неке податке који додатно осветљавају прве покушаје израде српског грађанског кодекса. Ти подаци наћи ће се пред читаоцима у тексту који следи.

2. ОД ПОЧЕТКА КОДИФИКАТОРСКОГ РАДА ДО ДРУГЕ КОДИФИКАТОРСКЕ КОМИСИЈЕ (1827–1834)

У уводу овог чланка наговештено је да је радова на кодификацији грађанског права било већ у 1827. Доказ за то може се пронаћи у заоставштини Алексе Ивића која се чува у Српској академији наука и уметности. Тамо се налази један аустријски извештај од 7. маја 1827[3], према којем кнежев секретар Димитрије Давидовић и Аврам Гашпаровић састављају српски законик користећи се „немачким"[4], Наполеоновим и пруским закоником и, највише, делом мађарског правника и теолога Имреа Келемена (1745–1819) које се у извештају помиње као *Jus Hungaricum*[5]. Нажалост, до података који би нам рекли нешто више о Давидовићевом и Гашпаровићевом раду за сада нисмо успели да дођемо.[6]

Током рада прве законодавне комисије Француски грађански законик је на српски превео њен члан Лазар Зубан. Томе говори у прилог више познатих чињеница. Наиме, Вук Караџић у једном свом писму Јернеју Копитару спомиње да је он преводио кривични законик и законик о кривичном поступку, док је кнез Милош 16. августа 1832. писао Димитрију Давидовићу да са Јанићијем Ђурићем и Јаковом Јакшићем дотера барем део грађанског законика да би се он могао штампати. Несумњиво је да с тим дотеривањем у вези стоји кнежево писмо митрополиту Петру Јовановићу од 20. августа исте године, у којем га моли да му пошаље свог секретара Зубана, јер је он преводио законе и најбоље зна њихов смисао.[7] Из овога се јасно види да је Зубан позван да тумачи законик који је сам преводио и на којем се у том тренутку радило.

Добро је позната анегдота о томе како су чланови прве законодавне комисије схватили термине *хипотека* и *службености*. Међутим, није познато да

---

[3] Датуми у раду наведени су по јулијанском календару, осим код датирања извора аустријске провенијенције.

[4] Свакако аустријским.

[5] У питању је Келеменово тротомно дело *Институције мађарског приватног права* (*Institutiones iuris hungarici privati*), чије је прво издање објављено 1814.

[6] Архив Српске академије наука и уметности у Београду (даље: АСАНУ), грађа Историјског института – заоставштина Алексе Ивића (даље: АИ), И VI, 116/1, генерал Фојт барону Сигенталу, Земун, 7. V 1827.

[7] А. С. Јовановић, АПДН 1/1911, 12; Вук Стрефановић Караџић, *Преписка IV (1829–1832)*, Београд 1988, 183 –184; АС, Митрополија београдска, кутија 1 (1817–1831), кнез Милош митрополиту Петру, бр. 2337, Крагујевац, 20. VIII 1832.

у страним изворима та анегдотска прича има више верзија. Енглески путописац кроз Србију Ендрју Арчибалд Пејтон забележио је да је *апотека* у српском преводу ФГЗ постала складиште лекова; када је преводилац упитан откуд оно у грађанском законику, одговорио је да су за то заслужна велика достигнућа француске медицине и хирургије. Познату чињеницу да је прва кодификаторска комисија *Servitut* протумачила као *ропство* допуњава навод из једног извештаја првог аустријског конзула у Србији Антуна Михановића да се члановима комисије том приликом из уста отео слободоумни узвик „Нећемо ропство!". Наравно да је већ током рада прве кодификаторске комисије било јасно да она нема капацитет за посао који обавља. Да је било тако, између осталог говори и то што је београдски конзул (старешина трговаца) Пантелија Хаџи Стојило, препоручујући „доброг Немца и Србина" Стефана Радичевића за српску службу, напоменуо да се он дванаестогодишњом службом у Земунском магистрату извештио у грађанском праву и да би се као такав могао искористити за превођење грађанског законика, пошто у Србији за то нема стручних лица.[8]

Међутим, постоје и индиције које релативизују (врло) лошу оцену рада прве кодификаторске комисије. Руско-француски истраживач и путописац Жан Мари Шопен похвалио је чланове комисије да су често пуно боље докучивали мисао законописца него што би то учинио школован правник.[9] Нажалост, Шопен није навео аргументе којима би поткрепио свој став.

Зубан није превео првих 278 чланова ФГЗ. Ти чланови француске кодификације регулисали су објављивање, дејство и примену закона, уживање грађанских права и лишавање неког лица уживања тих права, исправе о личном статусу, пребивалиште, нестала лица и део материје брачног права (својства и услове за закључење брака, формалности у вези са закључењем брака, приговор против закључења брака, захтев за поништење брака, обавезе које из њега настају, права и дужности супружника, разлоге за раскид брака и део одредаба о разводу брака – разлоге за развод, развод на основу одређеног разлога и прва четири члана из поглавља о споразумном разводу).[10] Имајући у виду садржину изостављених одредби, лако је могуће да за њих у преводу није било места јер не би биле примењиве у Србији.

---

[8] Ендрју Арчибалд Пејтон, *Србија најмлађи члан европске породице или боравак у Београду и путовања по шумама и планинама унутрашњости 1843. и 1844. године* (са енглеског превео Бранко Момчиловић), Нови Сад 1996, 225; АСАНУ 7940, И 298, Михановић канцелару Метерниху, Београд, 19. VI 1837; АС, КК VI/28, Пантелија Хаџи Стојило Кнезу Милошу, Београд, 4. VI 1830.

[9] Abdolomyne Ubicini, Jean-Marie Chopin, *Provinces danubiennes et roumaines*, Paris 1856, 397.

[10] *Code civile des Français*, Paris 1804, 1–68; АС, Поклони и откупи (ПО) 76/71, друга кодификаторска комисија кнезу Милошу, Београд, 27. III 1834.

Шопен наводи да су преводи прве кодификаторске комисије у јесен 1830. читани скупу црквених и световних великодостојника, који су на њих износили своје примедбе. Тај навод личи на казивање Јоакима Вујића да су преводи законика читани „у присуству неки отмени српски лица", с тим што Вујић тај скуп датира на крај 1830. Кнез Милош сматрао је да материју из превода треба разделити на више краћих чланова како би сваком Србину била разумљива без тумачења.[11]

3. „ТРЕЖЊЕЊЕ" И „МЕНТАЛНО ОЗДРАВЉЕЊЕ" (1834–1837)

Пошто је формирана друга кодификаторска комисија, њени чланови желели су да најпре на брзину прочитају цео превод ФГЗ и Законика о грађанском поступку, па после тога започну прегледање преводâ. Но како су увидели да у преводу прве кодификаторске комсије нема првих 278 чланова, морали су упоредо да преводе недостајуће чланове и прегледају превдене. Преглед ових других ишао је споро због тога што је друга кодификаторска комисија мењала неке чланове превода и додавала неке одредбе којих у изворнику није било, да би текст који је имала пред собом уподобила српским приликама. Кнез Милош затражио је 25. марта 1834. од комисије да му пошаље нацрт. Она је то учинила два дана касније, уз извињење што не може да му поднесе цео текст.[12]

Један препис чувеног писма кнеза Милоша којим члановима комисије пребацује да текст њиховог нацрта изгледа као да су састављачи били пијани или сасвим луди садржи владарев налог да му се достави још неки део нацрта ради прегледа. Нисмо успели да пронађемо одговор на питање да ли је комисија удовољила његовом захтеву. Међутим, ствари другачије стоје са одговором на кнежеву препоруку комисији од 10. априла да се за израду српског кодекса послуже и Аустријским грађанским закоником. Лазар Теодоровић је у име комисије писао кнезу да је она 13. априла почела да чита АГЗ и да ће се трудити да поступи по његовој жељи, премда ће то бити доста тешко, будући да се систематика тог законика знатно разликује од оне у ФГЗ.[13]

Регистар Унутрашњег одељења Кнежевске канцеларије из 1834. открива да је у вези са израдом грађанског законика те године било још преписке.

---

[11] A. Ubicini, J. M. Chopin, 397; Драган Николић, 88; АС, МБ, кут. 1, кнез Милош митрополиту Петру, Крагујевац, 20. VIII 1832.

[12] АС, ПО 76/71, друга кодификаторска комисија кнезу Милошу, Београд, 27. III 1834.

[13] АС, ПО 76/72, кнез Милош другој кодификаторској комисији, Пожаревац, 30. III 1834; АС, ПО 76/74, Лазар Теодоровић кнезу Милошу, Крагујевац, 14. IV 1834.

Одредница *Закони грађански* из тог регистра упућује и на број 1256, који не носи ниједан од аката обрађених у досадашњој литертури и овом чланку.[14] Документ са тим деловодним бројем хронолошки треба сместити између 30. марта и 10. априла 1834, јер је Милошева критика поднетог нацрта заведена под бројем 1141, а препорука да се користи АГЗ под 1344.

Основа новог нацрта грађанског законика био је немачки превод ФГЗ који је сачинио лајпцишки професор права Кристијан Данијел Ерхард (1759–1813). Цитати превода чланова 2232 и 2240 ФГЗ на немачки које Зубан даје у писмима Сими Милутиновићу Сарајлији од 27. децембра 1835, тј. Вуку Караџићу од 6. септембра 1836, дословно се подударају са Ерхардовим преводима тих чланова. Ваља подсетити да се Зубан и радећи на пројекту законика о грађанском поступку користио Ерхардовим преводом.[15]

Terminus ante quem завршетка израде новог нацрта грађанског законика је 23. септембар 1836, будући да у свом писму кнезу Милошу од тог датума Тома Вучић Перишић и Алекса Симић о пројектима законика говоре као готовим. Вероватно је нацрт грађанског законика у основи био готов и раније. Алекса Ивић, полазећи од аустријске грађе, тврди да је нацрт био готов већ у јануару 1836, када је кнез Милош наводно сазвао једну групу изабраних народних старешина и чиновника да погледају већ преведене законе које он намерава да дâ у штампу. Према извештају команданта земунске тврђаве, генерала Фојта, од 26. фебруара 1836, српски законици су били готови, али њихово издавање било је планирано тек пошто Русија и Порта одобре да се за Србију донесе нови устав.[16] Такође, упада у очи да се Зубан у децембру 1835. и септембру 1836. бавио истим делом ФГЗ, који се налази при крају те кодификације. Стога не треба искључити могућност да је Зубан саставио радну верзију нацрта, а касније се враћао на спорне тачке.

У заоставштини Николе Крстића у Архиву САНУ, под сигнатуром 7966/14, сачуван је регистар нацрта грађанског законика друге кодификаторске комисије. Он има две групе одредница. Једна, писана руком Лазара Зубана, простире се на четири почетне и завршној страни регистра. Та група одредница уз појам даје пропратни текст у којем се налазе одредбе нацрта о том термину, тако да се помоћу ње нацрт може поуздано делимично реконструисати. По свом облику и језичким формулацијама врло подсећају на одреднице из регистра коментара ФГЗ немачког правника Ернста Шпангенберга

---

[14] АС, КК, регистар В одељења за 1834, под *Закони грађански*.

[15] Christian Daniel Erhard, *Napoleons Gesetzbuch*, Leipzig 1811, 586–587; *Архивска грађа о Вуку Караџићу 1813 –1864* (приредио Голуб Добрашиновић са сарадницима), Београд 1970, 242; В. С. Караџић, *Преписка* V, 727–728; Урош Станковић, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837", ЗРПФНС 4/2014, 395.

[16] А. Ивић, 181–182; АСАНУ, АИ, И V, 116/14, Фојт барону Чолићу, Земун, 26. II 1836; АС, КК VI/763, Тома Вучић Перишић и Алекса Симић кнезу Милошу, Београд, 23. IX 1836.

(1784–1833), чију је набавку Вук Караџић тражио од Копитара 1830.[17] На осталим странама су лапидарне одреднице које се састоје од српске речи и њеног немачког превода. Судећи по рукописима, писало их је неколико лица.[18]

Из садржине регистра произлази да је текст нацрта имао саме чланове пројекта и коментаре на њих. Они су преузимани из Шпангенберговог коментара. То смо утврдили тако што смо делове текста неких обимнијих одредница који не постоји у ФГЗ проналазили у Шпангенберговом делу.

Нацрт је имао барем неке одредбе из првог наслова прве књиге ФГЗ. Одредница *безбедност* садржи текст према којем закони који имају за циљ јавну безбедност обавезују свакога ко живи у Србији и упућује на члан 3 нацрта. Исту одредбу, с тим што се наравно обавезност односи на све настањене на француској територији, има чл. 3 ФГЗ. У регистру је и одредница *земаљски господар*; регистар Шпангенберговог коментара има *Landesherr*-а, у коме се упућује само на члан 1 ФГЗ, где стоји да закони стичу обавезујућу снагу пошто их прогласи цар[19], тако да се може претпоставити да је у нацрту била одредба о проглашењу законâ.

У нацрту је било одредби из брачног и родитељског права, које се јављају у више одредница. Прва је *Безбрачије*, у којој се каже да је безбрачност услов за закључење брака и упућује на чл. 89 нацрта. У ФГЗ се та одредба налази у чл. 147.[20] Текст из одреднице *Аљине* одаје нека решења нацрта о миразу и разводу брака. Жена би у мираз доносила „ношеће и спаваће" хаљине (чл. 603). У време настанка нацрта то је у Србији био обичај[21]. Регистар открива да је у нацрту постојала одредба према којој жена у случају преудаје има право да затражи од свекра и свекрве хаљине (чл. 626). Такво решење смо нашли у налогу кнеза Милоша пожаревачком окружном исправништву од 23. маја 1837. да се Лати, удовици покојног Мите Савића, која жели да се преуда, поред осталог дају и њене хаљине.[22] Ако је жена крива за развод брака, муж није дужан жени да дâ ништа осим једног пара хаљина (чл. 185). Индикативно је да врло слично гласи пресуда кнеза Милоша прељубници Јеки, жени секретара Дунавско-тимочке војне команде Михаила Ђорђевића – да јој муж после развода да само нешто хаљина, „да баш гола од њега не иде".[23]

---

[17] Упор. нпр. одредницу *Апелација* из регистра са одредницом *Appellation* код Шпангенберга. Ernst Spangenberg, *Commentar über den Code Napoleon* III, Göttingen 1811, 327.

[18] АСАНУ 7966/14, регистар нацрта грађанског законика друге кодификаторске комисије.

[19] У оригиналном издању ФГЗ први конзул.

[20] Регистар, под *Безбрачије*; *Code civil*, 39.

[21] Вид. нпр. Недељко Радосављевић, *Ужичка нахија I (1816–1830)*, Београд–Ужице 2005, 87–88; АС, КК VIII/650, Попис ствари које је Константина, жена покојног Теодора Хаџи Константиновића, унела у мираз.

[22] Вид. АС, КК XXII/185, кнез Милош пожаревачком исправништву, Београд, 23. V 1837.

[23] АС, КК XIX/363, кнез Милош крајинском исправништву, Бања, 28. VII 1836.

Жена према нацрту (чл. 120), баш као и у изворнику (чл. 217) има ограничену пословну способност: без мужевљеве дозволе не може ништа да поклони или да прими поклон, прода или стави под хипотеку.[24]

У регистру се налази реч *Верност* – ФГЗ ту реч садржи само у чл. 212, у којем стоји да супружници једно другом дугују верност, помоћ и подршку.[25]

У одредници *Биљег* каже се да се помоћу тог знака може доказивати мајчинство. Такав текст јавља се код Шпангенберга, у коментару на чл. 341, где се излажу доказна средства за доказивање мајчинства. Родитељи који управљају имањем свог детета дужни су да плате трошкове болести од које је дете умрло и погребне трошкове у случају његове смрти (чл. 257 нацрта, тј. чл. 385 ФГЗ).[26]

Ванбрачно дете се у регистру назива *безбрачно*. Одредница *Безбрачно дете* упућује на одредницу *Дете*, која, на несрећу, спада у оне крај којих нема даљег текста.[27]

За усвојење је у регистру употребљен архаични израз *усињење*.[28]

Нацрт је регулисао и институт старатељства. Члан 304 нацрта каже да болест ослобађа од старатељства. ФГЗ је у чл. 434 предвиђао да се од старатељства ослобађа лице погођено озбиљном слабошћу. Чл. 310 нацрта садржао је решење према којем се на одлуку о именовању тутора може уложити жалба; тај који је могао да уложи жалбу је према ФГЗ сам именовани старатељ (чл. 440). Горе наведени чланови нацрта и изворника говоре да је пројекат у материји старатељства имао другачији распоред одредби од ФГЗ-а. Из регистра се види да је у нацрту био и текст у којем је стајало да се може поднети жалба на предлог упућен старатељу да се прода стараниково имање. То решење дошло је у нацрт из Шпангенберговог коментара.[29] У регистру постоје и *тушорства помоћник* (Mitvormund – састаралац)[30] и *тушор противни* (Gegenvormund, који би могао да се преведе као *надсташалац*)[31].

О институту лишења пословне способности у регистру се налазе следећи подаци: да је бесомучност основ за делимично лишење пословне способности (чл. 359 нацрта) и да се на одлуку родбинске скупштине[32] о забрани управљања сопственим имањем може поднети жалба (чл. 370 нацрта).

---

[24] Регистар, под *Бадава*; *Code civil*, 53.

[25] Регистар, под *Верност*; *Code civil*, 53.

[26] Регистар, под *Биљег* и *Болест*; *Code civil*, 95; E. Spangenberg I, 327.

[27] Регистар, под *Безбрачно дете*.

[28] Регистар, под *Усињење*.

[29] Регистар, под *Апелација* и *Болест*; *Code civil*, 108; E. Spangenberg I, 381.

[30] Према чл. 396 ФГЗ за састараоца ће бити постављен дететов очух ако се мајци повери старатељство над дететом.

[31] У питању је лице које се поставља за стараоца детету у оним случајевима када се његови интереси косе са интересом стараоца (вид. чл. 420 ФГЗ).

[32] У ФГЗ се то тело зове породични савет (conseil de famille).

Судећи по регистру, у нацрту је била присутна материја поделе ствари. Алат који служи за обрађивање земљишта и алат за рад у фабрици папира сврстани су у непопкретне ствари (чл. 393, идентичне одредбе у ФГЗ су смештене у чл. 524). Са друге стране, доживотне ренте су према нацрту покретне ствари (чл. 398 и 399), као и у ФГЗ (чл. 529 и 530). Зидни сат припада категорији собног намештаја (у чл. 533 ФГЗ тај уређај наведен је међу стварима које се сматрају за покретне), али научни, уметнички и занатски инструменти (у регистру *Алати знања и мајсторије*) не спадају у покућство (чл. 402 и 403)[33].

Својина се у регистру зове *Имаоство*. Уз ту одредницу стоји само њен немачки превод, тако да се из ње не може ни наслутити како је био регулисан један од главних института стварног права. Није на одмет подсетити да су Хаџић и Лазаревић у свом писму кнезу Милошу од 25. јула 1837. констатовали како је право својине у нацрту ограничено, јер не постоји потпуна слобода располагања имањем и прави се разлика између земаља на које неко има тапију и оних са којима то није случај. Из тога се да назрети да је у нацрту можда постојала забрана располагања земљом на коју није издата тапија. То је била пракса у правном промету земљишта у време израде нацрта. У члану 5 *Закона на повраћај земаља* (1839) помиње се да је до издавања Хатишерифа из 1833. онај ко живи на некој земљи, а на њу нема тапију сматран само за њеног држаоца. Тако је било и после издавања Хатишерифа, што се може видети из наредбе кнеза Милоша ваљевском исправништву од 20. априла 1835. да забрани продају земље лицима која на њу немају тапију.[34]

У регистру се појављују и сусвојина и својинске тужбе.[35]

Што се тиче начина стицања својине, регистар даје понешто података о налазу блага и одржају. Под одредницом *Благо* у регистру ћемо пронаћи питање коме оно припада (чл. 573 нацрта). Својину на пронађеном благу у ФГЗ регулише чл. 716. Према нацрту оставопримац није могао да стекне својину одржајем (чл. 1809), што у чл. 2236 предвиђа и ФГЗ. У регистру се јављају и окупација, острво, прираштај и смеша ствари.[36]

Службености[37] су једино стварно право на туђим стварима заступљено у опширнијим одредницама регистра. Крај одреднице *Басамаке* (степенице)

[33] У ФГЗ (чл. 534) се та врста ствари зове *meubles meublants* (у буквалном преводу *покретне покретне ствари*) и обухвата оне ствари које служе за употребу у стану или за његово украшавање.

[34] Регистар, под *Имаоство*; *Сборникь законâ и уредбâ и уредбены' указâ изданы' у Княжеству србскомъ* 1/1840, 104; А. С. Јовановић, АПДН 1/1911, 20; Обрад Гавриловић, *Ваљевски окружни суд 1815–1865. године*, Београд 1973, 79.

[35] Јован Хаџић, „Спомени изъ моега Дневника", *Огледало србско* (ОС) 5/1864, 132; А. Јовановић, АПДН 1/1911, 20; регистар, под *Имаоство* и *Имаоства тужба*.

[36] Вид. регистар, под *Аманетција*, *Благо, Острво*, *Припатак*, *Прираштај*, *Сједињење*; *Code civil*, 174–175, 548.

[37] У регистру су названа *миљачка права и теготе*. Ова помало рогобатна, али симпатична конструкција показује да је њен творац имао добар осећај за језик.

пише да уколико спратови једне зграде припадају различитим сопственицима, сваки сопственик спрата дужан је да у њој прави степенице (чл. 525 нацрта). Члан 664 ФГЗ, који се налази у поглављу о законским службеностима, садржи одредбу према којој је власник сваког од спратова у обавези да направи степенице које воде до његовог спрата. У регистру су забележени и хипотека и ручна залога.[38]

Од осталих важнијих института стварног права читалац ће у регистру приметити државину и ретенцију.[39]

Наследно право је у одредницама регистра добило пуно простора. Одредница *Артије* вели да ће после смрти неког лица бити сачињен попис његове заоставштине, упућујући на чл. 661 нацрта, док у погледу састављања и садржине тог пописа упућује на чл. 662. Та материја не постоји у ФГЗ, али је има у Шпангенберговом коментару, с тим да тамо није објашњење неког од чланова француске кодификације него текст који стоји засебно. Из тога се наслућује да се структура објашњења и коментара у нацрту није подударала са оном у Шпангенберговом штиву.[40]

Нацрт је имао одредбе и о тестаменталном и о законском наслеђивању. Одредница *Бадава* у једној од реченица има формулацију да се само завештањем и поклоном за случај смрти може доброчино располагати сопственим имањем (чл. 731 нацрта). Идентична одредба присутна је у чл. 893 ФГЗ. У регистру је наведена и једна специфичност војничког завештања. Ако се војник разболи или буде рањен, његово завештање моћи ће да сачини „надзиратељ болестника или рањеника" (чл. 836). Тај члан је без сумње модификована одредба чл. 982 ФГЗ, према којој ће болесни или рањени војник своју последњу вољу моћи да искаже пред војним лекаром и војним командантом задуженим за одржавање реда у болници.[41]

Хаџић и Лазаревић навели су у свом писму кнезу Милошу од 25. јула 1837. да се међу одредбама нацрта којих нема у изворнику налазе и неке којима се сужава право располагања имовином за случај смрти, но из њиховог казивања се не види о каквим се ограничењима ради. Извори указују на то да би се ограничења могла односити на тестаментално располагање и да имају везе са улогом кнеза Милоша у расподели заоставштине покојника. Енглески конзул у Србији Џорџ Хоџес је у једном свом извештају тврдио да ниједно завештање у Србији не постаје пуноважно док га кнез Милош не одобри. На то подсећа и одредба из Зубановог нацрта законика о грађанском поступку да се тестамент не може поништити док се о томе не извести кнез. Архивска грађа показује да је у време настанка нацрта било случајева да

[38] Регистар, под *Басамаке*, *Залога* и *Ипотека*; *Code civil*, 162.
[39] Вид. регистар под *Притјажање* и *Задржање*.
[40] Регистар под *Артије*; E. Spangenberg II, 137.
[41] Регистар, под *Бадава* и *Болест*; *Code civil*, 217, 239.

кнез Милош потврђује и допуњава тестаменте, али и врши расподелу имања противно последњој вољи оставиоца.[42]

Законски наследници у регистру су названи *безшесшаменшални*. Из сећања Јована Хаџића одраније је познато да је нацрт имао неке одредбе које су ограничавале наследна права супруга и ћерки. Може бити да се ради о ограничењима наследноправног положаја жена у погледу наслеђивања непокретности. Судска пракса из доба настанка нацрта познаје три ограничења те врсте. Према једном од њих жене нису наслеђивале непокретне ствари уопште, према другом земљу, а према трећој незасађену земљу.[43]

У регистру постоје одреднице о нужном наслеђивању и легату.[44]

У свом извештају Метерниху од 19. јуна 1837. Конзул Михановић је изнео оцену да је наследно право у нацрту знатно измењено у односу на изворник, што је, по Михановићем речима, заслуга кнеза Милоша, који је желео да помоћу тих измена задовољи своје „фискалне тежње".[45] Михановићев став треба примити с резервом, пошто је с кнезом био у лошим односима.

Из регистра се може дознати доста о решењима нацрта у области облигационог права. Три одреднице говоре о уговору о поклону. Према једној, *Болницама*, поклон дат болници примиће њен овлашћени управник (чл. 1190 нацрта). У ФГЗ тај пропис је у чл. 937. У другој и трећој одредници (*Апошекар и Болесш*) стоји да ће поклон који неко лице да апотекару у време болести која је довела до његове смрти бити ваљан само под извесним условима, тј. да ће такав поклон бити неважан ако је дат онима који су то лице надзирали током „последње болести" (чл. 764 нацрта). Према члану 909 ФГЗ доктори медицине и хирургије, лекари без титуле доктора медицине (officiers de santé) и апотекари који су неговали неко лице током болести од које је оно умрло не могу да се окористе располагањима тог лица за живота и за случај смрти учињеним у њихову корист док је трајала фатална болест, уз одређене изузетке.[46]

---

[42] А. С. Јовановић, АПДН 1/1911, 20; У. Станковић, 398; АС, КК XXXVII/358, Тома Вучић Перишић кнезу Милошу, Шабац, 19. XI 1832; недатирана пресуда кнеза Милоша поводом тужбе удовице Мандре од 15. X 1832; АС, КК VIII/423, београдски нахијски суд кнезу Милошу, Београд, 13. IV 1833; кнез Милош београдском нахијском суду, Пожаревац, 19. IV 1833; АС, КК XXI/176, објава кнеза Милоша као доупна тестаменту Коце Марковића, Пожаревац, 29. III 1837; АС, КК XXVII/827, кнез Милош смедеревском исправништву, Смедерево, 5. IV 1837; исти истом, Крагујевац, 30. IV 1837.

[43] Ј. Хаџић, ОС 5/1864, 132; О. Гавриловић, 83–84, 90–91; *Рудничка нахија 1816–1839* (приредили Радош Љушић и Ана Самарџић), Горњи Милановац 1995, 238; *Маґисшрашнахије Ужичко-соколске Судски прошокол 1832/1833* (приредио Новак Живковић), Ужице 1997, 186, 188, 199, 217; АС, КК XXXVII/469, недатирана пресуда кнеза Милоша поводом молбе Јоксе Гачић од 21. X 1832; АС, КК XVI/118, Велики суд кнезу Милошу, Крагујевац, 20. XII 1837.

[44] Вид. регистар под *Завешшање*, *Закони део* и *Закони наследник*.

[45] Радош Љушић, *Кнежевина Србија*, Београд 2004, 374–375; АСАНУ, 7940, И 298, Михановић Метерниху, Београд, 19. VI 1837.

[46] Регистар, под *Апошека*, *Болесш* и *Болницама*; *Code civil*, 161, 167.

У регистру се помиње да је уговор о остави по својој природи доброчин (чл. 1498 нацрта). Исту одредбу има чл. 1917 ФГЗ. Крчмар према чл. 1531 нацрта одговара за ствари које гост донесе у његову крчму – идентично решење има чл. 1952 ФГЗ. Не сасвим јасна одредница у регистру која гласи да ће у вези са стварима које путник да на оставу у крчми или хану моћи да се користе сведоци као доказно средство, постаје јаснија када се консултује други део Шпангенбергов коментара. Тамо је објашњено да ће у евентуалним споровима потраживања вредности веће од 150 франака моћи да се доказују исказима сведока уколико поверилац не може да поднесе писани доказ свог потраживања и као пример таквог случаја наводи невољну оставу.[47]

По чл. 1537 нацрта правила уговора о остави примењиваће се и на уговорни секвестар, у случају да је он уговорен без накнаде (одредба из члана 1958 ФГЗ). Уговор о најму се, према регистру, налазио у чл. 1371–1383 и правила тог уговора би се, ако је тако договорено, примењивала и на браваре приликом обављања одређених послова (вид. чл. 1799 ФГЗ). За уговор о пуномоћству у нацрту се предвиђало да је доброчин уколико није уговорено другачије (чл. 1565), што је решење из чл. 1986 ФГЗ. Као доброчин се могао уговорити уговор о доживотној ренти; ако се то догоди рента је подложна узапћењу (чл. 1548 и 1560 нацрта, односно чл. 1969 и 1981 ФГЗ).[48]

У регистру се помињу и уговори о зајму, залози, закупу, ортаклуку, купопродаји, осигурању, пуномоћству, брачни уговор и уговор на срећу.[49]

Одредбе о застарелости потраживања из нацрта истоветне су одговарајућима из ФГЗ: рок застарелости потраживања крчмара за трошкове смештаја и хране је шест месеци, док потраживање апотекара за издати лек застарева за годину дана (чл. 1841 и 1842 нацрта, односно 2271 и 2272 ФГЗ).[50]

Михановић је известио Метерниха да је нацрт био нејасно написан, књишким „русификованим" језиком. Конзул је свакако алудирао на црквенословенски, али нам се та његова тврдња не чини као вероватна, пошто међу одредницама регистра има врло мало оних са црквенословенским обликом, а и кнез Милош је другу кодификаторску комисију опоменуо да стил законика треба да буде јасан.[51]

У неком засад непознатом тренутку у Кнежевини се родила идеја да се нацрти друге кодификаторске комисије подвргну стручном прегледу. Зна се да је кнез Милош за тај посао прво хтео да ангажује ритмајстора из Панчева Крсту Хаџића. Његово име је у регистрима Унутрашњег одељења Кнежевске

---

[47] E. Spangenberg III, 77; регистар, под *Ан*, *Аманетџија*, *Бадава*; *Code Civil*, 343, 348.

[48] Регистар, под *Бадава* и *Бравари*; *Code civil*, 437, 472, 475, 477, 478.

[49] Вид. у регистру, под *Зајам*, *Закуп*, *Кирије уговор* и одреднице под *Уговор.*

[50] Регистар, под *Анџија* и *Апотекар*; *Code civil*, 555.

[51] АСАНУ 7940, И 298, Михановић Метерниху, Београд, 19. VI 1837; „Прилози за историју нашег законодавства", *Порота* 19/1881, 302.

канцеларије за 1836. забележено само под одредницом *Обреновић Јефрем*, што би могло да дâ одређеног основа за претпоставку да је кнежев брат играо некакву улогу у Хаџићевом потенцијалном ангажовању. Михановић је писао да се за Хаџићево довођење залагала „чиновничка странка", састављена углавном од лоше настројених пребеглица из Аустрије. Насупрот њима су, вели конзул, стајали Србијанци, који су добро примали конзулова убеђивања да српско законодавство мора почивати на духу старих српских уредби, закона и обичаја, а да се тек касније могу консултовати страна знања и искуства, и то оних народа који су Србима слични по положају, културном нивоу, начину живота и пореклу.[52] Неколико месеци касније Михановић је помињао и постојање неке струје која је заговарала довођење законописаца из Русије, али о њој није оставио никакве даље податке.[53]

Кнез Милош је преко неког свог неименованог чиновника ступио у контакт са Крстом Хаџићем, који је изразио спремност да пређе у Србију, али је тражио да га кнез позове службеним путем, преко бечког двора. Коришћење Хаџићевих услуга осујетио је Михановић, поручујући поред осталог да би српски закони требало да буду такви да не изискују адвокате, због којих парнице дуго трају, а Хаџић је баш „рад све нешто заплетено имати".[54]

Прича о доласку Јована Хаџића и Василија Лазаревића у Србију и њихове активности у Кнежевини до писма кнезу Милошу од 25. јула 1837. изазвали су велику пажњу научне јавности и стога се о њима пуно писало. Написаном треба додати то да се на основу једне одреднице у регистру Иностраног одељења Кнежевске канцеларије за 1837. може закључити да је кнез Милош те године непосредно Метерниху писао да се двојици законописаца дозволи прелазак у Србију и да је Метерних одговорио да су они за то добили одобрење. Захваљујући истом регистру богатији смо и за податак да је 1837. руски генерални конзулат у Влашкој и Молдавији тражио некакво обавештење у вези са српским законицима и да му је у вези с тим одговорено. Сасвим је умесно помислити да се захтев конзулата упућен баш у години доласка законописаца из Аустрије тицао управо њиховог доласка. Хаџић је за прелазак у Србију поставио неке услове, који су прихваћени.[55]

[52] Британски дипломата Дејвид Уркварт, који се такође противио рецепцији страног права у Србији, казао је у мају 1837. Димитрију Давидовићу и Лазару Зубану да је „писани законик Наполеонов и учинио, те је Наполеон пропао". АС, КК VI/929, Димитрије Давидовић и Лазар Зубан кнезу Милошу, Београд, 22. V 1837.

[53] АС, КК, регистри В одељења за 1836, под *Обреновић Јефрем*; АСАНУ, 7940, И 280, Михановић Метерниху, Београд, 18. X 1836; АСАНУ 7940, И 298, исти истом, Београд, 19. VI 1837.

[54] АС, КК VI/763, Алекса Симић и Тома Вучић Перишић кнезу Милошу, Београд, 23. IX 1836.

[55] АС, КК, регистар И одељења за 1837, под *Метерних, канцлер у Аустрији и министер иностраних дела*, *Руски консулат генерални у Валахији и Молдавији*, *Хаджић Јоан, сенатор новосадски*.

Ангажовање Хаџића и Лазаревића било је, данашњим речником казано, добро медијски пропраћено. Баш као што је и данас случај, писање штампе о тој теми било је врло шаролико. Загребачке *Илирске народне новине* објавиле су 24. јануара 1837. вест да су Хаџић и Лазаревић ангажовани као искусни стручњаци за угарско право и правну науку. За разлику од *Илирских народних новина*, бечки *Хумориста* писао је 8. фебруара 1837. да је Хаџић позван у Србију као угарски правник-научник са искуством, који познаје и теорију и праксу, а Лазаревић као дубоки познавалац аустријског права. У *Франкфуртер обер-поста-амтс цајтунгу* од 31. јануара 1837. објављена је делимична пророчанска дезинформација – да Хаџић и Лазаревић прелазе у Србију да би кнезу Милошу послужили за превођење „немачких" закона.[56]

Од ФГЗ као модела за српски грађански законик одустало се и пре Хаџићевог и Лазаревићевог писма Милошу од 25. јула 1837, у којем законописци кажу да Наполеонов законик није подобан за узор будућег српског кодекса. У писму Михановићу од 6. јуна 1837. Метерних је изразио забринутост због вести да упркос преласку Хаџића и Лазаревића у Србију ФГЗ и даље фигурира као мустра за српску грађанску кодификацију. Ако је веровати Лазаревићу, Хаџић и он су након свог преласка у Србију после више дискусија, уз одобрење кнеза Милоша, успели да издејствују одбацивање ФГЗ. То се морало десити пре 19. јуна 1837, јер тада Михановић у писму Метерниху о ФГЗ говори као дефинитивно одбаченом.[57]

4. ЗАКЉУЧАК

Истраживање је показало да је рад на кодификацији грађанског права у Кнежевини Србији почео бар годину дана раније него што се до сада мислило. Сазнања о првој кодификаторској комисији обогаћена су за идентитет преводиоца Француског грађанског законика, број преведених чланова и неке детаље о оценама резултата рада те комисије. Рад друге кодификаторске комисије такође је додатно расветљен. Сада су макар делом познати начин њеног рада и резултати њене делатности. По нашем скромном суду, без сумње највредније откриће из ове фазе кодификаторског рада је регистар нацрта грађанског законика. Научна јавност никако не сме да се задовољи делимичном реконструкцијом његовог текста и проналажење нових података о садржини пројекта мора бити императив. Било би пожељно и да се

[56] *Ilirske narodne novine*, br. 7, 24. I 1837; *Frankfurter Ober-Postamts Zeitung*, N° 32, 31. I 1837; *Der Humorist*, N° 17, 8. II 1837.

[57] АСАНУ 7940, И 531, Метерних Михановићу, 6. VI 1837; АСАНУ 7940, И 298, Михановић Метерниху, Београд 19. VI 1837; АСАНУ, АИ, И X, 120/5, Лазаревић генералу Фојту, Земун 4. IX 1837.

помере границе сазнања о пропалом ангажману Крсте Хаџића и могућим перипетијама у вези са ангажовањем Хаџића и Лазаревића, чије је постојање нашим истраживањима само наговештено. Нарочито би требало истражити рад Хаџића и Лазаревића на затирању мисли о рецепцији ФГЗ. Аутори овог дела потрудили су се да за све набројане теме будућих истраживања обезбеде полазну основу и надају се да су у томе успели.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Необјављени извори

Архив САНУ

Архив Историјског института – Заоставштина Алексе Ивића;

Заоставштина Николе Крстића;

Исписи из бечких архива;

Архив Србије

Збирка Мите Петровића;

Књажеска канцеларија;

Министарство иностраних дела – Внутрено одељење;

Митрополија београдска;

Поклони и откупи;

1. Објављени извори

Архивска грађа о Вуку Караџићу 1813 –1864 (приредио Голуб Добрашиновић са сарадницима), Београд 1970;

Гавриловић Обрад, *Ваљевски окружни суд 1815–1865. године*, Београд 1973;

Der Humorist;

Ilirske narodne novine;

Erhard Christian Daniel, *Napoleons Gesetzbuch*, Leipzig 1811;

Караџић Стефановић Вук, *Преписка* IV-V, Београд 1988–1989;

Code civile des Français, Paris 1805;

Магистрат нахије Ужичко-соколске Судски протокол 1832/1833 (приредио Новак Живковић), Ужице 1997;

Пејтон Ендрју Арчибалд, *Србија најмлађи члан европске породице или боравак у Београду и путовања по шумама и планинама унутрашњости 1843. и 1844. године* (са енглеског превео Бранко Момчиловић), Нови Сад 1996;

„Прилози за историју нашег законодавства", *Порота* 19/1881, 302–303;

Радосављевић Недељко, *Ужичка нахија I (1816–1830)*, Београд–Ужице 2005;

Рудничка нахија 1816–1839 (приредили Радош Љушић и Ана Самарџић), Горњи Милановац 1995;

Сборникь законâ и уредбâ и уредбены' указâ изданы' у Княжеству србскомъ;

Frankfurter Ober-Postamts Zeitung;

Хаџић Јован, „Спомени из моега дневника", *Огледало србско* 2/1864, 36–42; 5/1864, 129–138;

Литература

Ивић Алекса, „Израда законика за Кнежевину Србију (Од 1829–1843)", *Архив за правне и друштвене науке* 3/1921, 177–197;

Јовановић Алекса С., „Рад на 'торжественим' законима", *Архив за правне и друштвене науке* 4/1909, 257–262; 1/1911, 11–25; 2/1911, 90–100; 3/1911, 169–177; 4/1911, 256–264;

Кићовић Мираш, *Јован Хаџић (Милош Светић)*, Нови Сад 1930;

Љушић Радош, *Кнежевина Србија*, Београд 2004;

Николић Драган, „Рад на грађанском законику у Србији 1829–1835. године", *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)* (уредник Миодраг Јовичић), Београд 1996, 85–92;

Николић Душан, „Два века грађанског права у обновљеној Србији (1804–2004)", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2004, 277–309;

Никчевић Томица, *Постанак и покушај прераде Грађанског законика Кнежевине Србије*, Београд 1971;

Петровић Мита, *Финансије и установе обновљене Србије до 1842.* I, Београд 1897;

Станковић Урош, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837", *Зборник радова Праваног факултета у Новом Саду* 4/2014, 391–408;

Ubicini Abdolomyne, Chopin Jean-Marie, *Provinces danubiennes et roumaines*, Paris 1856;

Spangenberg Ernst, *Commentar über den Code Napoleon* III, Göttingen 1810–1811.

Gordana M. Drakić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

New Data on First Attempts to Codify Law in The Principality Of Serbia (1827–1837)

Abstract: *The article reveals new data on first attempts of codification of civil law in the Prinipality of Serbia. The attempts lasted from 1827, the year in which prime codification works are recorded, to 1837, when French Civil Code was rejected as a role model of future Serbian code. The revelations came from archive materials and non-Serbian literature and press. They are related to the work of the first and second codification committee, draft civil code composed between 1834 and 1837 and some details regarding the engagement of expert lawyers for the purpose of drawing up civil code.*

Keywords: *Lazar Zuban, Jovan Hadžić, Vasilije Lazarević, French Civil Code, Serbian Civil Code.*

Датум пријема рада: 30.01.2020.

Прегледни чланак 341.218.1(497.1)“1918“
doi:10.5937/zrpfns54-22960

Др Небојша В. Ранђеловић, редовни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
necer@prafak.ni.ac.rs

Сара И. Митић, демонстратор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
saramitic@prafak.ni.ac.rs

ПРВОДЕЦЕМБАРСКИ АКТИ О УЈЕДИЊЕЊУ – ЦИЉЕВИ И ОДСТУПАЊА*

Сажетак: *Прводецембарски акти уједињења Јужних Словена у заједничку државу представљали су крај остваривања велике идеје уједињења и почетак процеса растакања нове државе. Лице остваривања ове идеје је хронологија догађаја, која указује на узлазну путању рада Србије и Народног вијећа на коначном уједињењу. Наличје представља конфузија распада Аустро-Угарске и рад Народног вијећа у таквим околностима. Често без осећања појединих својих чланова за реалност догађаја, Средишњи одбор Народног вијећа је формулисао Напутак (обавезујуће упутство својој делегацији упућеној у Београд 28.11. 1918. године). Притиснута брзином догађаја и реалним опасностима (италијанске претензије, немогућност одржавања реда без оружаних снага итд), делегација је одустала од садржине напутка и прилагодила га у Адреси регенту Александру, након чега је уследило проглашење уједињења у заједничку државу 1. 12. 1918. године. Последице оваквог уједињења осећају се и данас.*

Кључне речи: *уједињење, напутак, Народно вијеће, 1. децембар.*

---

* Рад је презентован на Научном скупу Први век од присаједињења: друштвени, политички и правни значај, одржаном 14. децембра 2018. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Уједињење Јужних Словена у заједничку државу, као идеја, идеалистички концепт, вековна тежња, најцелисходније решење, једни прихватљиви излаз, нужност, стратешка грешка (са још низом атрибута даваних са аспеката свих заинтересованих страна), од самог настанка заједничке државе, па до данашњих дана изазива полемике у политичкој и научној сфери, чини се без апсолутно доброг и прихватљивог одговора.

Ако се уједињење посматра као историјски факт и историјски процес, за образложење се најчешће узимају историјски клишеи, прихвћени, или оспоравани, али ипак егзистирајући. Како је у свакој области науке, која има историјски предзнак, тешко прихватљиво разматрање на тему „шта би било, да се то није догодило", јер је подложно спекулацијама, нагађањима и неретко злонамерним конструкцијама, чини се да су историјски клишеи, као релативно реална слика догађаја, најприхватљивији. Али је такође обавеза нучних посленика да загребу по позадини проучаваних догађаја и употпуне њихову слику, колико год она у датом тренутку није прихватљива широј јавности.

Ако се послужимо једним цитатом Винстона Черчила, за прводецембарске акте о уједињењу Југословена могло би се рећи да то није био „крај, нити почетак краја, већ крај почетка".[2] Догађаји који су претходили проглашењу уједињења 1. децембра 1918. године, указивали су на уједињење, као једино целисходно решење у том тренутку. Догађаји који су следили (од уједињења па до данас), овај историјски чин учинили су подложним свакој критици.

И домаћи и страни аутори исписали су небројено много страница посвећених овој теми. Немогуће је сва гледишта сажети и дати критичко гледиште о њима у једном чланку. За то је, чини се, мало и читава студија. Али је могуће, уз давање хронологије и прихваћених правно-историјских поставки, дати слику онога што је претходило чину проглашења уједињења и покушај објашњења зашто је било баш тако.

Идеја о уједињењу Јужних Словена, уз све осцилације и модалитете, стасава већ у XIX веку, кроз различите тежње појединаца и организованих група. Илирски покрет, рад пољско-чешке емиграције, Гарашаниново „Начертаније", Вуков рад на обједињавању српског и хрватског језика, јавни и тајни политички програми кнеза Михаила, рад просветних друштава и политичких организација, давали су тон националним покретима унутар Хабсбуршке монархије, српских кнежевина и рубова отоманског царства. Ови програми и идеје, хетерогени по природи и циљевима, имали су један заједнички садржалац: уједињење на основи заједничког језика, етничког порекла и културно-про-

[2] Винстон Черчил, Други светски рат, Том II, Београд 1964, 566.

светне повезаности. Притом се често занемаривала верска хетерогеност, која је у будућим временима била кључ раздора и грађанских ратова.

Први светски рат је затекао балканске независне државе још неопорављене од Балканских ратова, а Јужне Словене у Аустро-Угарској у хрватско--српској коалицији, непријатељски настројеној првенствено према угарским властима, и ван ње. Рат је донео пометњу у и онако хетерогеном односу политичких чинилаца према идји уједињења. На једној страни, Краљевина Србија и Југословенски одбор су ову идеју заснивали на рушењу Хабсбуршког царства. У таквом тону су биле Нишка и Крфска декларација. На другој страни, тињала је идеја решења питања Јужних Словена у оквиру Аустро--Угарске, реформисане на основи тријализма. У таквом тону је била Мајска декларација 1917. године.

Догађаји су, међутим, ишли брже него што су политички чиниоци, у тежњи за потпуним остваривањем својих визија, очекивали. Пробој Солунског фронта, почетак унутрашњег урушавања Аустро-Угарске, све извеснији исход рата, италијанске аспирације зсноване на Лондонском уговору, различита визија савезника о будућности Хабсбурга, били су чиниоци који су убрзавали и отежавали политичке догађаје. Реметилачки чинилац је представљао и врх католичке цркве. Римској курији је свакако више одговарало очување било каквог облика Хабсбуршке монархије, у основи католичке и привржене Ватикану, од нове државе Јужних Словена, у којој ће православни живаљ представљати релативну, а са муслиманима, апсолутну већину. Проаустријске струје у врху дела француске политичке елите такође су рачунале са неким видом очувања Аустро-Угарске.[3] На другој страни врхови слободнозидарске европске елите били су склони рушењу Хабсбурга и стварању нових држава на рушевинама монархије, према прокламованим принципима председника Сједињених америчких држава Вудроа Вилсона.[4] Тако замршен сплет политичких околности пратиле су интензивне активности званичних и тајних дипломатија, заинтересованих сила, непосредно заинтересованих држава и народа и неутралних држава као посредника.[5]

2. НАРОДНО ВИЈЕЋЕ СЛОВЕНАЦА, ХРАВАТА И СРБА – ЈЕДИНСТВЕНА ИДЕЈА И НЕЈЕДИНСТВО РЕШЕЊА

Друга половина 1918. године донела је расплет ратних догађаја и слом Централних сила, а за Јужне Словене уједињење и државу коју су сви желели,

[3] Јосип Хорват, Политичка повјест Хрватске, Загреб 1989, 74-75.

[4] Ibid 76.

[5] Према доступним изворима, на које се позивају и аутори Ј. Хорват, Б. Кризман, Б. Петрановић и други, посредовање се тражило од шведске и швајцарске дипломатије, али и преко неформалних аристократских и слободнозидарских веза.

а која, време ће показати, никоме није у потпуности одговарала. Хронологија догађаја у Аустро-Угарској указује на много конфузије, како унутар југословенских политичких снага тако и у државном врху монархије и у самом двору. Сумње у жељени исход рата постале су јавна тајна већ након смрти Франца Јозефа 21. новембра 1916. и доласка на аустроугарски престо Карла I. Тражење решења за окончање ратних дејстава (кроз испитивање разних могућности за сепаратни мир), поверавано је најпре тајној дипломатији, а потом и кроз нескривене контакте званичне дипломатије. Сам бечки двор је увиђао неопходност преуређења монархије, имајући у виду тријализам и државност словенског елемента у Монархији. У таквом тону је била и Мајска декларација заступника Југословенског клуба од 30. маја 1917. године. Наредну ратну годину, међутим, обележили су догађаји, чија је брзина смењивања била таква, да инертни државни апарат Аустро-Угарске једноставно није могато да јој се прилагоди. Потези Аустро-Угарских власти каскали су за догађајима.

Још пре пробоја Солунског фронта, већ у мају 1918. године састао се Хрватски сабор. На заседању се водила бурна расправа са темом за и против Мајске декларације, са јасном тенденцијом за обликовање политичког програма стварања нове државе Јужних Словена. Два дана након сазивања Сабора, 15. маја, бан Михаловић покреће у Сабору истрагу о деловању политичког вођства франковаца, усмереног ка укидању Сабора и успостављању комесаријата. Двадесет дана касније руководство старчевићеваца (Странка права) прихвата резолуцију којом се тражи „уједињење у слободној народној држави Словенаца, Хрвата и Срба“.[6] Месец дана касније, тачније 2. јула, на великој народној скупштини у Сплиту основана је Народна организација Срба, Хрвата и Словенаца, са одбором од 16 чланова, као део будућег Народног вијећа, а 17. августа у Љубљани је основан Народни свет. Септембар је донео пробој Солунског фронта и капитулацију Бугарске, што је, по речима самог немачког цара Вилхелма, убрзало ратну катастрофу Централних сила.

Баш у то време бивши председник мађарске владе, гроф Тиса, у мисији спасавања каквог-таквог очувања Монархије, посетио је водеће политичаре у Загребу, Сплиту и Сарајеву, са циљем, да се уз максималне уступке реши политичка криза. Једини услов је био очување Аустро-Угарске. Његова мисија је окончана неуспехом. След догађаја је представљао убрзани ход ка уједињењу Јужних Словена: 5. и 6. октобра у Загребу је одржана конференција политичара опредељених за уједињење и основано је Народно вијеће Словенаца, Хрвата и Срба, под председништвом Антона Корошеца и са потпредседницима др Антом Павелићем и Светозарем Прибићевићем; 19. октобра Народно вијеће је обзанило да преузима вођење народне политике и да

[6] J. Хорват, Политичка повјест Хрватске, Загреб 1989, 364.

убудуће ниједна плитичка групација неће водити засебну политику; 29. октобра се састао Хрватски сабор и одлучио о прекиду свих државноправних веза са Аустријом и Угарском, а потом прогласио Хрватску, Далмацију и Славонију са Ријеком независном државом, која ступа у заједничку државу Словенаца, Хрвата и Срба; 9. новембра регент Александар је примио чланове Народног вијећа Валеријана Прибићевића и др Лазу Поповића, а потом мајора Перка, након чега је потпуковник Душан Симовић упућен у Загреб као регентови изасланик; у исто време је усвојена и Женевска декларација[7]; 26. новембра, на поновном заседању Средишњег одбора Народног вијећа донета је одлука о одласку делегације у Београд; 1. децембра, у кући Крсмановића, након читања Адресе Народног вијећа, регент Александар је прогласио уједињење „Србије са земљама независне државе Словенаца, Хрвата и Срба у јединствено краљевство Срба, Хрвата и Словенаца".[8]

Овако дата хронологија указује на узлазну линију остваривања сазреле идеје уједињења, убрзане током догађаја ратног пораза Централних сила и унутрашњег урушавања Аустро-Угарске. Та линија је, међутим, имала своја наличја. Она указују на конфузију у хабсбуршким деловима југословенских земаља, посебно унутар Народног вијећа, и на често одсуство поимања реалности. Због тога су неки потези Средишњег одбора Народног вијећа били изнуђени, а нека очекивања изневерена. То је представљало клицу раздора

[7] Постигнути споразум је 9. новембра 1918. године преточен у декларацију, познату као Женевска декларација. У уводној изјави Женевске декларације констатује се уједињење у Државу Срба, Хрвата и Словенаца (с надом да ће се ускоро придружити и Црна Гора) као недељиву државну целину, коју према споља представља заједничко министарство Срба, Хрвата и Словенаца. Према записнику као делу споразума, оно има 12 ресора (6 даје Народно вијеће, 6 влада Србије, а ако уђе Црна Гора и она ће добити 6 места). Као заједнички послови утврђени су: спољни послови; војска, морнарица и санитет и припрема Конституанте. Остали послови остали би у компетенцији српске владе и Народног вијећа, а заједничко министарство требало би да координира њихов рад у саобраћају, прехрани, питању заробљеника, социјалног обезбеђења и заједничких финансија. Такво стање требало је да остане док Конституанта, изабрана општим, једнаким, непосредним и тајним гласањем, уставом не пропише дефинитивно устројство државе. То је требало да буде сложена држава две или три чланице (Држава СХС, Краљевина Србија и Црна Гора) са елементима федерације и конфедерације. Међутим, Женевска декларација је опозвана од српске владе. Увидевши да је споразум за Србију неповољан, српска влада је после повратка у Београд поднела оставку, па Пашићев потпис више није обавезивао Србију ни нову владу. Код Народног вијећа Државе Словенаца, Хрвата и Срба дошло је до раскола. Потпредседник Светозар Прибићевић није известио Народно вијеће о извештајима Антона Корошеца из Женеве. Након доношења Декларације телеграмом је упозорио Корошеца да није овлашћен за њено потписивање. Након српског опозива, Корошец као председник Народног вијећа послао је регенту протестни телеграм, а Прибићевић је јавио српској влади да Народно вијеће не сматра споразум обавезујућим иако га је потписао његов председник. (Жељко Бартуловић, Небојша Ранђеловић)

[8] Небојша Ранђеловић, Миљана Тодоровић, Одабрани извори државноправне историје јужнословенских народа, Београд 2009, 328.

у новој држави, по речима Васе Казимировића „на миздраке дочеканој“[9], и пре њеног формалног настанка. Занимљиво је да се неки респектабилни аутори (посебно савременици) нису детаљно бавили суштином сукоба унутар Народног вијећа. Као илустрација може послужити осврт на дела неких од њих. Васа Казимировић у свом обимном делу „Србија и Југославија“ даје широк осврт на међународне околности (посебно британске дипломатије)[10] и односе српских власти према питању уједињења, али не даје детаљну слику онога што се дешавало у Загребу од септембра до децембра 1918. У значајном делу југословенске историографије „Југословенске народне скупштине и сабори“ Чедомил Митриновић и Милош Брашић кроз дату хронологију, фактографски, са изводима из докумената, дају слику догађаја и процеса одлучивања у Народном вијећу.[11] Али се и у тим списима не види суштина размимоилажења идеја и виђења уређења будуће државе. Богдан Кризман у књизи „Хрватска у Првом свјетском рату“[12] хронологију догађаја илуструје преписком предстваника српске Врховне команде и изасланика круне потпуковника Душана Симовића са српском владом, али се и код њега не виде јасно дилеме и спорења око поступка и природе уједињења. У својој „Повјести Хрвата“ Фердо Шишић анализира идеју уједињења, али не објашњава начин њеног реализовања.[13] Сличан оснос има и Владимир Ћоровић у својој „Историји Срба“.[14] Чини се да је однос према величини идеје југословенског уједињења, спорења око њеног остварења ставио у други план, чинећи их маргиналним. Историја је показала супротно.

Народно вијеће се у тенуцима распада Аустро-Угарске суочило са мноштвом проблема фактичке и идеолошке природе. Потребу уједињења нико није доводио у питање, али се о начину уједињења и уређењу будуће државе жучно расправљало. Требало је одредити модалитете уједињења, привремену државну организацију (облик владавине и државног уређења) до одлуке конституанте. Стјепан Радић је на седници Средишњег одбора 8. новембра поставио питање надлежности одлучивања и сазива сабора. Ово питање је занемарено одлагањем седница до 20. новембра. Како је, услед дугих расправа, Средишњи одбор био неефикасан, његову улогу фактички је преузело Предедништво. У Средишњем одбору поднето је шест предлога о уједињењу. То су били предлози Земаљске владе за Далмацију, др Еда Лукинића и

[9] Васа Казимировић, Србија и Југославија 1914-1945 II, Крагујевац 1995, 525.

[10] Ibid 201-222

[11] Чедомил Митриновић, Милош Брашић, Југословенске скупштине и сабори, Београд 1937, 225-227.

[12] Богдан Кризман, Хрватска у Првом свјетском рату, Загреб 1989.

[13] Фердо Шишић, Повјест Хрвата, Преглед повјести хрватског народа 600-1918, Сплит 2004.

[14] Владимир Ћоровић, Историја Срба III, Бања Лука 1995.

другова, Грге Анђелиновића и другова, др Анте Тресић-Павичића, социјалиста и Стјепана Радића. У свим предлозима су се налазили захтеви за уједињењем на читавом етнографском непрекинутом простору, што је било противно Лондонском уговору. Радић је тражио федерацију. У другим предлозима стајало је опредељење за унитарну државу с већом или мањом аутономијом (осим Тресић-Павичића који се залаго за централизам). По питању државног уређења једино су Радић и социјалисти били за републику. Већина предлога истицала је привременост уређења до сазива Конституанте (Далматинска влада, Лукинић и социјалисти). Др Анђелиновић је нагласио да у одлучивању не сме да буде мајоризације. Решавање отворених питања начина уједињења и организације државне заједнице избегавано је да у бурним данима који долазе не би додатно компликовало стање. Са седница су искључени новинари да не би узнемиравали јавност.[15]

Чини се да поједини чланови Средишњег одбора, утопљени у расправе о уређењу будуће државе нису били сасвим свесни реалности која их окружује. А реалност је говорила да италијанске претензије на источну јадранску обалу на основу Лондонског уговора представљају озбиљну претњу. Да Народно вјеће и прокламована Држава Словенаца, Хрвата и Срба немају оружану силу која би одржавала ред и која би се супротставила Италији. Да су републиканске идеје илузија, јер се од монарха Србије, победника у рату, не може тражити да се одрекне круне и својих права. Они који су били најугроженији, били су и најсвеснији фактичких опасности и реалности актуелног тренутка. На седници 20. новембра далматинска влада ултимативно тражи неодложно уједињење, чему се придружила влада Босне и Херцеговине. У противном ће то учинити саме. Хрвати Хрватског приморја, Ријеке и Истре резолуцијом су тражили да Вијеће с владом Србије без одлагања поведе преговоре о устројству државе.

Војвођани су такође били за уједињење без одлагања. У Суботичкој резолуцији (26. октобра) се истиче да се војвођански политичари слажу с Народним вијећем, признају му потпуну компетенцију с тим да у Народном вијећу буду заступљени Хрвати и Срби из јужне Угарске. Међутим, везе Војводине са Народним вијећем биле су слабе. Војвођански радикали су били против сарадње са Народним вијећем и истицали су потребу директног присаједињења Војводине Србији. Представник из Срема (Жарко Миладиновић), који је ушао у Народно вијеће као представник Српске радикалне странке, почео је да ради на прикључењу Срема, а и целе Војводине Србији. За групу војвођанских политичара, присталица присаједињења Војводине Србији, претпоставља се да су радили у сагласју са Светозаром Прибићевићем и уз

[15] Жељко Бартуловић, Небојша Ранђеловић, Основи уставне историје југословенских народа, Ниш 2011, 159.

подршку Николе Пашића. 13. новембра дошло је до потписивања примирја са мађарском владом, којим положај Војводине није био дефинитивно решен. Демаркациона линија се углавном поклапала с југословенском етнографском линијом, која је касније претворена у границу. Војводина је била одвојена од Мађара, али са међународно-правног гледишта још увек је представљала део угарског државног простора. У таквом привременом уређењу, средином новембра у Војводину је ушла српска војска. Присуство српске војске појачало је активност српских радикала. Они су још интензивније развили рад на прикључењу Војводине Србији. Упоредо је у Новом Саду основан Српски народни одбор и одмах почео на припремама за сазивање војвођанске скупштине. Одбор је прописао изборни ред на основу кога ће се бирати посланици. Бирачко право признато је свим лицима са навршених 20 година – без обзира на пол – ако су Југословени. Тако је у састав скупштине ушао само један Мађар и само шест Немаца. Изборне јединице биле су општине, а на 1.000 становника бирао се један посланик. Скупштина од 757 делегата из 211 војвођанских општина састала се 25. новембра у Новом Саду. Расправљало се и о томе да ли да се Војводина веже са Народним вијећем, за шта су били сви Хрвати и део Срба. Већина Срба је, међутим, била за директно прикључење Србији па је 25. новембра такву одлуку и донела велика Народна скупштина. Ту одлуку прихватила је и српска влада.[16]

Иако притиснути реалношћу, поједини чланови Средишњег одбора истрајавали су на својим становиштима и инсистирали да о будућем уређењу државе одлучи Конституанта, указујући на опасност од српске хегемоније. Може се рећи да је, између осталих, глас разума и позива на сагледавање реалности био др Иван Рибар. Он је у свом говору у Средишњем одбору (сединица 23-24. новембра) истакао да се „више боји туђина него српске хегемоније, да смо данас ништица и зато треба спашавати кров над главом“.[17]

3. НАПУТАК НАРОДНОГ ВИЈЕЋА И УЈЕДИЊЕЊЕ – СКУП ЖЕЉА И ЊИХОВА РЕАЛНОСТ

Брзина догађаја и све опасности које су могле да угрозе процес уједињења налагали су да се постизање споразума мора хитно окончати и да се приступи поступку уједињења. Народно вијеће, међутим, још увек није имало коначан заједнички став. Стјепан Радић се залагао за савезну државу (Словенија, Хрватска, Србија, Ц. Гора, Босна и Херцеговина, Далмација и Војводина) троплеменог народа на челу са три регента (српски владар, хрватски

[16] Ibid 162

[17] J. Хорват, Политичка повјест Хрватске, Загреб 1989, 125.

бан и председник Словенског народног света), заједничку владу са три министра (спољни послови, снабдевање и одбрана) одговорну заједничком представништву (врховно веће) у које би покрајинска представништва послала своје чланове. Сви остали послови били би у надлежности покрајинских представништава којима су одговорне покрајинске владе.[18]

Одбор седморице је предложио да Народно вијеће изабере и овласти одбор од 28 лица који ће споразумно са српском владом и представницима странака из Србије и Црне Горе договорити државну организацију нове државе. Постигнут договор ће ратификовати представништво (Државно вијеће) представника Србије, Црне Горе, Народног вијећа и Југославенског одбора. Предлог је прихваћен већином гласова. Против су били Стјепан Радић и др Драгутин Хрвој. Предлогом Одбора седморице предвиђено је да Народно вијеће упути у Београд изасланство које ће спровести уједињење према добијеном Напутку. Напутком је прихваћена идеја народног јединства, а у погледу организације власти компромис између федерализма и унитаризма. Уставотворна скупштина, стоји даље у Напутку, двотрећинском већином одредиће организацију државе (монархија или република, унитарна држава или федерација, итд.) у року од шест месеци од уједињења. До сазива конституанте законодавну власт треба да врши Државно вијеће (које чине сви чланови Народног вијећа, пет чланова Југословенског одбора и сразмеран број представника народних скупштина Србије (договором странака) и Црне Горе. На челу државе ће привремено, до одлуке Конституанте бити краљ тј. регент Србије, који није одговоран Државном вијећу. Он именује владу која ужива поверење већа, а чији су чланови поред министара и седам државних секретара који заступају интересе своје земље (Србија, Хрватска и Славонија, Далмација, Словенија, Босна и Херцеговина, Црна Гора и Бачка, Банат и Барања). Државна влада била би надлежна само за спољне послове, војску, државне финансије, поморство и пошту, а остали послови били би у надлежности земаљских органа. Обављали би се према упутима и надзору државне владе, али и земаљских већа. Председнике земаљских влада, којима су земаљске владе одговорне, именовао би регент на предлог земаљског представништва. Буџетска средства земаљским владама одобравала би државна влада.[19]

Против оваквих закључака био је Стјепан Радић, који је у свом говору упозорио да одбор од 28 лица нема овлашћење пленума Народног вијећа ни сабора и да Средишњи одбор не зна ништа о становишту Србије. У Београду се још увек није налазио председник владе Пашић, а ни скупштина са којима изасланство треба да преговара, и о томе извести Народно вијеће и

[18] Ж. Бартуловић, Н. Ранђеловић, Основи уставне историје југословенских народа, Ниш 2011, 165.

[19] Ibid 166.

Сабор, а српска страна да извести владу и скупштину. Тек ако су ставови сагласни, нагласио је Радић, приступило би се уједињењу („не срљајте као гуске у маглу“, биле су Радићеве речи). Изасланство Средишњег одбора ипак је отпутовало, али на неуобичајен начин. Након расправе већина Средишњег одбора разишла се око 22 часа уверена да се сутра не путује. Но, присталице Прибићевића као мањина у Средишњем одбору остали су окупљени у малој дворани Сабора и „огромном већином гласова“ у 23 часа одлучили да се сутрадан 27. новембра у 9 часова посебним возом крене у Београд. Гласници су током ноћи обавестили делегате који су неприпремљени кренули на пут. Практично је Средишњи одбор себе одредио за делегацију од 28 лица и отишао без неколико чланова који се нису слагали с одласком.

Преговори с представницима српске владе и регентом започели су 28. новембра 1918. године. Са представницима Народног вијећа преговарао је Стојан Протић. Сами чланови делегације били су свесни неодрживости појединих делова Напутка. Протић нарочито није био вољан да се могућност овлашћења Конституанте о коначном уређењу државе по питању монархије уопште разматра. Није прихватио објашњење да је тај део Напутка само форма, којом се даје пун капацитет овлашћења Конституанти, и да је по свему осталом монархија, као једини могући облик уређења државе прејудицирана, те да се права династије Карађорђевића не доводе у питање, а да је то и искрена жеља чланова Народног вијећа.[20] Делегација Народног вијећа одустала је од Напутка и изабрала петорицу чланова који су саставили Адресу регенту Александру. Она је 30. новембра ревидирана и прихваћена, као и следујући одговор (заједно са министрима из српске владе). На попустљивост дела делегације утицао је телеграм Југословенског одбора о „критичној међународној ситуацији нашег народа који једини у Монархији није признат“. Италијански иредентизам и сви наведени проблеми Народног вијећа и Државе Словенаца, Хрвата и Срба захтевали су хитност уједињења и нису давали простор за преговоре и дуга усаглашавања. Делегација Народног вијећа једноставно није имала могућност избора.[21]

Уследило је редиговање Напутка и уобличавање Адресе Народног вијећа регенту Александру, након чега је регент прогласио уједињење.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Уједињење у државу „на миздраке дочекану“ затворило је једно поглавље у остваривању велике идеје уједињења Јужних Словена и отворило низ

[20] Ј. Хорват, Политичка повјест Хрватске, Загреб 1989, 131.

[21] Ж. Бартуловић, Н. Ранђеловић, Основи уставне историје југословенских народа, Ниш 2011, 167.

поглавља у процесу њеног растакања. Тај процес је почео одмах након уједињења и окочао се крајем XX на најгори могући начин – грађанским ратом. Анализе аутора савременика у већини случајева су занемаривале наличја остваривања ове велике идеје. Савремени аутори наличјима ових догађаја дају пресудни значај, често занемарујући величину идеје која је довела до уједињења. И једни и други ставови стварали су историјске стереотипе, од глорификовања до ниподаштавања вредности и мана заједничке државе.

У хрватској историографији често се на уједињење гледа као на исхитрен потез, са много логичних питања, али са мало осврта на реалност. Проф. Неда Енгелсфелд анализирајући ове процесе каже: „Као првенствени разлог уједињења истицано је јужнославенство као етничка сродност и вјековна тежња народа који су вјековима живјели одвојено, у различитим политичким увјетима и државама и који су имали различиту прошлост, вјеру и менталитет. Јужнославенство као интелектуална конструкција представљало је заправо редуцирану, закашњелу идеју панславизма из доба опасности од германизације, касније и мађаризације. Конструкција која постаје дјелотворна у времену када су разлози њезина настанка престајали постојати. Уједињење по сваку цијену – јер је то био спас за Далмацију и приморске крајеве, то је био императив далматинске владе која је вјеровала да ће је Србија спасити од примјене Лондонског споразума, и то у вријеме када Србија за то није пружала никакве гаранције… О ужој се Хрватској у Хрватској (осим Радића), чини се, најмање мислило… Најприје уједињење, тј. формирање заједничке државе, а касније све остало – била је крилатица коалицијске већине која је прешутно „све остало“, тј. облик владавине и облик државног уређења, препустила другој страни, односно српској влади и регенту.“[22] Закључак проф. Енгелсфелд, уз неспорно тачне детаље, заслужује да му се дода осврт на чињеницу да је Народно вијеће, притиснуто догађајима инсистирало на доласку српске војске, да је управо долазак српске војске спречио остваривање одредби Лондонског споразума и да је тражити право на властито уређење државе, мимо српске круне, било далеко од реалности.

На овакве и сличне ставове, можда најбољи одговор даје проф. Тврткo Јаковина, један од млађих хрватских историчара, који каже да су 1918. године „за хрватски територијe, који је био у распадајућој Аустро-Угарској, биле грозне опције. Италији су за улазак у Први свјетски рат обећане хрватске територије (Лондонски споразум). То им је дано. Италија је побједила у Првом свјетском рату. И Србија је побједила у Првом свјетском рату. Могли су узети оно што им је дано, као нпр. од Мађарске... Хрватска је имала ту опцију: да остане без онога што би побједница Србија добила и што би побједница Италија добила, или је могла настати земља у којој смо, захваљујући

[22] Неда Енгелсфелд, Повијест хрватске државе и права, Загреб 2002, 289.

разним другим опцијама (рецимо председнику Вудроу Вилсону), рекли: „Створит ћемо југословенску државу“. У њој су хрватски крајеви били окупљени. И ако нетко мисли да би било лакше од Италије узимати једног дана, или од Србије узимати једног дана, и од онога малог дјела што би остао у незнаном положају (било као мађарски, било са Словенцима заједно у неком облику), стварати изнова земљу, него постати други по значају и величини фактор у некаквој Краљевини СХС, дајте се запитати. То су ноторне, логичне ствари, ако размишљате логично и ако не политизирате, и ако не мислите да можете мењати прошлост“.[23]

Према неким историјским стереотипима Хрвати су су били или против уједињења, или за ограничењо уједињење, док су Срби заступали супротан став; Хрвати су били за федерализам и републику, а Срби против. Чињенице, чија објективна анализа руши стереотипе, говоре другачије. То се може илустровати са ставом два веома релевантна политичка чиноца процеса уједињења. Старчевићева странка права, којој се често приписује хрватски национализам и шовинизам, већ се у својој резолуцији од 5. јуна 1918. године изјаснила за уједињење, а у Резолуцији од 12. децембра 1918. вођство ове странке каже: „Старчевићева странка права исказује дубоку захвалност свим вањским факторима, који су допринијели својим големим жртвама разорењу Аустро-Угарске и тиме нашем ослобођењу. Нарочито захваљујемо братској краљевини Србији, републикама Француске и Сједињених Држава и Великој Британији... Стачевићева странка права била је од искона задојена републиканским духом и револуционарна противу Хабсбуршке власти. Али пошто се код нас сада под републиканизмом крију и анархистичке, бољшевичке као и сепаратистичке струје, то их странка не само осуђује, него и погибељнима сматра по нашу младу слободу, а кобним за хрватски и словенски дио троименог народа, који би услијед њихова растворнога дјеловања могао постати плијеном и жртвом шовинистичке и империјалистичке похоте својих сусједа, од којих је један већ окупирао бисер наших крајева. Стога Старчевићева странка права: 1. Одобрава дјеловање својих делегата у Народном Вијећу, а напосе изразје признање свому предсједнику др. Анти Павелићу. 2. Досљедно томе усваја адресу Народног Вијећа од 1. просинца 1918. и поздравља одговор Регента Краљевића Александра.“[24]

---

[23] У интервјуу (Недјељом у два, ХРТ 26.12.2017) проф. Јаковина додаје да је већина релевантних политичких фактора у Хрватској била за Југославију (Стјепан Радић такође, што се негира у расправама „које у ствари нису расправе“), неки из убеђења, неки из нужде. „Супило је, када је побјегао из Аустро-Угарске рекао Југославија или смрт. Далматинци су рекли: „Ако се ви нећете ујединити (обраћајући се Загребу) ми ћемо се ујединити сами. Неки су били и на страни Аустро-Угарске. Нису могли прежалити што се распала Аустро-Угарска. Али већина није била задовољна са Аустро-Угарском... У Србији се концем осамдесетих година отворило питање да ли је уједињењем Србија направила катастрофалну грешку... Ми смо прошли релативно сретно, како смо могли проћ“.

[24] Бранко Петрановић, Момчило Зечевић, Југославија 1918/1984, збирка докумената, Београд 1985, 129.

На другој страни, потоњи председник српске владе Стојан Протић, није негирао федерализам као опцију. Напротив, приликом рада на уставу заједничке државе он је баш дао нацрт устава који предвиђа федерално уређење државе.[25]

Тежње појединаца у Средишњем одбору Народног вијећа биле су жеље и циљеви. Одступање од Напутка представљало је реалност. Многи протагонисти ових догађања нису били свесни или нису желели да буду свесни фактичке реалности. Србија је из рата изашла као победник и код сила савезница могла је да рачуна на подршку, а по много чему и на привилегован статус. Фактички је једино она могла да буде носилац процеса уједињења јер је имала државни апарат, оружану силу и подршку савезника. Аустро-Угарска је почела да се урушава, самосталну хрватску државу или самосталну државу хабсбуршких Јужних Словена без учешћа или сагласности Србије ни један релевантни међународни фактор није озбиљно разматрао. Илузорно је било уопште помињати, а камо ли разматрати могућност републиканског уређења заједничке државе јер је династија Карађорђевић била на челу државе победнице. Победницима се не постављају ултиматуми.

На другој страни, историјска реалност је и то да су сва нерешења питања, око којих је било несугласица, постала камен спотицања и узрок озбиљних криза па и пропасти будуће заједничке државе.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Жељко Бартуловић, Небојша Ранђеловић, Основи уставне историје југословенских народа, Ниш 2011.
Неда Енгелсфелд, Повијест хрватске државе и права, Загреб 2002.
Васа Казимировић, Србија и Југославија 1914-1945 II, Крагујевац 1995.
Богдан Кризман, Хрватска у Првом свјетском рату, Загреб 1989.
Чедомир Митриновић, Милош Брашић, Југословенске скупштине и сабори, Београд 1937.
Бранко Петрановић, Момчило Зечевић, Југославија 1918/1984, збирка докумената, Београд 1985.
Небојша Ранђеловић, Миљана Тодоровић, Одабрани извори државноправне историје јужнословенских народа, Београд 2009.
Јосип Хорват, Политичка повјест Хрватске, Загреб 1989.
Винстон Черчил, Други светски рат, Том II, Београд 1964.
Фердо Шишић, Повјест Хрвата, Преглед повјести хрватског народа 600-1918, Сплит 2004.

[25] Ibid 165.

Nebojša V. Ranđelović, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
necer@prafak.ni.ac.rs

Sara I. Mitić, Demonstrator
University of Niš
Faculty of Law Niš
saramitic@prafak.ni.ac.rs

The December 1st Unification Acts – Goals and Deviations

Abstract: *The December 1st acts for the unification of South Slavs in a common state represented the end of the realization of the great idea of unification and the beginning of the process of the dissolution of the new state. The face of the realization of this idea is the chronology of events, which points out the ascending path of the work of Serbia and the National Council on the ultimate unification. The back is represented by the confusion of the dissolution of Austria-Hungary and the work of the National Council in those circumstances. Often with some of its members having no feeling for the reality of events, the Central committee of the National Council formulated a "Naputak" (binding instructions for its delegation sent to Belgrade on 28th November 1918.). Pressed by the speed of events and real dangers (Italian pretensions, the impossibility of maintaining order without armed forces etc.), the delegation gave up on the contents of the instructions and adjusted it in the Address to regent Aleksandar, which was followed by the declaration of the unification into a common state on the 1st December 1918. The consequences of this kind of union are felt even today.*

Keywords: *uniting, binding instructions, National Council, 1st December.*

Датум пријема рада: 29.08.2019.

Оригинални научни рад 342.4(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-25886

Др Дарко З. Симовић, редовни професор
Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд
darko.simovic@kpu.edu.rs

ФУНКЦИЈЕ ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА И ОСОБЕНОСТИ ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

***Сажетак**: За разлику од нормативног дела устава, чија је основна функција правног карактера, преамбулу устава одликују превасходно социолошке функције. Оне су бројније, али су међусобно повезане, тако да је једна социолошка функција, по правилу, повезана и са већином осталих социолошких функција. Међутим, могуће је и да поједине функције преамбуле буду у колизији. На основу компаративне анализе савремених устава може се говорити о следећим социолошким функцијама преамбуле: симболичкој, легитимацијској, интегративној, идеолошкој, едукативној и програмској. Поред социолошких функција, преамбула може имати, и то знатно ређе, правну функцију. Када је реч о преамбули Устава Републике Србији, њена садржина је усмерена на одређивање територијалног идентитета државе. У том смислу, може се закључити да доминира симболичка функција преамбуле Устава. У њој се, без обзира на то што она садржински не пружа ништа ново у односу на нормативни део Устава, свечаним тоном наглашава да је Косово и Метохија саставни део Републике Србије.*

***Кључне речи**: устав, преамбула, Република Србија, Косово и Метохија.*

УВОД

Премда је обележје структуре претежнијег броја устава, преамбула је дуго времена била на маргини интересовања посленика уставноправне науке. Класична доктрина уставног права је запостављала преамбулу, будући да се за њу везује пре идеолошки него правни карактер. Речју, преамбула пружа

* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта кога финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

комоцију уставописцима да њоме обухвате елементе који нису за нормативни део уставног текста. Како је то још Келзен (Hans Kelzen) писао, када би се преамбула одбацила стварна садржина устава би остала непромењена.[1] Дакле, преамбула је третирана као придодати и необавезујући, при том свечани и китњасти, елемент структуре устава у коме се уставотворац непосредно обраћа грађанима да би објаснио мотиве за доношење устава и да би нагласио циљеве новог уставног уређења. Та предрасуда о правној ирелевантности преамбуле устава дуго времена је доминирала у уставноправној науци. Без озбиљнијих истраживања, владало је уверење да је садржина преамбуле устава превасходно декларативне природе, будући да јој недостаје прескриптивна вредност.[2] За правне пуританце то је био довољан разлог да преамбулу оставе изван сфере озбиљнијег научног интересовања.

Од свих делова устава, преамбуле уживају репутацију да су најразноликије и најнеобичније.[3] Преамбуле одликује не само велика разноликост у погледу садржине и функција које им уставотворци намењују, већ се оне значајно разликују и према формалним обележјима.[4] То је уједно још један од разлога, свакако не из категорије оправданих, због чега су преамбуле заобилажене у теоријским расправама.

Покушај дисквалификовања преамбуле из сфере научно-истраживачких подухвата ипак није успео. Постепено, преамбула задобија место које јој својим значајем припада. Више разлога је допринело таквој промени имића преамбуле устава. Најпре, један број уставотвораца је изричито предвидео да је преамбула интегрални део устава, због чега јој не може бити оспорено правно дејство.[5] Осим тога, (уставно)судска пракса појединих земаља потврђује да прембула може, у зависности од садржине, да има и правно обавезујућу снагу. Уколико јој се, пак, не признаје истоветан правни ранг са нормативним делом устава, преамбула је корисно помоћно средство приликом тумачења уставних норми. Напослетку, не треба занемарити чињеницу да устав није само правни, већ и да је политички акт који има значајне социолошке функције.[6] Отуда, преамбула треба да оснажи социолошке функције устава и да допринесе његовој делотворности у пракси. Дакле, преамбула устава има значајну неправну сврху. Она одражава и подржава друштвене

---

[1] Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 2010, 360.

[2] Justin Frosini, *Constitutional Preambles at a Crossroads between Politics and Law*, Santarcangelo di Romagna 2012, 22.

[3] David Law, "Constitutional Archetypes", *Texas Law Review*, Vol. 95, 2/2016, 188.

[4] Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, Београд 2018, 83-87.

[5] Обавезно дејство преамбуле предвиђају устави петнаестак држава. Реч је о уставима следећих држава: Турске, Хрватске, Сирије, Чада, Комора, Сенегала, Тавалуа, Танзаније, Буркине Фасо, Камеруна, Тогоа, Индонезије, Непала, Сејшела и Папуа Нове Гвинеје. Вид. Владимир Микић, „Функције преамбула савремених устава", *Правни записи*, 2/2014, 436.

[6] Д. Симовић, В. Петров (2018), 24-26.

и политичке норме.[7] Имајући у виду првенствено неправни карактер преамбуле устава, неопходно је усмерити истраживачке напоре у правцу идентификовања и одређивања њених функција. Уосталом, како је то забележено у теорији, преамбуле треба схватити озбиљно.[8]

1. ФУНКЦИЈЕ ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА

За разлику од нормативног дела устава, чија је основна функција правног карактера и састоји се у конституисању, уређивању и ограничењу државне власти, преамбулу устава одликују превасходно социолошке функције. Оне су бројније, али су међусобно повезане, тако да је једна социолошка функција, по правилу, повезана и са већином осталих социолошких функција. Примера ради, снажна легитимацијска функција преамбуле, неминовно ће указивати и на постојање њене симболичке и интегративне функције. И обрнуто, тешко је замислити да преамбула има снажну симболичку вредност, а да истовремено не остварује и интегративну функцију. С друге стране, могуће је да поједине функције преамбуле устава буду у колизији. Снажна идеолошка функција преамбуле може имати дезинтегративно дејство у политичкој заједници, јер је илузорно очекивање да сви грађани буду истог идеолошког опредељења. Будући да преамбула опомиње зашто је устав донет, контроверзно постављени циљеви којима држава треба да тежи, могу бити у колизији са симболичком, легитимацијском или интегративном функцијом преамбуле. Отуда, писању преамбуле треба брижљиво приступити, јер она може значајно допринети трајању и делотворности устава.

На основу упоредноправне анализе савремених устава могуће је говорити о следећим социолошким функцијама преамбуле устава: симболичкој, легитимацијској, интегративној, идеолошкој, едукативној и програмској. Међутим, поред социолошких функција, преамбула може имати, додуше знатно ређе, и правну, нормативну функцију.

1.1. Симболичка функција преамбуле

Свечани карактер, њена особена дикција, као и слободнији начин изражавања који у појединим случајевима добија и призвук поетичности, од преамбуле устава стварају својеврсни симбол државности. Инспирисањем и мотивисањем грађана, преамбула доприноси да нормативни део устава

[7] Liav Ograd, "The preamble in constitutional interpretation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, 2010/4, 738.

[8] J. Frosini (2012), 153.

буде делотворнији, него што би иначе био без тог уводног текста.[9] Отуда, преамбула служи да уставу обезбеди снажнији дигнитет и да му тако повећа ефикасност.[10] Симболичка функција преамбуле је посебно изражена приликом доношења првог устава после стицања независности државе или после друштвено-политичке револуције. Преамбуле тада садрже „еуфоричне, готово химничке црте“ које доприносе „да се веома брзо успостави дах заноса“.[11]

Готово пословично снажну и узорну симболичку функцију изражава преамбула Устава САД која започиње са „ми, народ“ (*we the people*). Симболички карактер тог израза јесте у томе што се устав доноси од стране народа Сједињених држава за народ Сједињених држава. Дакле, народ је истовремено у улози гласноговорника који обзнањује доношење новог устава, али и адресата кога ће обавезивати уставне норме.[12] С једне стране, народ остварује функцију уставотворне власти, а с друге, реч је о самообавезивању уставним нормама, будући да ће се оне примењивати на народ. Тежња ка стварању савршенијег савеза који ће „унапредити опште благостање и обезбедити благодети слободе“ јесте у процесу усвајања Устава САД изражена на следећи начин: „наша преамбула треба да има за циљ да сажето обзнани да је постојеће уређење недовољно за општу срећу и да убеђење у ту чињеницу ствара овај устав“ (Edmund Randolph).[13] О квалитативној промени државног уређења симболично сведочи разлика између доносиоца Чланака о конфедерацији из 1777. и Устава од 1787. године. Наиме, у уводном тексту Чланака о конфедерацији као доносиоци акта су наведене 13 држава, док Устав доноси јединствен национални ентитет.[14]

Снажно изражена симболичка функција одликује и преамбулу Основног закона Немачке из 1949. године. Она је посебно изражена посредством инвокације Бога. Премда би се у први мах могло закључити да је реч о особеном и конкретном религијском уверењу које би требало да оснажи ауторитет новодонетог устава, позивање на ауторитет Бога није повезано са хришћанским религиозним уверењем. Позивање на Бога симболизује постојање више и бесмртне људскости и садржи позив који надилази позитивне законе човека и отвара пут ка природном праву које прожима уставне норме.[15] Инвокација Бога је позивање на религију као такву, као на идеју о постојању трансцедентног, идеју да постоји нешто више од видљивог света, да постоји

[9] Tom Ginsburg, Nick Foti, Daniel Rockmore, “‘We the Peoples’: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review*, 46/2014, 105.

[10] Х. Келзен (2010), 360.

[11] Peter Häberle, *Ustavna država*, Zagreb 2002, 184.

[12] Justin Frosini, “Constitutional Preambles: More than just a narration of history”, *University of Illinois Law Review*, 2/2017, 606.

[13] L. Orgad (2010), 719.

[14] J. Frosini (2012), 50.

[15] *Ibid*., 40-41.

нешто иза материјалног.[16] Наиме, било би незамисливо да се после Другог светског рата и тежње да се направи отклон од праксе систематског истребљивања Јевреја искључи јеврејска идеја Бога.[17]

Симболичка функција преамбуле Основног закона Немачке долази до изражаја и када је реч о доносиоцу устава. Наиме, као доносилац устава је одређен немачки народ, премда се бирачко тело није непосредно изјашњавало о њему и мада је уставотворни процес био донекле интернационализован.[18] Дакле, указивање на немачки народ као носиоца уставотворне власти јесте фикција, а не реалност, али је таквом формулацијом требало симболично указати на то да целина немачког народа стоји иза уставне трансформације државе и раскида са нацистичком прошлошћу.

Значаја симболичке функције преамбуле био је свестан и француски уставотворац када се у преамбули Устава Пете француске Републике од 1958. позвао на Декларацију о правима човека и грађанина из 1789. године. На тај начин изражена је оданост правно политичком наслеђу државе и симболично се указује на уставноправни континуитет са тековинама француске револуције.

1.2. Легитимацијска функција преамбуле

Садржина преамбуле је често усмерена на указивање легитимацијског основа новодонетог устава. Уобичајено, легитимитет новог устава се обезбеђује навођењем његовог доносиоца. То је обележје пре свега демократских устава који су израз народне суверености. Будући дело суверене власти, устав је својеврсно самообавезивање грађана да ће поштовати и штитити устав који су сами донели.

Поједини устави као носиоца суверености одређују народ.[19] Такав је случај, већ је поменуто, са првим савременим уставом САД чија преамбула започиње са „ми, народ“. Реч је о релативно неутралној формулацији са којом се може поистоветити целокупно становништво једне државе, јер је у упоредној уставности појам народа идентификован са бирачким телом као титуларом уставотворне власти. Ипак, без обзира на узвишене, готово митолошке представе о том уводном изразу у преамбули Устава САД, према појединим изворима он је настао крајње случајно и без тежње за неким далекосежнијим позитивним последицама. Наиме, с обзиром на то да није било

[16] Gerhard Robbers, *Religion and Law in Germany*, Kluwer Law International 2010, 295.

[17] *Ibid*., 294.

[18] Дарко Симовић, „Интернационализација уставног права – пример Републике Србије“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 81/2018, 20.

[19] Милош Станић, „Носилац суверености у уставним преамбулама“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/2019, 123-142.

извесно да ће све државе ратификовати нови устав, уместо њиховог поименичног набрајања, као што је то био случај у Чланцима о конфедерацији, пронађен је неутралнији израз који унапред није имплицирао будући састав заједничке државе.[20] Такође, иницијално, израз „ми, народ“ није био екстензивно постављен, нити је био инклузивног карактера.[21] Тај израз се изворно односио само на грађане са правом гласа, а његово значење је у међувремену еволуирало тако да се данас односи на апсолутно све грађане државе.[22] Дакле, без обзира на историјске чињенице, једна релативно неутрална фраза попут „ми, народ“ добила је узвишено симболичко значење које истовремено остварује снажну легитимацијску функцију.

У појединим преамбулама устава као носилац суверености одређује се нација (Француска, Шпанија, Мађарска). Таква формулација може да има дезинтегративно дејство, јер се везује искључиво за један део становништва, за припаднике доминантне нације. Отуда, треба нагласити да се у скорашњим демократским уставима, под великим притиском владајуће теорије о превазиђености националне државе и доминантног концепта грађанске суверености[23], нација ретко одређује као носилац суверености. У складу са тим трендом, у појединим постсоцијалистичким државама као носилац суверености се одређују сви грађани (Словачка. Пољска). Управо због тога, поједини уставотворци су избегавали да јасно дефинишу носиоца суверености, па су опредељивали за вредносно неутрално решење именовања органа који је донео устав. Не мали број савремених устава у својим преамбулама као доносиоца означава представничко тело (Бугарска, Словенија, Црна Гора). У случају недемократских, октроисаних устава као њихов доносилац се именује владар (Кувајт, Бахреин).

Сложена структура државе за последицу може имати да се као носилац суверености одређују конститутивне јединице и њихови народи (Аустралија, Швајцарска). Реч је о државама федералне структуре које су настале методом агрегације, удруживањем до тада независних самосталних политичких ентитета. Набрајањем федералних јединица у преамбули устава истиче се њихова једнакост и равноправност, без обзира на фактичке разлике у величини територије или броју становништва.

Да би се оснажила легитимацијска основа устава, услед потребе за његовом стабилношћу и делотворношћу, не тако ретко, уставотворци се у пре-

---

[20] J. Frosini (2012), 51.

[21] Morris Forkosch, “Who are the People in the Preamble to the Constitution”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 19, 3/1968, 709.

[22] *Ibid*., 711-712.

[23] Владан Кутлешић, *Устави бивших социјалистичких држава Европе*, Београд 2004, 29.

амбули позивају на бога.[24] Тако преамбула Устава Швајцарске (1999) започиње са „у име свемогућег Бога“, док преамбула Устава Грчке (1975) гласи: „У име светог и једнородног и недељивог тројства.“ Такве формулације не представљају негацију световности државе, већ оне имају за циљ да оснаже ауторитет устава. Религијски елементи у преамбули нису нужно претња секуларном карактеру државе. Реч је, у претежнијем броју, о симболичком призивању божанског ауторитета који треба да обезбеди снажнији легитимацијски основ уставу у државама у којима је религија део националног идентитета или у којима је становништво у већем проценту религиозно. У том контексту је могуће указати на праксу Уставног суда Колумбије који је изричито указао на то да је инвокација Бога начелног карактера и да се не односи на конкретну цркву.[25] Међутим, осим симболичког присутва, садржина религијског карактера може бити и претежнији део преамбуле. Такве преамбуле углавном карактеришу уставе исламских земаља. Примера ради, изразито обимна преамбула Устава Ирана је у целини прожета религијским садржајем и опредељењем да је иранско друштво засновано на исламским принципима и нормама. Прокламовано је чак и то да медији масовних комуникација морају бити искоришћени у служби ширења исламске културе.

Карактеристично је за муслиманске државе бившег СССР-а (Азербејџан, Казахстан, Узбекистан, Таџикистан, Туркменистан и Киргистан) да немају елементе религијског карактера у преамбулама својих устава.[26] Несумњиво, претходни период агресивног атеизма у оквиру СССР-а је оснажио световност тих држава. У појединим случајевима у преамбули се наглашава секуларни карактер државе (Турска), док је преамбула Устава Пољске особена по томе што на подједнак начин уважава религиозне и атеисте.

1.3. Интеративна функција преамбуле

Да ли ће устав бити један од пресудних чинилаца друштвене интеграције зависи, у највећој мери, од два момента.[27] Један је објективан и односи се на то да устав мора садржати и изражавати основне вредности и тежње једног друштва. Други момент је субјективан и тиче се свести припадника политичке заједнице о томе да устав заиста изражава те вредности и захтеве. Преамбула је управо то неспутавајуће поље у структури устава за слободно и непосредно обраћање грађанима, позивањем на њихова осећања и везе, при

[24] Владан Петров, Милош Станић, „Религијски елементи у преамбулама устава са посебним освртом на европске земље“, Владимир Чоловић и др. (ур.), *Државно – црквено право кроз векове*, Београд – Будва 2019, 341-356.

[25] J. Frosini (2017), 624.

[26] J. Frosini (2012), 44.

[27] Д. Симовић, В. Петров (2018), 25.

представљању новог уставног пројекта. Користећи симболе, уставотворац указује на вредносну основу политичке заједнице и прокламује визију добро установљеног друштва.

Интегративна функција ће бити остварена само ако су у преамбули изражене вредности које су прихватљиве за већину припадника једне политичке заједнице и које доприносе интегрисању мањина. Дакле, потребно је пронаћи равнотежу између вредносног система већинског дела популације државе и различитих мањинских групација. Реч је о тешко достижном идеалу, посебно у вишенационалним и мултиконфесионалним државама.

Компаративно посматрано, уобичајено је да се у преамбули устава изразе фундаменталне вредности и циљеви једне политичке заједнице. Најчешће наведене вредности у преамбулама су: суверенитет, независност, територијални интегритет, демократија, владавина права, социјална правда, правда, слобода, једнакост, равноправност и људска права.[28] Унеколико ређе се наводе: напредак, благостање, плурализам, хуманизам, заштита мањина, једнакост пред законом, самоопредељење. Има устава који у својим преамбулама предвиђају и поједине, за правни акт, неуобичајене вредности, као што су: љубав (Турска, Филипини), мудрост (Ирска), живот у хармонији (Украјина, Либерија), срећа становништва (Тувалу), поштовање старијих (Еритреја) итд.[29]

Поред изражавања вредносне основе политичке заједнице, уставотворци се релативно често опредељују да у преамбули наведу најзначајније историјске догађаје државе који треба да подсете на заједничку прошлост, као залог успешне будућности. Преамбула је, у том смислу, „аутобиографски наратив“[30] нације који доприноси установљавању и учвршћивању заједничког идентитета. Тако се, на пример, у преамбули Устава Кине наглашава да је реч о држави са једном од најдужих историја на свету, уз навођење најзначајнијих историјских детаља и националних достигнућа. Интегративно дејство је изражено у Уставу Јужноафричке Републике будући да се указује на неправде у прошлости и јамчи заштита и унапређивање људских права. Од релативно новијих устава илустративан је пример Мађарске. Наиме, преамбула Устава Мађарске из 2011. године је срочена врло патетично, писана на старом, архаичном језику.[31] Циљ преамбуле је да готово поетичним стилом снажи национални понос позивањем на безмало хиљадугодишњу прошлост у којој су Мађари бранили и сачували заједничке европске вредности. Таква садржина

---

[28] Владан Кутлешић, „Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2010, 66.

[29] Вид. *Ibid*.

[30] T. Ginsburg, N. Foti, D. Rockmore (2014), 102.

[31] Budislav Vukas, „Pravnopovijesne reference u ustavnim preambulama država srednje i jugoistočne Europe u postkomunističkom razdoblju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 63, 5-6/2013, 1243.

тежи да оствари снажну интегративну функцију, посебно имајући у виду то што мађарски устав почива на концепту националне суверености.

Интегративна функција преамбуле је посебно изражена у случајевима када уставотворац у том уводном тексту прокламује политички циљ обнављања нарушеног територијалног интегритета државе (Западна Немачка пре уједињења, Кина, Јужна Кореја). У том смислу, устав постаје правни оквир за остваривање националних циљева.

Дешава се да преамбула не остварује интегративну функцију, будући да недовољно добро промишљена садржина може имати и дезинтегративно дејство. Изворна садржина преамбуле устава Северне Македоније из 1991. године јесте добар пример дезинтегративног дејства преамбуле. Наиме, у преамбули је иницијално било наглашено да је Република Македонија национална држава македонског народа. Такво национално одређење државе било је неприхватљиво за становништво албанске националности, које је инсистирало да се оновремена Република Македонија уставноправно трансформише у двонационалну државу. После значајне радикализације политичке борбе албанског становништва и притиска међународне заједнице преамбула Устава је промењена 2001. године, а новопрокламована формулација је унеколико инклузивнија, јер је акценат на грађанима и њиховој различитој националној припадности.

1.4. Идеолошка функција преамбуле устава

Уколико постоји део устава у коме се изричито изражавају идеолошке вредности то несумњиво јесте преамбула.[32] Будући да је уставотворац ослобођен пресије о томе да промишља о њеној практичности и спроводивости, писање преамбуле јесте идеална прилика за креативно изражавање јединствених идеја, вредности, наратива или идентитета.[33] Отуда, преамбула је добар полигон за промовисање кључних идеолошких порука ради бољег разумевања нормативног дела устава. Поруке идеолошко – пропагандне природе одликују, по правилу, преамбуле устава који остварују радикалнију трансформацију дотадашњег друштвеног уређења или који установљавају или задржавају једну званичну државну идеологију. Идеолошка функција устава је посебно карактеристична за ауторитарне државе које у преамбули устава настоје да оправдају постојећи режим.[34] Углавном, реч је о социјалистичким државама, у којима је устав, и то не само преамбула већ и његов нормативни део, добијао снажну идеолошку – политичку димензију. Тада уставни текст постаје превасходно политички инструмент, а преамбула се

[32] D. Law (2016), 188.
[33] *Ibid*., 184.
[34] D. Law (2016), 157 fn. 9.

преображава у манифест владајуће странке. С обзиром на то да се политичка странка поставља изнад устава и закона, у преамбули се образлаже њена „историјска мисија" у изградњи новог система.[35]

Немају све преамбуле устава идеолошку функцију. Једну крајност одражава Преамбула Устава Аустралије која се квалификује као либерални архетип.[36] Реч је о преамбули која само обзнањује конституисање аустралијске федерације и која не установљава вредносни систем новостворене државе нити садржи идеолошке примесе. Ипак, мада је вредносно неутрална, та преамбула је крајем XX века критикована уз образложење да њена садржина не одражава аустралијске вредности.[37] Наиме, преамбула Устава би требало да осликава комплексну природу аустралијског друштва, а у првом реду то се односи на потребу промовисања посебне заштите домородачког становништва, Абориџина, као и других мањинских група. Покушај промене и осавремењавања преамбуле Устава Аустралије није успео 1999. године.[38] У том смислу, аустралијско искуство је поучно јер сведочи о томе да садржина преамбуле треба да одговара друштвеној реалности, као и да њена вредносна неутралност није јемство да ће јој бити обезбеђена афирмативна социолошка функција. С друге стране, иако је лишена идеолошког садржаја, преамбула Устава САД садржи општеприхватљиве, ванвременске вредности, које уосталом обезбеђују дуговечност том уставу.

На супротном полу је преамбула Устава Кине која је по својој природи статична, јер садржи снажне идеолошке поруке. Уз подсећање на најзначајније моменте у друштвеној, политичкој и економској историји кинеског народа, изричито се наглашава тежња ка изградњи социјалистичког друштва. Како се истиче, обимна преамбула кинеског устава јесте кључ за разумевање карактера и функције документа и ствара утисак да је тај устав другачији, створен за друге сврхе од устава западне демократије.[39] Преамбула устава има карактер идеолошког манифеста. На том другом полу су и преамбуле претежнијег броја устава бивших социјалистичких европских држава. Уобичајено, у преамбулама устава социјалистичких земаља наглашава се улога радничке класе у ослобођењу земље, рушењу старог поретка и изградњи социјализма. Значајан број преамбула устава је указао на значај улоге Комунистичке партије за изградњу социјализма, али и Совјетског савеза у ослобађању тих држава.[40] Када је реч о Уставу СФРЈ из 1974. године, преамбула

[35] B. Vukas (2013), 1240.

[36] D. Law (2016), 184.

[37] L. Ograd (2010), 734-735.

[38] Anne Winckel, "A 21st Century Constitutional Preamble—An Opportunity for Unity rather than Partisan Politics", *The University of New South Wales Law Journal*, Vol. 24, 3/2001, 636.

[39] Wen-Chen Chang, David Law, "Constitutional Dissonance in China", Gary Jacobsohn, Miguel Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Edgar Publishing 2018, 492.

[40] Миодраг Јовичић, *О уставу*, Београд 1977, 118-122.

је имала две основне сврхе: „прво, да утврди друштвено-политички смер и континуитет у развитку Југославије на тековинама социјалистичке револуције и општег програма социјалистичког и деморатског преображаја друштва; и друго, да оправда, односно образложи доношење и правну структуру новог устава“[41].

Не тако ретко, идеолошка функција преамбуле се остварује и помињањем знаменитих идеолога. Ређи је случај да су то још увек живи политичари: Хо Ши Мин (Устав Вијетнама од 1960), Мао Цедунг (Устав Кине од 1975) или Фидел Кастро (Устав Кубе од 1976). Чешће, реч је о историјским личностима или политичким идеолозима: Лењин (Устав СССР од 1977) или Ким Ил Сунг (Устав Северне Кореје од 1998).

1.5. Едукативна функција преамбуле устава

Апстрактан и начелан карактер уставних норми утиче на то да садржина нормативног дела устава буде тешко разумљива претежнијем делу становништва државе. Слободнији начин изражавања у преамбули, као и њена претежно неправна садржина, могу допринети бољем разумевању устава. То се превасходно постиже навођењем мотива за доношење устава, али и указивањем на вредности и циљеве који се постављају као својеврсни оријентири за будући развој политичке заједнице.

Идеју о едукативној функцији преамбуле развио је још Платон у свом знаменитом делу *Закони*. Према његовом мишљењу, није довољно да законодавац само донесе правно обавезујућа правила понашања у форми закона, већ је пожељно да њима претходи текст у коме ће бити наведени убедљиви разлози који оправдавају њихово доношење. Попут ваљаног доктора који своме пацијенту објасни природу болести и предложи начин лечења, тако и законодавац треба да пружи уверљиве разлоге за доношење новог закона, јер таква пракса треба да допринесе његовој већој прихватљивости и ефикасности. Дакле, преамбула треба да оправда доношење новог закона. Добра преамбула ће убедити грађане да се покоре закону, не због запрећених санкција, већ због тога што је реч о ваљаном закону. Закон без убедљиве преамбуле јесте само обичан „тирански пропис“.[42] Отуда, према Платону, законодавац је обавезан да обезбеди преамбулу за новодонети правни акт.

Сагласно идеји коју је развијао Платон, најзначајнија едукативна мисија преамбуле јесте да увери у потребу потчињавања писаном праву. Даље, уставотворац у преамбули може да назначи облик владавине, природу политичког система, територијалног уређења или система власти. Тако се у преамбули може назначити републикански (Ирска, Парагвај, Либан, Сејшели)

[41] Јован Ђорђевић, *Уставно право*, Београд 1986, 128.
[42] Платон, *Закони*, Београд 1990, 135.

или монархистички облик владавине (Бахреин, Бутан), плуралистичка природа политичког система (Босна и Херцеговина, Бразил), федерално уређење (Немачка, Швајцарска, Аргентина, Венецуела, Комори, Пакистан) или децентрализована државна власт (Мадагаскар, Судан, Хаити).[43]

Поред информација које се односе на уставно уређење, да би истакао државотворни континуитет, уставотворац може да укаже на најзначајније догађаје из прошлости државе. Компаративно посматрано, нарација историјских догађаја није обележје преамбула устава европских држава. Само мањи број њих у својим преамбулама има садржину историјског карактера. Реч је превасходно о државама источне и централне Европе у којима преамбула устава глорификују борбу за независност и самоопредељење (Хрватска, Естонија, Словачка, Словенија, Украјина). На том пољу посебно је илустративан пример преамбуле Устава Хрватске која успостављање Републике Хрватске као националне државе хрватског народа изводи из хиљадугодишње националне самобитности и државотворне мисли и државе хрватског народа од VII века па до данашњих дана, у следу најважнијих историјских чињеница које о томе сведоче.[44] У том контексту се може поменути и Устав Португалије од 1976. године чија преамбула указује на политичке догађаје који су резултирали потребом за доношење новог устава. Наиме, збацивање фашистичког режима и крај колонијализма представљају такав револуционарни преображај да је било нужно конституционализовање државе на потпуно другачијим друшвено-политичким основама.

У склопу историјског наратива поједини уставописци указују на знамените личности у прошлости државе. Углавном се помиње једна историјска личност. Преамбула Устава Централноафричке Републике (2015) помиње оснивача државе Бартелемија Боганду (Barthélemy Boganda), док се у преамбули Устава Ирана наводи Рухолах Хомеини (Ayatollah Imam Khomeini), политички и духовни вођа исламске револуције 1979. године. Када је реч о Уставу Турске (1982) Кемал Ататурк (Mustafa Kemal Atatürk), оснивач модерне турске Републике, помиње се два пута у тексту преамбуле. Компаративно посматрано, постоје преамбуле у којима се наводи и већи број историјских личности. Апсолутни рекордер је Устав Никарагве (1987) у чијој преамбули је поменуто десет историјских личности.

1.6. Програмска функција преамбуле устава

Преамбуле устава често садрже изјаве које треба да усмеравају националну политику, а следствено томе и да, на дужи рок, доприносе изградњи или преображају идентитета политичке заједнице. У појединим преамбулама

[43] J. Frosini (2012), 35-37.

[44] Branko Smerdel, Smiljko Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb 2007, 33.

се јасно и недвосмислено одређује циљ националне политике, премда је уобичајено да уставотворац само уопштено назначи оријентире за развијање политичке заједнице. Наводећи основне вредности као полазиште приликом установљавања новог уставног поретка, уставотворац пројектује пожељан вредносни систем чијем остварењу треба стремити. Преамбула, тако, добија улогу својеврсног програмско – декларативног елемента устава, уколико је нормативни део искључиво прескриптивног карактера и растерећен ванправних примеса. Донекле метафорично изречено у судској пракси Индије то звучи на следећи начин: „Поред тога што установљава систем власти, Устав садржи племениту и узвишену визију која је исписана у Преамбули“.[45]

У уставноправној књижевности је изражена оцена да пројектовани вредносни оквир треба да буде што реалнији. У супротном, преамбула се преображава у јалов политички слоган који може да „избагателише“ устав ако њена обећања битније одударају од нормативног текста који следи. Тада се јавља ризик да преамбула изазове супротне ефекте од жељених, који се могу манифестовати у цинизму и неповерењу припадника политичке заједнице.[46]

Премда је Основни закон Западне Немачке из 1949. године иницијално донет као провизорни акт, преамбула тог устава је добар пример преамбуле са програмском функцијом. Наиме, реч је о акту који је требало да се примењује све док се Немачка изнова не уједини, што је био један од прокламованих циљева у преамбули. Међутим, будући да је био делотворан правни основ демократског преображаја државе, тај акт је постао део националног идентитета уједињене Немачке, надживљавајући тако своју изворну мисију.

Сличне циљеве у погледу националног уједињавања садрже и неки други устави. У преамбули Устава Кине јасно је изражено да је Тајван део кинеске територије и предвиђена је обавеза за свеколики кинески народ, укључујући и његове сународнике на Тајвану, да остваре велики циљ уједињења са отаџбином. Северна Кореја и Јужна Кореја у преамбулама својих устава, такође, наводе циљ реунификације.

Програмска функција преамбуле долази до изражаја посебно у оним ситуацијама када уставотворац настоји да направи радикалан отклон у односу на претходно друштвено-политичке уређење. Отуда, примера ради, Немачка и Јапан, као државе које су одговорне за масовне злочине током Другог светског рата, у преамбулама својих устава изричито изражавају приврженост миру. Тако је у преамбули Основног закона Немачке изражена одлучност за промовисање мира у свету као равноправан део уједињене Европе, док је у преамбули Устава Јапана изражена жеља за очувањем вечитог мира уз одлучност да се више никада не суочи са страхотама рата кроз актив-

[45] Kesevananda Bharati v. State of Kerala (1973).

[46] Kent Roach, “The Uses and Audiences of Preambles in Legislation”, *McGill Law Journal*, 47/2001, 148.

ности своје владе. Ипак, постоје изузеци од превлађујућег тренда да се држава опредељује за мирољубиве међународне односе. Занимљив пример је преамбула Устава Северне Кореје у којој се наглашава да је реч о држави са нуклеарним наоружањем и несавладивом војном силом.

Особеност и комплексност индијског друштва је навела уставотворца да преамбули додели програмску функцију. Тако је у преамбули прокламовано настојање да се свим грађанима обезбеди: социјална, економска и политичка правда; слобода мисли, изражавања, убеђења, вероисповести и богослужења; једнакост статуса и могућности; и да међу свима унапредимо братство које ће обезбедити достојанство личности и јединство и интегритет нације.

Од скорашњих устава илустративан је пример Устава Јужноафричке Републике. Како је то наведено у преамбули, усвајање Устава треба да допринесе превазилажењу подела из прошлости, успостављању друштва заснованог на демократским вредностима, социјалној правди и основним људским правима, као и унапређивању квалитета живота свих грађана ради изградње уједињене и демократске Јужне Африке. У том смислу, како је забележено у теорији, тај Устав је историјски мост који повезује прошлост са дубоко подељеним друштвом и визијом будућности.[47] Преамбула на тај начин уводи у устав део оне плодне напетости између жеље и стварности.

Напослетку, додајмо још и то да преамбуле са израженом идеолошком садржином неминовно остварују и програмску функцију. Илустративна је преамбула Устава Кине у којој је уставотворац прокламовао усредсређивање напора у правцу социјалистичке модернизације државе.

1.7. Нормативна функција преамбуле устава

Начелно исказано, преамбулом се не формулишу правно обавезујуће норме. Изузетно, у преамбулама појединих устава налази се и такав садржај. Та функција преамбуле донекле противречи самој идеји преамбуле, као свечаном уводу и претходници нормативног дела устава са правно обавезујућим правилима. Ипак, у настојању да нагласи посебан значај некој правној обавези, која је праћена и повишеним емотивним тоном, понекад и патетиком, уставотворац има пуну слободу, што покаткад и учини, да у преамбули предвиди правно обавезујући садржај.

Обавезно дејство преамбуле предвиђају устави свега петнаестак држава.[48] Примера ради, у Уставу Турске (1982) предвиђено је да „преамбула у којој су

---

[47] Marius Pieterse, "What do we mean when we talk about transformative constitutionalism?", *SA Public Law*, Vol. 20, 1/2005, 158.

[48] Реч је о уставима следећих држава: Турске, Хрватске, Сирије, Чада, Комора, Сенегала, Тавалуа, Танзаније, Буркине Фасо, Камеруна, Тогоа, Индонезије, Непала, Сејшела и Папуа Нове Гвинеје. Вид. В. Микић (2013), 436.

прокламовани основни принципи на којима је заснован Устав, јесте интегрални део Устава (члан 176). Прецизнији је Устав Папуа Нове Гвинеје (1975) који наводи да преамбула Устава јесте део Устава, али будући да изражава опште принципе она се може користити као помоћ при тумачењу нејасних уставних норми (додатак 1.3 Устава). Дакле, преамбула нема непосредно правно дејство, већ се њена правна релевантност изражава у облику помоћног средства за тумачење уставних норми. Устав Непала из 2007. године је предвиђао да политичке партије са циљевима који противрече духу и нормама преамбуле Устава не могу бити регистроване (члан 141, став 3).

У готово револуционарној одлуци у случају *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* из 1973. године Врховни суд Индије је закључио да је преамбула саставни део устава, па отуда и њено правно обавезујуће дејство. Такво правно гледиште подразумева да се преамбула може мењати једино под условом да се не мењају њене основне одлике. Јер, према ставу суда, грађевина индијског устава је заснована на основним елементима израженим у Преамбули. Уколико неки од тих елемената буде померен структура неће опстати и то би посредно значило да је промењен и устав, будући да не би био сачуван његов изворни идентитет.[49]

Премда је класична уставноправна теорија Француске чврсто стајала на гледишту да преамбула није део устава, одлуком Уставног савета из 1971. године преамбули је призната правно обавезујућа снага, као независном правном извору људских права. Наиме, Устав Пете француске републике из 1958. године није предвидео каталог људских права, већ је у његовој преамбули изражена приврженост Декларацији о правима човека и грађанина из 1789. и преамбули Устава Четврте француске републике из 1946. године. Накнадно, уставном ревизијом, преамбула се позива и на Повељу о животној средини из 2004. године. На тај начин, одлуком Уставног савета створен је „блок уставности“ (bloc de constitutionnalité) као мерило за контролу уставности, који поред нормативног дела Устава од 1958. године обухвата Декларацију права човека и грађанина из 1789, основне принципе признате законима Републике, принципе посебно неопходне у данашњем времену (побројани у преамбули Устава од 1946) и принципе уставне вредности, као и Повељу о животној средини из 2004.[50]

Уставни суд Босне и Херцеговине је утврдио правну обавезност преамбуле Устава која садржи основне принципе на којима треба да почива друштвено уређење Босне и Херцеговине.[51] То се пре свега односи на економски (приватна својина и тржишна економија) и политички систем (плурализам,

[49] Arman Habib, “Primacy and efficacy of preamble propositions in India and Bangladesh”, *International Journal of Law and Management*, 6/2016, 665

[50] Pierre Pactet, Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Paris 2009, 536-539.

[51] Odluka USBiH U 5/98-III 1. jul 2000.

демократски органи власти, људска права и слободе), али се њоме одређују и носиоци суверенитета, а то су конститутивни народи.[52] Отуда, уставноправни принципи из преамбуле имају исту правну снагу као и све друхе одредбе Устава Босне и Херцеговине.[53]

Процес интернационализације људских права је допринео да устави упућују на међународне изворе људских права, а уставотворци то често чине управо у преамбули устава. У највећој мери, реч је о уставима афричких држава. Од преамбула које упућују на међународно право, две трећине њих наводе Универзалну декларацију о људским правима.[54] На другом месту је Афричка повеља о људским и грађанским правима из 1981. године. Као пример може бити издвојена преамбула Устава Босне и Херцеговине која се позива на Универзалну Декларацију о људским правима, Међународне пактове о грађанским и политичким правима, односно о економским, социјалним и културним правима, и на Декларацију о правима лица која припадају националним или етничким, верским и језичким мањинама.

Није неуобичајено, мада доста ређе, преамбуле устава упућују и на националне изворе права (Азербејџан, Бахреин, Бурунди, Габон, Вијетнам).[55] Примера ради, Преамбула Устав Габона (1991) позива се на Националну повељу о слободама из 1990. године, док се Преамбула Устава Судана (2005) упућује на мировни споразум закључен у јануару 2005. под окриљем устава из 1998. године.

2. ФУНКЦИЈЕ ПРЕАМБУЛЕ УСТАВА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сагледано са становишта формалних обележја, преамбула Устава Републике Србије јесте уобичајене дужине, премда би се могло рећи да се сврстава у ред краћих преамбула.[56] Текст преамбуле претходи називу самог акта (устав). Та чињеница је, према класичној доктрини уставног права, довољна

---

[52] Goran Marković, „Ustav Bosne i Hercegovine“, Damir Banović, Saša Gavrić (ur.), *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2011, 59.

[53] Nedim Ademović, Joseph Marko, Goran Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2012, 34.

[54] J. Frosini (2012), 31.

[55] *Ibid*., 33-34.

[56] Текст преамбуле Устава Републике Србије гласи: „Полазећи од државне традиције српског народа и равноправности свих грађана и етничких заједница у Србији, полазећи и од тога да је Покрајина Косово и Метохија саставни део територије Србије, да има положај суштинске аутономије у оквиру суверене државе Србије и да из таквог положаја Покрајине Косово и Метохија следе уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији у свим унутрашњим и спољним политичким односима, грађани Србије доносе“.

да се закључи да преамбула нема правно дејство. Ипак, имајући у виду савремене трендове у упоредном уставном праву, као и све већи број примера употребе преамбуле у уставносудском одлучивању, о правном домашају преамбуле Устава Републике Србије могуће је говорити тек после свеобухватне анализе њене садржине и функција које из ње произлазе.

Сам почетак преамбуле указује на то да је уставотворац настојао да обезбеди снажан легитимацијски основ за доношење устава. Отуда, легитимацијска функција преамбуле је изражена у прокламацији да је устав дело грађана, као носиоца сувереност, и да је његово доношење засновано на државној традицији српског народа и равноправности свих грађана и етничких заједница. Под снажним утицајем владајућег тренда о превазиђености националне државе и примата концепта грађанске сувереност, уставотворац је указао на равноправност свих грађана и етничких заједница у Републици Србији. У складу са тим, у преамбули се прокламује да је Устав дело суверене власти која потиче од грађана.

Уставотворац је очигледно претендовао да преамбули обезбеди снажну интегративну функцију. Међутим, она је једнострано постављена и само делом остварује уставотворчеву намеру. Преамбула недвосмислено потврђује да је Косово и Метохија саставни део Србије. Ипак, Уставом се јамчи суштинска аутономија Покрајине Косово и Метохија, премда у вршењу уставотворне власти није учествовала доминантна већина становника те покрајине албанске националности. Са становишта албанске националне мањине, садржина преамбуле има дезинтегративно дејство. Будући да се нису сагласили са таквим положајем Косова и Метохије, једнострано су прогласили независност 2008. године и донели свој устав.

Дезинтегративно дејство преамбуле устава се изражава и у односу на Аутономну покрајину Војводину. Мада се Република Србија децентрализује по линији две аутономне покрајине, у преамбули је поменута само једна од њих и то са посебним статусом „суштинске аутономије“. Преостаје да се закључи да Војводина има статус „несуштинске“ аутономије.[57] Да преамбула, па тако и Устав Републике Србије у целини, нису остварили снажну интегративну функцију сведочи резултат уставотворног референдума из 2006. године на коме је најмања изласност грађана била, уколико се из разумљивих разлога занемари Косово и Метохија, управо на територији Војводине и то испод 50%.

[57] О територијалној аутономије Војводине вид. Дарко Симовић, „Да ли је територијална аутономија Војводине део уставног идентитета Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 803-832; Слободан Орловић, „Највиши правни акти у аутономији Војводини“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2014, 257-287.

Из још једног угла сагледано, интегративна функција преамбуле има ограничени домашај. Наиме, уставотворац је садржину преамбуле поставио једнодимензионално, стремећи искључиво ка одређивању територијалног идентитета државе. Међутим, изостало је идентификовање других вредности које би могле да оснаже легитимацијску и интегративну функцију преамбуле. Такво опредељење уставотворца није остало незапажено ни међу страним ауторима који су са упоредноправног становишта анализирали феномен уставних преамбула. Сагласно једном истраживању које се заснива на њиховој садржини, преамбула Устава Републике Србије се налази на петом месту најмање либералних.[58] Колико је то поражавајуће за уставописце из 2006. године, најсликовитије је сагледати на основу резултата истраживања који указују на то да се преамбула Устава Републике Србије налази иза преамбула устава Северне Кореје, Кине, Вијетнама и Никарагве. На изразиту скромност садржине преамбуле Устава Републике Србије указано је и у хрватској литератури, уз образложење да је у њој наведена само државна традиција српског народа, без било каквог спомињања врло дуге државотворне и уставне баштине српског народа од почетка XIX века.[59]

Преамбула Устава Републике Србије има нормативну функцију, јер се апострофира уставна обавеза свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији. Правно обавезујући карактер преамбуле јасно произлази и из уставних одредаба о вршењу ревизионе власти. Наиме, преамбула се, уз још шест категорија уставних одредби, мења по тежем ревизионом поступку који подразумева одржавање референдума.[60] Дакле, предвиђајући посебну уставноправну заштиту преамбули, уставотворац је нагласио и њену уставноправну релевантност.

Анализа њене садржине наводи на закључак да доминира симболичка функција преамбуле Устава Републике Србије. Без обзира на то што она садржински не пружа ништа ново у односу на нормативни део устава, у њој се свечаним тоном наглашава да је Косово и Метохија саставни део Републике Србије. У прилог тој тези се може навести чињеница да је у кампањи која је претходила његовом усвајању, недвосмислено апострофирано да се нови устав доноси да би се покрајина Косово и Метохија сачувала у оквиру Републике Србије. Дакле, изузев симболичке, све друге функције преамбуле су подређене настојању уставописца да у преамбули нагласи територијални идентитет државе и значај његовог очувања.

---

[58] D. Law (2016), 212.

[59] B. Vukas (2013), 1246.

[60] Vid. Darko Simović, „Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji“, Edin Šarčević, Darko Simović (ur.), *Reviziona vlast u Srbiji*, Sarajevo 2017, 63-89.

3. ЗАКЉУЧАК

За преамбулу устава се може рећи да је феномен који се налази на размеђи права и политике. Међутим, за разлику од нормативног дела устава који треба да оствари превасходно правну функцију конституисања и ограничења државне власти, мада није искључено да уставни текст има и друге, ванправне примесе, преамбула првенствено остварује социолошке фунције, а само изузетно, и то знатно ређе, има правно обавезујуће дејство. Премда јој се не може оспорити уставноправна релевантност, њена правна функција се углавном своди на улогу помоћног средства приликом тумачења нејасних уставних норми.

Упоредноправна анализа је посведочила да се преамбуле међу собом значајно разликују у погледу садржине и функција које остварују. Ипак, доминирају симболичка и легитимацијска функција преамбуле. Заправо, и преостале социолошке функције (интеграцијска, идеолошка, едукативна и програмска) су на посредан начин у вези са симболичком и легитимацијском функцијом, јер доприносе да оне буду унапређене и оснажене или, није искључено чак ни то, девалвиране и ослабљене. Додајмо још и то да је, компаративно сагледано, приметан тренд афирмисања правне функције преамбуле, будући да расте број (уставних) судова који су се у својим одлукама позивали на садржај преамбуле устава.

Преамбулу Устава Републике Србије одликује првенствено симболичка функција. Друге социолошке функције су очигледно подређене настојању уставописца да, због значаја очувања територијалног интегритета државе, нагласи да је покрајина Косово и Метохија саставни део Републике Србије. Међутим, очување територијалног интегритета јесте само једна од вредности којој свака држава стреми. Несумњиво, и сама потреба за очувањем територијалног интегритета државе би била знатно оснажена истовременим навођењем и других пожељних и универзалних вредности попут: демократије, владавине права, социјалне правде, људског достојанства, слободе, једнакости, равноправности или људских права. У том смислу, уставописац није искористио сав потенцијал који пружа преамбула као елемент структуре устава, јер је њену садржину свео искључиво на одређивање територијалног идентитета државе.

Будући да има уставноправно релевантан садржај, може се закључити да је преамбула Устава Републике Србије обавезујућег правног дејства. Међутим, с обзиром на то да су у преамбули поновљене уставне обавезе у погледу статуса Косова и Метохије које садржи и нормативни део уставног текста, у пракси не могу настати дилеме о правном дејству преамбуле. Наиме, осим доминирајуће симболичке функције, није потребно истицати и њену нормативну функцију, јер преамбула Устава Републике Србије нема садржински

капацитет да прошири домашај Устава као целине у односу на његов нормативни текст. Према томе, преамбули је додељена улога политичке пароле која треба да подсећа и опомиње на примарни мотив за доношење новог устава, а то је тежња за очувањем Косова и Метохије у саставу Републике Србије.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Ademović, N., Marko, J., Marković, G. (2012) *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung.

Chang, W-C., Law, D. (2018) Constitutional Dissonance in China. U: Jacobsohn, G., Schor, M. (eds.). *Comparative Constitutional Theory*. Edgar Publishing. 476–514.

Ђорђевић, Ј. (1986) *Уставно право*. Београд.

Forkosch, M. (1968) Who are the People in the Preamble to the Constitution. *Case Western Reserve Law Review*. 19(3). 644-712.

Frosini, J. (2017) Constitutional Preambles: More than just a narration of history. *University of Illinois Law Review*. 2. 603-628.

Frosini, J. (2012) *Constitutional Preambles at a Crossroads between Politics and Law*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore.

Ginsburg, T., Foti, N., Rockmore, D. (2014) "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles. *George Washington International Law Review*. 46. 101-136.

Haberle, P. (2002) *Ustavna država*. Zagreb: Politička kultura.

Habib, A. (2016) Primacy and efficacy of preamble propositions in India and Bangladesh. *International Journal of Law and Management*. 6. 660-672

Јовичић, Ј. (1977) *О уставу*. Београд: Савремена администрација.

Келзен, Х. (2010) *Општа теорија права и државе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Кутлешић, В. (2010) Преамбуле устава – упоредна студија 194 важећа устава. *Анали Правног факултета у Београду*. 2. 60-76.

Кутлешић, В. (2004) *Устави бивших социјалистичких држава Европе*. Београд.

Law, D. (2016) Constitutional Archetypes. *Texas Law Review*. 95(2). 153-243.

Микић, В. (2014) Функције преамбула савремених устава. *Правни записи*. 2. 432-447.

Orgad, L. (2010) The preamble in constitutional interpretation. *International Journal of Constitutional Law*. 8(4). 714-738.

Орловић, С. (2014) Највиши правни акти у аутономији Војводини. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2. 257-287.

Pactet, P., Mélin-Soucramanien, F. (2009) *Droit constitutionnel*. Paris: LGDJ.

Петров, В., Станић, М. (2019) Религијски елементи у преамбулама устава са посебним освртом на европске земље. У: Чоловић, В., и др. (ур.), *Државно – црквено право кроз векове*. Београд – Будва: Институт за упоредно право. 341-356.

Pieterse, M. (2005) What do we mean when we talk about transformative constitutionalism?. *SA Public Law*. 20(1). 155-166.

Платон (1990) *Закони*. Београд.
Roach, K. (2001) The Uses and Audiences of Preambles in Legislation. *McGill Law Journal*. 47. 129-159.
Robbers, G. (2010) *Religion and Law in Germany.* Kluwer Law International.
Симовић, Д. (2019) Да ли је територијална аутономија Војводине део уставног идентитета Србије. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду.* 3. 803-832.
Симовић, Д., Петров, В. (2018) *Уставно право*. Београд: Криминалистичко-полицијски универзитет.
Симовић, Д. (2018) Интернационализација уставног права – пример Републике Србије. *Зборник Правног факултета у Нишу.* 81. 15-30.
Simović, D. (2017) Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji. U: Šarčević, E., Simović, D. (ur.). *Reviziona vlast u Srbiji*. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo. 63-89.
Smerdel, B., Sokol, S. (2007) *Ustavno pravo*, Zagreb.
Станић, М. (2019) Носилац суверености у уставним преамбулама. *Архив за правне и друштвене науке*. 1-2. 123-142.
Vukas, B. (2013). Pravnopovijesne reference u ustavnim preambulama država srednje i jugoistočne Europe u postkomunističkom razdoblju. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 63(5-6). 1233-1255.
Winckel, A. (2001) A 21st Century Constitutional Preamble—An Opportunity for Unity rather than Partisan Politics. *The University of New South Wales Law Journal*. 24(3). 636-648.

Darko Z. Simović, Ph.D., Full Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
darko.simovic@kpu.edu.rs

The Functions of the Preamble of the Constitution and the Characteristics of the Preamble of the Constitution of the Republic of Serbia

Abstract: *Contrary to the normative part of the constitution whose basic function is of legal character, the preamble of the constitution is characterized primarily by sociological functions. There are many of them, however they are intertwined, hence one sociological function, as a rule is tied to the majority of other sociological functions. However, it is possible for certain functions of the preamble to be in collision. Based on a comparative analysis of modern constitutions we can discuss the following sociological functions of the preamble of the constitution: symbolic, legitimacy, integrative, ideological, educational and programmatic. Aside from sociological functions, the preamble can also have, although more rarely, a legal function. With respect to the preamble of the Constitution of the Republic of Serbia, its content is directed at establishing the territorial identity of the country. In that sense, it can be concluded that the symbolic function of the preamble of the Constitution is more dominant. Although in its content it does not offer anything new in relation to the normative part of the constitution, it announces in a celebratory tone, that Kosovo and Metohija are an integral part of the Republic of Serbia.*

Keywords*: constitution, preamble, Republic of Serbia, Kosovo and Metohija.*

Датум пријема рада: 27.03.2020.

Оригинални научни рад 35.077.3(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-26265

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

ПОНАВЉАЊЕ УПРАВНОГ ПОСТУПКА*

Сажетак: *Међу бројним новинама у Закону о општем управном поступку једну од најзначајнијих представљају измене у систему ванредних правних средстава. Са аспекта правне заштите странака, када је о тој врсти правних средстава реч, највише је требало очекивати од измена у погледу Понављања поступка, с обзиром на то да је у питању ванредно правно средство које се у управној пракси далеко најчешће користи, и то због постојања процесног материјала који није био познат у тренутку окончања поступка, односно одлучивања о управној ствари. У раду се указује на најважније новине у правном режиму овог ванредног правног средства, с циљем да се утврди да ли је њима унапређена правна заштита странака у поступку и створена могућност за остваривање већег степена објективне законитости при решавању управних ствари.*

Кључне речи*: управа, управни поступак, правна средства, ванредна правна средства, понављање поступка.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Без обзира на квалитет законских одредби о управном поступку, високи степен стручности и савесности службених лица овлашћених за њихову примену, појава грешака у раду органа управе при решавању у управним стварима је увек могућа. Отклањању грешака учињених током вођења управног поступка служе правна средства. Развијен систем правне заштите странака битна је претпоставка не само њихове правне сигурности у управном поступку, већ и могућности за остваривање потпуне објективне законитости у овој врсти правно уређеног поступка. Из тог разлога се у савременим држава, а које познају

* Рад представља резултат истраживачког рада на Пројекту „*Правна традиција и нови правни изазови*“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

кодификована процесна правила за рад органа управе данас среће, у већој или мањој мери, развијен систем редовних и ванредних правних средстава.

Ни управни поступак у Републици Србији у том смислу није изузетак. Новим Законом о општем управном поступку из 2016. године,* унете су бројне новине у систем правне заштите странака у циљу његовог унапређења. Увођењем приговора, као новог правног средства ремонстративне природе, и одређеним променама у правном режиму жалбе, измењен је систем редовних правних средстава, а у значајној мери је преуређен и систем ванредне правне заштите странака.[2] Шта више, за измене у систему ванредних правних средства се може рећи да представљају једну од најважнијих новина у Закону. Основна одлика новоуспостављеног система ванредних правних средства је да им је укупан број смањен, и да су им значајно измењени називи, а посебно систематика разлога за изјављивање. Међутим, упркос бројним променама у систему ванредних правних средстава ипак се не може рећи да је данас у управном поступку битније унапређена правна заштита странака, с обзиром на то да су готово све измене углавном само формалне, и то језичке, а не и суштински природе.[3]

Понављање поступка је у управној пракси једно од најчешће коришћених ванредних правних средстава. Оно служи, пре свега, отклањању грешака учињених услед постојања процесног материјала који није био познат до окончања поступка, односно приликом одлучивања о управној ствари, било зато што је о томе накнадно стечено сазнање, било што су одређене чињенице и околности касније наступиле.[4] Као такво, Понављање поступка се јавља као недеволутивно (ремонстративно) правно средство, односно о њему решава исти орган који је донео коначно решење. У новом Закону мењан

[1] Закон о општем управном поступку – ЗУП, ”*Службени гласник РС*”, бр. 18/2016 и 95/2018.

[2] Вид: Драган Милков, ”Правна средства у управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС) 2/2006, 125-154; Драган Милков, Ратко Радошевић, ”Приговор у управном поступку”, *Зборник радова ПФНС* 4/2018, 1457-1470; Предраг Димитријевић, ”Правна средства у новом ЗУП-у Републике Србије”, *Зборник на трудови ”Искуства од примената на новите закони за опште управна постапка во земјите од регионот*”, Правни факултет ”Јустинијан Први” во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017. године, 45-63; Зоран Лончар, ”Правна средства у новом Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова ПФНС* 4/2017, 1505-1523.

[3] Вид.: З. Лончар, ”Ванредна правна средства у управном поступку у Републици Србији”, *Правна ријеч* 58/2019, 169-192; З. Лончар, ”Поништавање и укидање решења у управном поступку”, *Правни живот* 10/2019, 255-268; П. Димитријевић, „Реформа ванредних правних лекова у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (Зборник радова ПФНШ) 44/2004, 145-171; Драган Васиљевић, ”Концепт ванредних правних средстава по новом Закону о општем управном поступку”, *Правни живот* 10/2016, 215-223; Стеван Лилић, Катарина Манојловић-Андрић, Катарина Голубовић, *Практична примена новог ЗУП-а*, Службени гласник, Београд 2019, 269-278.

[4] Вид.: Д. Милков, *Управно право*, II, Центар за издавачку делатност Правног факултета, Нови Сад 2017, 250-251.

је у одређеној мери правни режим и овог ванредног правног средства, али на другачији начин него свих осталих ванредних правних средстава.

Циљ нам је да у раду укажемо на најважније новине у правном режиму Понављања поступка и да утврдимо да ли је њима унапређена и у којој мери правна заштита странака у управном поступку, односно створена могућност за остваривање већег степена објективне законитости при решавању управних ствари.

2. НОВИНЕ У ПРАВНОМ РЕЖИМУ ПОНАВЉАЊА ПОСТУПКА

Понављање поступка је једно од ретких ванредних средства у управном поступку код кога је задржан ранији назив. Поред овог ванредног правног средства исти назив је остао још само код Поништавања и мењања решења у вези са управним спором (члан 175).[5] Задржавање назива код овог ванредног правног средства је вероватно била последица чињенице да данас и у најважнијим судским поступцима под истим називом постоји ванредни правни лек који је идентичне правне природе, односно служи да се отклоне грешке настале у поступку услед постојања процесног материјала који није био познат у тренутку самог вођења поступка, какав је случај са: парничним поступком (понављање поступка),[6] кривичним поступком (понављање кривичног поступка),[7] прекршајним поступком (понављање прекршајног поступка),[8] управним спором (понављање поступка),[9] итд.

Међутим, иако је задржан исти назив овог ванредног правног средства, током вишегодишње израде новог законског текста у креирању његовог правног режима се доста лутало, као што је то уосталом био случај и са свим другим ванредним правним средствима прописаним новим Законом, осим споменутог Поништавања и мењања решења у вези са управним спором, код кога је неизмењен остао, не само назив, већ и правни режим.[10] Најуочљиви-

[5] Према новом Закону о општем управном поступку као ванредна правна средства данас постоје још и Поништавање коначног решења (члан 183), Укидање решења (члан 184) и Поништавање, укидање или мењање правноснажног решења на препоруку Заштитника грађана (члан 185).

[6] Закон о парничном поступку, ”*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 и 87/2018, чл. 426-433-а.

[7] Закон о кривичном поступку, ”*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 55/2014 и 35/2019, чл. 470-481.

[8] Закон о прекршајима, ”*Службени гласник РС*”, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016, чл. 280-284.

[9] Закон о управним споровима, ”*Службени гласник РС*”, бр. 111/2009, чл. 56-65.

[10] Вид: З. Лончар, ”Ванредна правна средства у управном поступку у Републици Србији”, *Правна ријеч* 58/2019, 173-176; З. Лончар, ”*Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије*”, *Зборник на трудови ”Искуства од примената на*

је лутање приређивача закона код овог ванредног правног средства је било концепцијске природе, и везано је за његову систематику у Закону. Тако је на пример, у Нацрту Закона који је у јуну 2015. године био на јавној расправи, Понављање поступка било предвиђено као самостална целина (члан 247-255), изван свих осталих ванредних правних средстава, која су представљала посебан део закона (члан 256-275). У Предлогу Закона, који је усвојен свега неколико месеци касније, фебруара 2016. године, Понављање поступка је постало део посебног дела Закона (VII), насловљен као ”Посебни случајеви уклањања и мењања решења”, као и сва четири преостала ванредна правна средства (члан 175-189). Поред тога, у циљу настојања за скраћивањем целокупног законског текста, у коначној законској верзији из Понављања поступка су изостављене две законске одредбе, тако да је ово ванредно правно средство данас уређено са свега седам законских одредби (члан 176-182), наспрам првобитних девет одредби, колико је било предвиђено Нацртом Закона (члан 247-255).

О колико се пажљиво и добро осмишљеним изменама у погледу Понављања поступка као ванредног правног средстава у новом Закону заиста ради, можда на још сликовитији начин говори разлика која се током вишегодишње израде законског текста јављала између Предлога Закона из фебруара 2012. године, који је услед расписивања парламентарних избора и формирања нове Владе, повучен из скупштинске процедуре јула 2012. године, и Предлога Закона из децембра 2013. године, који је такође због расписаних ванредних парламентарних избора и формирања нове Владе, повучен из законодавне процедуре априла 2014. године.[11] У Предлогу Закона из 2012. године Понављање поступка уопште није било предвиђено као ванредно правно средство, већ је заједно за жалбом (члан 124-134) и приговором (члан 135-138) сврстано у посебан део Закона (пети), означен насловом ”Правна средства”, а било је уређено са шест законских одредби (члан 139-143), за разлику од свих осталих ванредних правних средстава која су била систематизована у посебан део Закона (шест), насловљен са ”Службено уклањање, односно мењање управних аката” (члан 145-153), где су се разликовали: Повлачење незаконитих релативно ништавих аката (члан 147-148), Повлачење незаконитих апсолутно ништавих управних аката (члан 149-150) и Опози-

новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот”, Правни факултет ”Јустинијан први” во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017. године, 102; С. Лилић, *Закон о општем управном поступку – Анатомија законског пројекта са моделом за генералну реконструкцију ЗУП-а*, Центар за унапређење законодавства, Комитет правника за људска права, Београд 2019, 47-50.

[11] Вид.: З. Лончар, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот* 10/2013, 330-331; З. Лончар, ”*О Нацрту Закона о општем управном поступку*”, *Правна ријеч* 35/2013, 439-440; С. Лилић, (2019) 59-70.

вање законитих управних аката (члан 151-153), а у оквиру кога су се опет разликовали: Опозив законитог повлашћујућег акта (члан 151) и Опозив законитог повлашћујућег акта који предвиђа коришћење наменских средстава (члан 152-153). У Предлогу Закона из 2013. године Понављање поступка је задржало статус правног средства, заједно за приговором (члан 211-214) и жалбом (215-243), али је му је правни режим био значајно преуређен и проширен, са чак десет законских одредби (члан 244-252), док су сва ванредна правна средства била систематизована у посебном делу (седам) који је носио назив "Посебни случајеви уклањања и мењања решења" (члан 253-272), у оквиру кога су се разликовали: Мењање и поништавање решења у вези за управним спором (члан 253); Поништавање или укидање решења на основу службеног надзора (члан 254-256); Оглашавање решења ништавим (члан 257-260), Укидање или мењање правноснажног решења на предлог Заштитника грађана (члан 261), Ванредно укидање решења (члан 262-266) и Укидање законитог решења (члан 267-270). Интересантно да је у оквиру тог дела Закона постојала и посебна одредба (члан 271) о дужности обавештавања надлежног органа о постојању разлога, не само за оглашавање решења ништавим, поништавање, укидање или мењање решења, на шта су се односила сва ванредна правна средства уређена у оквиру тог дела Закона, већ и понављања поступка, који је као посебно правно средство, заједно са жалбом и приговором било предвиђено у претходном делу Закону (члан 211-252). И од такве систематике се у потпуности одустало приликом наредног процеса израде законског текста, оличеног, најпре у већ споменутом Нацрту Закона из 2015. године, а затим и Предлогу Закона који је коначно усвојен фебруара 2016. године.

Упоредо са недовољно пажљиво осмишљеним променама у законској систематици код Понављања поступка су често мењани и поједини елементи његовог правног режима. Најважније новине у важећем правном режиму Понављања поступка данас се односе, пре свега, на измене појединих *разлога* за употребу и *рокова* за изјављивање. Стога ћемо управо тим новинама поклонити посебну пажњу, али ћемо указати и на неке друге измене које сматрамо важним за данашњи правни режим овог ванредног правног средства.

2.1. Разлози за понављање поступка

Најважнија измена у погледу Понављања поступка се тиче увођења нових разлога због којих се управни поступак окончан коначним решењем може поново водити. Досадашњим разлозима по основу којих се ово ванредно правно средство могло користити (члан 239), у новом Закону су придодата још два разлога. Управни поступак се данас може поновити и *ако је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби, утврдио*

повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оборено решење (тачка 11, став 1. члан 176), као и *ако је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена* (тачка 12, став 1. члан 176).

Ова два нова разлога за Понављање поступка унета су у Закон као последица неопходности усаглашавања управног поступка са Уставом из 2006. године,[12] којим је у правни систем Србије уведена уставна жалба (члан 170),[13] као и чињенице да је Република Србија, као чланица Савета Европе, још 2003. године ратификовала Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода,[14] којом је предвиђена надлежност Европског суда за људска права, као крајње инстанце за заштиту људских права и основих слобода прописаних Конвенцијом, који су повређени актом или радњом неког домаћег органа, након што су исцрпљени сви унутрашњи правни лекови (члан 34-35). Штавише, ови разлози за Понављање поступка су требали и много раније да буду део законодавних измена управног поступка, и то још 2010. године када су вршене измене и допуне претходног Закона о општем управном поступку,[15] управо под образложењем потребе формалног усаглашавања са новим Уставом,[16] на шта је у стручној јавности било благовремено и указано.[17] Овом приликом је интересантно приметити да на неопходност уношења ових разлога у Понављање поступка, ради усаглашавања управног поступка са одавно спроведеним уставним променама, није у потпуности примећено чак ни на самом почетку вишегодишњег процеса израде новог законског текста. Наиме, у тексту првог Нацрта Закона из 2011. године, који је био упућен на јавну расправу, међу разлозима за Понављање поступка није била предвиђена одлука Уставног суда донета поводом уставне жалбе (члан 138, став 1). Тај разлог је постао део законског текста тек у Предлогу Закона из фебруара 2012. године (тачка 11, став 1, члан 139).

---

[12] Устав Републике Србије – Устав, ”*Службени гласник РС*”, бр. 98/2006.

[13] „Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту”. Устав, чл. 170.

[14] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ”*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*”, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 и ”*Службени гласник РС – Међународни уговори*”, бр. 12/2010.

[15] Закон о општем управом поступку, ”*Службени лист СРЈ*”, бр. 33/1997, 31/2001 и ”*Службени гласник РС*”, бр. 30/2010.

[16] Закон о изменама и допунама Закона о општем управном поступку, „*Службени гласник РС*”, бр. 30/2010.

[17] Вид.: З. Лончар, „Предлоаје за нови Закон о општем управном поступку“, *Зборник радова ПФНС* 3/2009, 181-193; З. Лончар, „Модернизација управног поступка“, *Зборник „Актуелна питања савременог законодавства“*, Будва 7-11. јун 2010. године, 351-362.

Остали законски разлози за Понављање поступка данас су:[18]

1) ако се сазна за нове чињенице или стекне могућност да се изведу нови докази који би, сами или у вези са раније изнетим чињеницама или изведеним доказима, могли да доведу до друкчијег решења;

2) ако се решење које је повољно по странку заснива на неистинитим тврдњама странке којима је овлашћено службено лице доведено у заблуду;

3) ако је решење донело неовлашћено лице, или је поступак водило или у њему одлучивало неовлашћено лице или лице које је морало бити изузето;

4) ако колегијални орган није одлучивао у прописаном саставу или ако за решење није гласала прописана већина чланова колегијалног органа;

5) ако лицу које је могло да има својство странке није пружена прилика да учествује у поступку;

6) ако странка није била заступана сагласно закону;

7) ако странци или другом учеснику у поступку није омогућено да прати ток поступка у складу са одредбама о превођењу;

8) ако је решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или као последица другог кривичног дела;

9) ако се решење заснива на пресуди суда или одлуци другог органа која је касније правноснажно преиначена, укинута или поништена; и

10) ако је надлежни орган накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано.

У погледу свих претходно наведених разлога за Понављање поступка у новом Закону су извршене само незнатне језичке корекције. Једина измена, али и то опет крајње формалне природе, огледа се у томе што су два ранија разлога за употребу спојена у један нови. Па тако, уместо ранијих посебних разлога за Понављање поступка који су се односили на случајеве: ако је у доношењу решења учествовало службено лице које је по закону морало бити изузето (тачка 6, став 1, члан 239) и ако је решење донело службено лице које није било овлашћено за његово доношење (тачка 7, став 1, члан 239), данас се управни поступак може поновити из разлога *ако је решење донело неовлашћено лице, или је поступак водило или у њему одлучивало неовлашћено лице или лице које је морало бити изузето* (тачка 3, став 1, члан 176),[19] што суштински посматрано не представља никакву посебну новину.[20] Слична

[18] ЗУП, чл. 176, ст. 1, тачка 1-10.

[19] Вид.: Д. Милков, (2017) 250-255; Томић Зоран, *Опште управно право*, Центар за издаваштво и информисање, Правни факултет, Београд 2018, 343; П. Димитријевић, *Управно право*, Свен, Ниш 2016, 441-443.

[20] Без обзира на то што се у овом случају не ради о новом разлогу за Понављање поступка, у пракси би овај разлог данас могао често да представља правни основ за тражење понављања управног поступка, пре свега због значајно измењеног појма овлашћеног службеног

ситуација је и са преформулацијом разлога за Понављање поступка везаног за одлуку органа управе о претходном питању, пошто уместо случаја да је решење органа који је водио поступак засновано на неком претходном питању које је надлежни орган доцније решио битно другачије (тачка 5, став 1, члан 239), као разлог за Понављање поступка данас имамо случај да је надлежни орган *накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању* (тачка 10, став 1, члан 176).

Иако се у свим овим случајевима не ради о изменама суштинске природе, у домаћој референтној литератури о управном поступку ипак постоји уверење да је баш различитим терминолошким изменама ("језичким и стилским корекцијама") појединих разлога за Понављање поступка побољшан текст Закона.[21] Додуше, за неке се измене терминолошке природе заиста може рећи да представљају одређено побољшање законског текста. Такав је случај са, на пример, проширивањем разлога за Понављање поступка у случају када се решење заснива на правноснажној укинутој пресуди донетој у кривичном поступку или поступку по привредним преступима (тачка 3, став 1, члан 239), на *било коју пресуду суда* или *одлуку другог органа* која је касније правноснажно, не само укинута, већ сада и *преиначена* или *поништена* (тачка 9, став 1, члан 176). Слична ситуација је и са преформулисањем разлога за Понављање поступка у случају када је решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака, додавањем речи "или као последица *другог* кривичног дела" (тачка 8, став 1, члан 176), уместо ранијег термина "дела кажњивог по кривичном закону" (тачка 2, став 1, члан 239), чиме је отклоњена свака дилема да се у случају подношења захтева за Понављање поступка због доношења решења на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака увек мора радити о кривичном делу претходно утврђеном у кривичном поступку.[22] Међутим, у неким слу-

---

лица у поступку. Наиме, новим Законом је овлашћено службено лице одређено као лице које је распоређено на радно место које чине послови вођења поступка и одлучивања у управној ствари, или само послови вођења поступка или предузимање појединих радњи у поступку (чл. 39, ст. 2), што подразумева да свако лице које учествује у управном поступку у својству службеног лица мора да има решење старешине органа о распоређивању на радно место, за које је претходно правилником о организацији и систематизацији радних места у том органу предвиђено предузимање управо таквих радњи у управном поступку, а што код многих органа управе још увек није случај, иако је нови Закон у пуном обиму почео да се примењује још 1. јуна 2017. године, до када је све правилнике о систематизацији радних места и решења о распоређивању државних службеника требало усагласити са овом законском новином. Вид.: З. Лончар, "Овлашћено службено лице у управном поступку", *Правни живот* 10/2017, 299-311.

[21] Вид.: З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2017, 67-68; З. Томић, (2018) 354.

[22] Тим поводом није на одмет указати да у делу домаће правне теорије и даље егзистира став да у случају процесне или фактичке немогућности да се у судском поступку

чајевима поједине језичке преформулације разлога за Понављање поступка нису довољно пажљиво осмишљене. Такав је случај, пре свега, са већ споменутим разлогом везаним за учествовање у доношењу решења или вођењу управног поступка *лица које је по закону морало бити изузето* (тачка 3, став 1, члан 176). Наиме, приликом доношења одлуке о задржавању овог разлога терминолошки потпуно неизмењеног и његовом спајању са другим разлогом у ”нови” разлог за Понављање поступка, на што смо већ указали, није вођено довољно рачуна да у новом Закону (члан 40, став 1, тачка 1-8) више не постоје јасно раздвојени апсолутни разлози за изузеће службеног лица, када је изузеће увек обавезно, на шта се једино може односити овако формулисан разлог за Понављање поступка, од релативних разлога, због чијег постојања је изузеће службеног лица само могуће. Стога је наведена промена законске одредбе о изузећу службеног лица захтевала нешто другачије формулисање и других законских одредби, међу којима је и наведена одредба о разлозима за Понављање поступка, што је овом приликом пропуштено да се учини.[23]

утврди постојање таквог кривичног дела, орган управе је дужан да сам расправи то питање, као претходно, и да на основу тога одлучи о Понављању поступка, који је уз све то поткрепљен и судском праксом старом више деценија (Вид.: З. Томић, (2017) 634; З. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Службени гласник, Београд 2019, 703; Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство за државну управу и локалну самоуправу, Београд 2017, 191.), без обзира на то што на основу изричите одредбе Закона (чл. 107. ст. 3), орган управе о постојању кривичног дела не може да одлучује у управном поступку као о претходном питању, а посебно што је у новом Закону изостављена ранија одредба члана 243. став 1, према којој је Понављање поступка из разлога постојања кривичног дела било могуће и ако се кривични поступак није могао спровести или ако су постојале околности због којих се тај поступак није могао покренути. О постојању кривичног дела, било као о претходном питању у управном поступку, или као разлогу за Понављање поступка, мора се увек претходно одлучити од стране суда у кривичном поступку. У случају када нема могућности за вођење кривичног поступка (нпр. наступање застаре), не може бити ни могућности за Понављање управног поступка по том основу. Дакле, ако постоји сумња да је неко решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или као последица неког другог кривичног дела, мора се прво сачекати да кривични суд одлучи о његовом постојању, па тек онда на основу судске пресуде захтевати Понављање управног поступка или поступак поновити по службеној дужности. Сасвим је друга ствар да ли су приређивачи Закона наведеном језичком преформулацијом тако нешто заиста и желели да пропишу.

[23] ”С обзиром на то да према новом ЗУП-у нису одвојени разлози за обавезно и факултативно изузеће, већ да навођењу свих разлога наведених у члану 40 претходи реченица ”службено лице мора бити изузето”, могло би се, формално посматрано, закључити да повреда било ког разлога за изузеће представља и основ за понављање управног поступка. При томе, треба имати у виду да се међу разлозима због којих службено лице ”мора” да буде изузето наводе и ”друге чињенице које доводе у сумњу његову непристрасност”. Да ли постоје такве чињенице или не постоје, ствар је процене органа који одлучује о изузећу и то је релативан разлог за изузеће. Међутим, према садашњем ЗУП-у, ако орган који одлучује о понављању процени да постоје такве чињенице, он може да дозволи понављање поступка. То је случај и са осталим разлозима за изузеће наведеним у ЗУП-у у којима не постоје

Такође, задржавање међу разлозима за Понављање поступка случаја ако колегијални орган није одлучивао у *прописаном саставу* или ако за решење није гласала *прописана већина* чланова колегијалног органа (тачка 4, став 1, члан 176), захтевало је ипак нешто другачију законску формулацију, с обзиром на то да у новом Закону нема више некадашње одредбе о саставу колегијалног органа (члан 192, став 2), већ је задржана само одредба о већини потребној за пуноважно одлучивање (члан 137).[24]

Међу разлозима за Понављање поступка посебну пажњу завређује новоуведни разлог везан за одлуку Уставног суда донету по основу уставне жалбе, односно случај када је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење (тачка 11, став 1, члан 176). Наиме, из наведене формулације произлази закључак да су законски услови за понављање управног поступка у овом случају кумулативно предвиђени. Неопходно је најпре да је Уставни суд *уважио уставну жалбу*, констатујући повреду или ускраћивање Уставом зајемченог људског или мањинског права и слободе, а затим и да *није поништио оспорени управни акт*. Међутим, истовременим испуњењем оба услова не значи још да је могуће и поновити управни поступак, по основу овог ванредног правног средства. Надлежност самог Уставног суда је да одлучи о начину спровођења својих одлука.[25] Иако Уставни суд има могућност да непосредно поништи управни акт за који је констатовано да су странци повређена или ускраћена права и слободе зајемчена Уставом, с обзиром на то да се у управним стварима уставне жалбе не подносе против решења донетих у управном поступку, већ увек против пресуде Управног суда, којом је одлучено о законитости коначног управног акта (решења), имајући у виду да је битан услов за изјављивање уставне жалбе да су претходно исцрпљена сва средства правне заштите странке, уобичајена је уставно-судска пракса да се поништава пресуда Управног суда и налаже том суду отклањање уочене неуставности.[26] Тек новом пресудом Управног суда, којом би био поништен

апсолутни разлози, већ најпре треба надлежни орган да процени постојање таквог разлога". Д. Милков, (2017) 251.

[24] Вид.: Д. Милков, (2017) 251-252.

[25] "Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца". Закон о Уставном суду, "*Службени гласник РС*", бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015 и 40/2015, чл. 89.

[26] Чињеница да се уставном жалбом формално оспорава уставност или законитост пресуде Управног суда, а не непосредно управног акта, чија законитост је претходно била предмет оцене у управном спору, отвара питање адекватности законске формулације у За-

коначан управни акт, отвара се правна могућност да се поново реши управна ствар доношењем новог управног акта у поновљеном управном поступку. Дакле, тек од става Управног суда зависи да ли ће судском пресудом бити поништен коначан управни акт, и тиме отворен пут за поново вођење управног поступка. Међутим, евентуално вођење новог управног поступка у том случају нема везе са понављањем поступка по основу овог ванредног правног средства. У супротном, другачијим правним тумачењем, према коме би се захтев за Понављање поступка могао поднети одмах након одлуке Уставног суда донете по уставној жалби, ако Уставни суд не поништи управни акт, отварала би се могућност да се истовремено воде два правна поступка поводом исте управне ствари, што би било правно недопуштено.

Због наведеног начина спровођења одлука Уставног суда донетих по основу уставних жалби, којима су констатоване повреде или ускраћивања уставних слобода и права странака у управном поступку, у великој мери је умањен значај новоуведеног разлога за Понављање поступка. За правну заштиту странака у управном поступку увођење оваквог разлога за Понављање поступка може да буде од значаја само изузетно, у случају када Уставни суд поводом уставне жалбе донесе само *утврђујућу* одлуку, односно само констатује повреду или ускраћивање права и слободе зајемчене Уставом, сматрајући да није неопходно предузимање и неке друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода, ради правичног задовољења интереса подносиоца уставне жалбе.[27] У том случају, ако странка сматра да је и уклањање управног акта из правног поретка у њеном правном интересу, може да поднесе захтев за Понављање поступка, као ванредно правно средство у управном поступку. С обзиром на то да је оваква ситуација у пракси Уставног суда веома ретка, за такву могућност правне заштите странке у управном поступку се може рећи да је више доктринарног значаја.

2.2. Рокови за понављање поступка

Од разлога због којих се управни поступка може поновити знатно важнију новину у правном режиму овог ванредног средства са аспекта правне заштите странака у управном поступку представља измена рока у коме се оно може користити. И даље за Понављање поступка постоје два рока, *субјективан* и *објективан* рок. Субјективни рок је са једног месеца у новом

кону о општем управном поступку да Уставни суд приликом усвајања уставне жалбе којом је констатовао повреду или ускраћивање права и слободе зајемчене Уставом истовремено није поништио "*оспорено решење*", као битног услова за подношење захтева за Понављање поступка.

[27] Вид.: Закон о Уставном суду, чл. 89, ст. 2.

Закону продужен на *90 дана* од сазнања за разлог понављања (члан 178), што са аспекта правне сигурности странака представља значајно увећање.

У погледу момента рачунања субјективног рока у случају beneficium novorum, односно због постојања нових чињеница и доказа (тачка 1, став 1, члан 176), што је најчешћи разлог због кога се Понављање поступка користи као ванредно правно средство, требало би водити рачуна да важну новину у правном режиму жалбе представља могућност да се у њој изнесу и нове чињенице и нови докази, уз обавезу да се образложи због чега нису изнети у првостепеном поступку (члан 159, став 2), па би стога приликом рачунања субјективног рока за Понављање поступка, да би се избегла могућност злоупотребе, требало узети у обзир да ли се за нове чињенице и доказе по основу којих се тражи Понављање поступка, знало пре истека жалбеног рока. Ако се за нове чињенице сазнало или се стекла могућност да се нови докази изведу пре него што је истекао рок за жалбу, онда би се по том основу морала изјавити жалба, а не тражити Понављање поступка. У супротном, странка би имала могућност да приликом изјављивања жалбе свесно пропусти да наведе нове чињенице или доказе који би могли да доведу до другачијег решења управне ствари, чувајући их као правну могућност за касније подношење захтева за Понављање поступка, у случају да не буде задовољна исходном другостепеног управног поступка. Тиме би се управни поступак непотребно одуговлачио, а обесмислило би се увођења ове новине у правни режим жалбе.

У случају, пак, два нова разлога за Понављање поступка, везана за одлуку Уставног суда донету по уставној жалби и одлуку Европског суда за људска права донету у истој ствари, предвиђен је рок који износи *шест месеци* од објављивања одлуке у ”Службеном гласнику Републике Србије” (члан 178, став 1). Иако наведени рок представља сасвим примерен временски период да странка у таквим случајевима може да заштити своје право подношењем захтева за Понављање поступка, значајан проблем формално-правне природе у примени ове законске одредбе може да представља чињеница да се одлуке Уставног суда донете по основу уставне жалбе, по правилу, не објављују. Наиме, Законом о Уставном суду је изричито предвиђено да одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба ступа у правни поредак даном *достављања* учесницима у поступку (члан 89, став 4). Само изузетно, када Уставни суд то посебно одлучи у поступку решавања по уставној жалби, одлука о уставној жалби се објављује у ”Службеном гласнику Републике Србије”.

Такође, извесну новину у правном режиму овог ванредног средства представља и што сви наведени рокови за Понављање поступка данас подједнако важе и у случају када се поступак понавља по *службеној дужности* (члан 178. став 2). Са аспекта правне сигурности странке могло би се рећи да овакво решење представља одређено побољшање, па чак и да доприноси

”једнакоправности иницијатора” овог ванредног правног средстава,[28] пошто је до сада у случају Понављања поступка по службеној дужности орган увек био везан само објективним роком од пет година од достављања решења странци (члан 242, став 4). Међутим, да би странка заиста била у једнаком правном положају са органом управе, морала би да постоји могућност за проверу стварног момента сазнања овлашћеног службеног лица у органу управе за разлог због кога се управни поступак поновио по службеној дужности. За разлику од странке, орган увек има могућност да утврди моменат њеног сазнања за разлог понављања поступка, с обзиром на то да је дужност странке да у захтеву за Понављање поступка учини вероватним, не само постојање разлога због кога тражи да се поступак понови, већ и моменат сазнања за његово постојање (члан 179, став 1), како би орган могао да утврди благовременост поднетог захтева, као битног формално-правног услова за одлучивање о овом ванредном правном средству (члан 181, став 2). С обзиром на то да странка нема објективних могућности да поуздано утврди тачан моменат сазнања службеног лица у органу управе за разлог због кога се поступак понавља по службеној дужности, тешко је говорити о њиховој стварној једнакоправности. Са аспекта правне сигурности странке пре би се могло рећи да ова законска новина више има теоријски него практичан значај.

Када је у питању објективан рок за Понављање поступка, формално је остало исто решење, с обзиром на то да он и даље износи пет година од када је странка обавештена о коначном решењу (члан 178. став 3). Међутим, у новом Закону више нису предвиђена *одступања* од објективног рока, која су раније била везана за поједине разлоге за Понављање поступка, као што су били случајеви: ако је решење донесено на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака (тачка 2, став 1, члан 239); ако је решење било засновано на подлози пресуде донесеној у кривичном поступку или у поступку за привредни преступ која је правноснажно укинута (тачка 3, став 1, члан 239) или ако је било засновано на неком претходном питању које је надлежни орган касније битно другачије решио (тачка 5, став 1, члан 239), када је понављање поступка изузетно било могуће и након протека рока од пет година (члан 243, став 4). Постојање такве могућности било је од посебне важности за остваривање објективне законитости у управном поступку, с обзиром на то да је наступање оваквих разлога за Понављање поступка најчешће везано за протек знатно дужег временског периода, него код свих осталих разлога предвиђених за употребу овог ванредног правног средства.[29]

---

[28] Вид.: З. Томић, (2019) 74; З. Томић, (2018) 254-255.

[29] Иако је при изради нашег новог Закона као узор у значајној мери коришћен хрватски Закон о општем управном поступку из 2009. године (”Narodne novine”, br 47/2009), приликом креирања ове законске измене ипак није прихваћено хрватско решење. У Хрватској данас објективан рок за Обнову (понављање) поступка износи три године од доставе решења

Такође, при прописивању објективног рока подједнако за све законске разлоге за Понављање поступка, није вођено довољно рачуна ни о чињеници да просечно трајање управног спора пред Управним судом, као претходне претпоставке за подношење уставне жалбе, као и поступка по уставној жалби пред Уставним судом, као претпоставке подношења представке Европском суду за људска права, као и самог поступка пред Европским судом за људска права, износи више година, због чега управни поступак често неће моћи да се понови из формалног разлога који је везан за наступање застарелости, иако је странка успела у поступку са уставном жалбом пред Уставним судом или представком пред Европским судом за људска права. Тиме је и практични значај уношења ова два нова разлога за Понављање поступка у Закон о општем управном поступку у значајној мери умањен.

2.3. Остале новине у правном режиму понављања поступка

У погледу осталих елемената битних за правни режим Понављања поступка нису извршене измене суштинске природе. Са аспекта правне заштите странака највећи значај имају измене које се тичу иницијативе за коришћење овог ванредног правног средства, форме самог иницијалног акта којим се тражи Понављање поступка, као и форме аката којим се одлучује у поступку по овом ванредном правном средству.

У погледу *иницијативе* за коришћење овог ванредног правног средства новину представља *сужавање круга субјеката* легитимисаних за његово коришћење. Понављање поступка данас могу да користе, под законом прописаним условима, само странка и орган који је донео решење по службеној дужности (члан 177), али не више и јавни тужилац, који је до сада имао право да тражи Понављање поступка под истим условима као и странка (члан 240, став 4). Тиме је у управном поступку јавни тужилац остао правно легитимисан само за подношење жалбе, као основног редовног правног средства, у случају када ради заштите јавног интереса сумња у законитост донетог управног акта (члан 151, став 7), али не и за Понављање поступка. У вези изостављања јавног тужилаштва из круга субјеката легитимисаних за Понављање поступка интересантно је приметити да је у Предлогу Закона из 2012. године и Предлогу Закона из 2013. године било предвиђено право јавног тужиоца на подношење захтева за Понављање поступка. Такође, јавни тужилац је то право требало да има и према Нацрту Закона из јуна 2015.

странци (чл. 123, ст. 1), али су предвиђени и разлози због којих се поступак може поновити без икаквог временског ограничења, као што су случајеви: ако је решење донесено на темељу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или је последица каквог кривичног дела; ако се решење темељи на пресуди донесеној у судском поступку, а та је пресуда правноснажно укинута; или ако се решење темељи на претходном питању, а надлежни суд или јавноправно тело о том је питању касније одлучило у битном тачкама другачије (чл. 123, ст. 2).

године, који је био на јавној расправи која је претходила усвајању данас важећег Закона. Интересантно да је данас у Хрватској, чији је Закон о опћем управном поступку, као што смо већ истакли, служио као узор при изради нашег Закона, круг субјеката легитимисаних за Обнову (понављање) поступка неупоредиво шире одређен, и то не само тиме што је право предлога за обнову поступка признато и јавном тужиоцу (државном одвјетнику), већ и другим овлашћеним државним телима, под истим условима као и странци (члан 123, став 4).

Остале измене које су извршене у правном режиму овог ванредног правног средства су више формалне природе и нису од суштинског значаја за питање правне заштите странака у управном поступку. Тако је иницијални акт којим странка од надлежног органа тражи Понављање поступка уместо ”предлога” (члан 245) преименован у ”захтев” (члан 181).[30] Као последица промена у називу одлука које се данас доносе у управном поступку,[31] делимично су измењени и називи аката којим се одлучује у поступку по овом ванредном правном средству. Наиме, уместо решења и закључка (члан 246), данас се у поступку одлучивања по захтеву за Понављање поступка увек доноси акт у форми *решења* (главног или процесног). У питању су: решење о одбацивању или одбијају захтева за Понављање поступка (члан 181, став 2), решење којим се дозвољава понављање поступка и одређује обим у коме ће се поступак поновити (члан 181, став 3), као и главно решење о управној ствари која је била предмет поновљеног поступка (члан 182, став 3). Као последица промена у правном режиму одлука које се доносе у управном поступку,[32] данас постоји могућност да се против свих ових решења изјави жалба, осим у случају ако је решење о понављању поступка донео другостепени орган, када се може непосредно покренути управни спор.[33]

У погледу свих осталих важнијих процесних правила код овог ванредног правног средства нема значајнијих измена. У вези одложног дејства захтева за Понављање поступка и даље је основно правило да поднети захтев нема аутоматско суспензивно дејство у односу на решење поводом кога се

---

[30] И погледу овог питања терминолошке природе направљена је разлика у односу на Хрватску, где се иницијални акт за обнову поступка назива ”предлог” (чл. 124), мада се на једном месту говори и о ”захтеву” (чл. 123, ст. 1. ”Обнова поступка у које је донесено рјешење против којег се не може изјавити жалба може се покренути на *захтјев* странке или по службеној дужности у року од три године од дана доставе рјешења странци”.), што је вероватно била последица недовољне пажње при редакцији законског текста.

[31] Вид.: З. Лончар, ”Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије”, *Зборник трудова ”Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот”*, Правни факултет ”Јустинијан први” во Скопје, Охрид 5-7. мај 2017, 107-108.

[32] Вид.: Д. Милков, (2017) 210-211.

[33] Вид.: З. Томић, (2019) 75.

Понављање поступка тражи (члан 180, став 1), као и да надлежни орган може изузетно својим решењем да одложи извршење решења против кога је поднет захтев за Понављање поступка, под истим условом као и до сада: да би извршење странци нанело тешко надокнадиву штету, да одлагање извршења није противно јавном интересу и да тиме не би била нанета већа или ненадокнадива штета противној странци или трећем лицу (члан 180, став 2). Такође, решење којим се дозвољава понављање поступка и даље има аутоматски суспензивно дејство, односно одлаже извршење коначног решења донетог у претходно вођеном управном поступку (члан 181, став 4). Ни у погледу надлежности органа за одлучивање о Понављању поступка нема битнијих новина. И даље се захтев за Понављање поступка увек предаје првостепеном органу, и о њему одлучује орган који је донео коначно решење (члан 181, став 1.). Радње у поновљеном поступку увек предузима орган који је дозволио понављање, при чему, по налогу другостепеног органа такве радње може да предузме изузетно и првостепени орган, ако их он може брже и економичније спровести (члан 182, став 1 и 2). Након поново спроведеног поступка и даље постоје две могућности: потврђивање ранијег решења, у случају када се покаже да разлог због кога је поступак поновљен није био таквог значаја да би довео до другачије одлуке и замена ранијег решења новим решењем, другачије садржине. С обзиром на опште законско правило о максималној дужини трајања управног поступка (члан 178), решење у поновљеном поступку би се, такође, морало донети у року од 60 дана од поднетог захтева за Понављање поступка.

3. ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

За већину измена које су извршене у правном режиму Понављања поступка може се рећи да су више формалне него суштинске природе, те да стога имају мали значај за правну заштиту странака у управном поступку. Највећи значај имају измене извршене у погледу разлога за Понављање поступка, као најважнијег елемента правног режима овог ванредног правног средства, а које се односе, пре свега, на прописивање два нова разлога везана за одлуку Уставног суда и Европског суда за људска права, захваљујући којима се данас управни поступак може поновити и у случају ако је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење, и ако је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена. Њихово прописивање би требало да буде од значаја за подизање нивоа правне заштите странака у управ-

ном поступку, као и за могућност остваривања већег степена објективне законитости у овој врсти правног поступка. Међутим, услед недовољно прецизне законске формулације услова неопходних за понављање поступка, везаних за одлуку Уставног суда донету по уставној жалби, а посебно због неадекватно одређеног објективног рока за подношење захтева за Понављање поступка, који је непримерено кратак за ову врсту разлога, практичан значај увођења два нова разлога за Понављање поступка у значајној је мери умањен. Управни поступак у пракси често неће моћи да се понови услед ових нормативних пропуста, без обзира на то што је Уставни суд констатовао повреду или ускраћивање неког уставног права или слободе о коме је одлучено управним актом или зато што је Европски суд за људска права утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена претходно донетим решењем у управном поступку.

За остале новине у правном режиму Понављања поступка се не може рећи да су од већег значаја за правну заштиту странака у управном поступку, какав је случај са, на пример, језичким преформулацијама појединих разлога за Понављање поступка или њиховим спајањем у један нови разлог, као и са везивањем органа управе субјективним роком у случају Понављања поступка по службеној дужности. Такође, остваривању већег степена објективне законитости никако не доприноси ограничавање временског периода за Понављање поступка објективним роком од пет година у случајевима као што су, на пример, постојање лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или неког другог кривичног дела на основу кога је решење донето, као ни када је надлежни орган о претходном питању на коме је решење било засновано накнадно и у битним тачкама другачије правноснажно одлучио, или када је решење било засновано на пресуди суда или одлуци другог органа која је касније правноснажно преиначена, укинута или поништена. Исто тако, подизању нивоа правне заштите странака, а посебно већем степену објективне законитости у управном поступку, не доприноси ни изостављање јавног тужиоца, као државног органа надлежног да ради заштите јавног интереса предузима мере ако сумња у законитост било ког правног акта, у које спадају и решења донета у управном поступку, из круга субјеката легитимисаних за подношење захтева за Понављање поступка.

Због свега тога сматрамо да би будућу законодавну ревизију, на коју верујемо да неће морати још дуго да се чека, због бројних пропуста који се у пракси готово свакодневно показују, а од којих неки представљају и значајна одступања од европских стандарда рада управе, што је својевремено био један од најважнијих разлога који су навођени у прилог доношење новог Закона,[34]

[34] Вид: Д. Милков, ”О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске Уније”, *Зборник радова ПФНШ* 68/2014, 84-89; З. Лончар, ”Неостваривање европских

требало искористи да се, између осталог, и кроз одговарајуће законске измене учине потпуно примењивим два новоуведена разлога за Понављање поступка, везана за одлуку Уставног суда донету по уставној жалби и Европског суда за људска права донету по основу представке неког нашег грађана као странке у управном поступку. У том случају би се за законске новине у Понављању поступка могло рећи да заиста могу да допринесу бољој правној заштити странака у управном поступку. У супротном, и даље ће служити да недовољно упућеном читаоцу законски текст само лепше изгледа, а странкама у управном поступку неће бити од већег значаја!

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Васиљевић Драган, ”Концепт ванредних правних средстава по новом Закону о општем управном поступку”, *Правни живот*, 10/2016.

Димитријевић Предраг, ”Правна средства у новом ЗУП-у Републике Србије”, *Зборник ”Искуства од примената на новите закони за опште управна постапка во земјите од регионот*”, Охрид 2017.

Димитријевић Предраг, „Реформа ванредних правних лекова у управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 44/2004;

Димитријевић Предраг, *Управно право*, Ниш 2016.

Милков Драган, ”О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске Уније”, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 68/2014.

Милков Драган, ”Правна средства у управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом* Саду, 2/2006.

Милков Драган, *Управно право II*, Нови Сад 2017.

Милков Драган, Ратко Радошевић, ”Приговор у управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2018.

Лилић Стеван, *Закон о општем управном поступку – Анатомија законског пројекта са моделом за генералну реконструкцију ЗУП-а*, Београд 2019.

Лилић Стеван, Манојловић-Андрић Катарина, Голубовић Катарина, *Практична примена новог ЗУП-а*, Београд 2019.

Лончар Зоран, ”Ванредна правна средства у управном поступку у Републици Србији”, *Правна ријеч,* 58/2019.

Лончар Зоран, „Модернизација управног поступка“, *Зборник „Актуелна питања савременог законодавства“*, Будва 2010.

Лончар Зоран, „Нека питања реформе управно-процесног законодавства“, *Правни живот*, 10/2013.

Лончар Зоран, ”Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку Републике Србије”, *Зборник ”Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот”*, Охрид 2017.

стандарда у управном поступку у Србији”, *Зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*“, Правни факултет, Нови Сад 2018, 371-388.

Лончар Зоран, ”Неостваривање европских стандарда у управном поступку у Србији”, *Зборник „Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*“, Нови Сад 2018.
Лончар Зоран, ”О Нацрту Закона о општем управном поступку”, *Правна ријеч,* 35/2013.
Лончар Зоран, ”Овлашћено службено лице у управном поступку”, *Правни живот*, 10/2017.
Лончар Зоран, „Пледоаје за нови Закон о општем управном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 3/2009.
Лончар Зоран, ”Поништавање и укидање решења у управном поступку”, *Правни живот* 10/2019.
Лончар Зоран, ”Правна средства у новом Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2017.
Томић Зоран, *Опште управно право*, Београд 2018.
Томић Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку*, Београд 2017.
Томић Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку, Београд* 2019.
Томић Зоран, Миловановић Добросав, Цуцић Вук, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Београд 2017.

Извори

Устава Републике Србије, ”*Службени гласник РС*”, бр. 98/2006.
Закон о кривичном поступку, ”*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 55/2014 и 35/2019.
Zakon o općem upravnom postupku, ”*Narodne novine RH*”, br 47/2009.
Закон о општем управном поступку, ”*Службени гласник РС*”, бр. 18/2016 и 95/2018.
Закон о општем управом поступку, ”*Службени лист СРЈ*”, бр. 33/1997, 31/2001 и ”*Службени гласник РС*”, бр. 30/2010.
Закон о парничном поступку, ”*Службени гласник РС*”, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 и 87/2018.
Закон о прекршајима, ”*Службени гласник РС*”, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016.
Закон о управним споровима, ”*Службени гласник РС*”, бр. 111/2009.
Закона о Уставном суду, ”*Службени гласник РС*”, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015 и 40/2015.
Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ”*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*”, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 и ”*Службени гласник РС – Међународни уговори*”, бр. 12/2010.

Zoran J. Lončar, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

Reopening the Administrative Procedure

Abstract: *The new General Administrative Procedure Act of 2016 introduced a number of innovations in the system of extraordinary legal remedies. From the aspect of legal protection of the parties, the most should have been expected from the changes regarding the Reopening since it is an extraordinary legal remedy, which is by far the most commonly used in administrative practice, due to its existence of process material that was unknown during the conducting of the process. However, the legal regime of this extraordinary remedy has only slightly changed. The basic changes concerns the reasons for the reopening, the time limits within which it can be used, and the circle of entities legally legitimized for filing a reopening. Regarding the reasons for reopening, as the most important element of the legal regime, only minor linguistic corrections were made and only two new reasons were added, due to which the administrative procedure in Serbia today can be reopened even if the Constitutional Court of the Republic of Serbia is in the same administrative matter, the constitutional complaint, found a violation or denial of the human or minority rights and freedoms guaranteed by the Constitution, while not annulling the impugned decision, as well as if the European Court of Human Rights subsequently found in the same administrative matter that rights or freedom of the applicant are violated or denied. Due to the inadequately set objective deadline for filing a Reopening Procedure, which is inappropriately short for this type of reason, the practical importance of prescribing these two new Reopening procedure grounds is greatly diminished. In addition, by omitting the Public Prosecutor, the circle of entities legally legitimized for the Reopening is reduced only to the party from the administrative procedure and the administrative body that issued the final administrative act, which can be repeated ex officio, which in no way contributes, not only to improvement legal protection of the parties to the proceedings, but also the possibility of achieving a greater degree of objective legality in resolving administrative matter.*

Keywords: *administration, administrative procedure, remedies, extraordinary remedies, reopening of administrative procedure.*

Датум пријема рада: 23.04.2020.

Оригинални научни рад 347.724:347.72.035
doi:10.5937/zrpfns54-26336

Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

РАСПОДЕЛА ДОБИТИ ЧЛАНОВИМА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ И РАЗЛИКЕ У ОДНОСУ НА ДРУГЕ ИСПЛАТЕ КОРПОРАТИВНО-ПРАВНОГ КАРАКТЕРА*

Сажетак: *С обзиром на то да у домаћој научно-стручној литератури постоји релативно велик број научних и стручних радова који се баве економском проблематиком политике исплате добити (дивиденде), те да су малобројни они који су посвећени правним аспектима расподеле добити, предмет разматрања у овом раду биће анализа регулативе која се односи на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу. Такође, с обзиром на то да у пословној пракси често не постоји исправно схватање правне природе различитих врста исплата члановима друштва с ограниченом одговорношћу које своје порекло такође воде из истог иницијалног књиговодственог извора средстава – билансне добити, у раду ће бити извршено и јасно разграничење исплате добити у односу на друге врсте исплата корпоративно-правног карактера.*

Кључне речи: *друштво с ограниченом одговорношћу, расподела добити (дивиденде), расподела међудивиденде, билансна добит, ограничења плаћања.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У домаћој научно-стручној литератури постоји релативно велик број текстова који се баве економском проблематиком политике исплате добити

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту: „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2020. години, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

(дивиденде)[2], али постоје малобројни научни радови посвећени правним аспектима расподеле добити. Стога ће предмет разматрања у овом раду бити анализа регулативе која се односи на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу. У делу Закона о привредним друштвима (даље у тексту: ЗПД)[3] који се односи на друштва с ограниченом одговорношћу закон садржи само неколико одредби које се директно односе на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу.[4] У вези са осталим правилима која се односе на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу утврђена је сходна примена норми о расподели добити (дивиденде) акционарима акционарског друштва. „На исплату добити члановима друштва сходно се примењују одредбе овог закона о исплати дивиденде и међудивиденде акционарима.“[5]

Ипак, пре него што пређемо на анализу конкретних правила о расподели добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу, у раду ће прво бити извршено јасно разграничење исплате добити од других врста корпоративно-правних исплата члановима друштва која своје порекло такође воде из истог иницијалног књиговодственог извора средстава – билансне добити. Правилно разликовање расподеле добити од других корпоративно--правних основа допуштених плаћања и разликовање допуштених од недопуштених плаћања може бити од помоћи и пореским органима приликом правилног опредељења пореског третмана конкретне исплате члану друштва тј. да ли се конкретна исплата има сврстати у порез на учешће у расподели добити (порез на дивиденду)[6], порез на капитални добитак[7] или узимање из имовине друштва у случају недопуштених плаћања.[8] Коначно, поједина допуштена плаћања су порески неутрална (враћање додатних уплата и враћање зајма члану без камате).

Дакле, генерално исплате члановима друштва с ограниченом одговорношћу могу бити допуштене или недопуштене.

---

[2] Вид. опширније о томе код: Горан Шијан, Саша Граовац, Хусеин Мехмедовић, „Расподела нето добитка са посебним освртом на улагања у традиционалне финансијске инструменте“, *Анали Економског факултета у Суботици*, 37/2017, 299-309, Маја Арсић-Трајковић, Братислав Петковић, Душан Павловић, „Нешто о дивиденди“, *Економика*, 3-4/2008, 202-208, Љубица Комазец, „Расподела добити у функцији формирања финансијског капитала“, *Анали Економског факултета у Суботици*, 6/2001, 255-262 и Лидија Барјактаровић, Маја Димић, „Анализа утицаја савремених финансијских концепата на пословне преформансе предузећа у Србији“, *Индустрија*, 1/2020, 7-20.

[3] Закон о привредним друштвима, „Сл. Гласник РС“ бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/19 (даље у фуснотама: ЗПД).

[4] Вид. ЗПД, чл. 182 -185, чл. 200, ст. 1, тач. 6. и чл. 211, ст. 2, тач. 4.

[5] ЗПД. чл. 183, ст. 1 у вези са применом чл. 270-275.

[6] Вид. ЗПДГ, чл. 61, ст. 1, тач. 2.

[7] Вид. ЗПДГ, чл. 72-80.

[8] Вид. ЗПДГ, чл. 61, ст. 1 тач. 4.

Исплате које су извршене уз постојање одговарајућег правног основа заснованог на допуштеном правном основу у складу са законом и оснивачким актом (дефинисана плаћања) уз истовремено поштовање одредби о ограничењима плаћања из ЗПД сматрају се допуштеним плаћањима.

Правни основ за извршење исплате члану друштва може бити заснован на чланству у друштву тј. бити корпоративно-правног карактера (као такав он настаје у складу са одредбама ЗПД и оснивачким актом) или облигационо-правног карактера, када исплата члану не проистиче из чланства у друштву, већ се заснива у складу са одредбама неког другог закона (нпр. Закона о облигационим односима – даље у тексту ЗОО[9]).

Исплате корпоративно-правног карактера су оне које се заснивају на чланству у друштву и у складу са ЗПД и оснивачким актом могу бити извршене по основу: 1. учешћа у расподели добити; 2. учешћа у расподели ликвидационог остатка; 3. враћања додатних уплата; 4. откупа сопственог удела; 5. повлачења и поништења удела у власништву члана друштва; 6. иступања из друштва уз постојање оправданог разлога и 7. исплата несагласног члана друштва с ограниченом одговорношћу.

Исплате облигационо-правног карактера тј. у складу са одредбама неког другог закона (нпр. ЗОО) у пракси најчешће се односе на повраћај зајма који је члан дао друштву.

Недопуштене су оне исплате које су извршене без постојања одговарајућег правног основа (недефинисана плаћања) било корпоративно-правног, било облигационо-правног карактера или уз постојање допуштеног правног основа (дефинисана плаћања) у складу са законом и оснивачким актом али уз повреду одредби о ограничењима плаћања из ЗПД. Одредбе о ограничењима плаћања регулишу околности под којима друштву није дозвољено да својим члановима врши дефинисана плаћања.[10]

Исплате без постојања одговарајућег правног основа (недефинисана плаћања) представљају забрањена узимања из имовине друштва која су истовремено санкционисана нормама ЗПД[11], пореским прописима[12] и општим правилима из ЗОО о стицању без основа.[13]

---

[9] Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020 (даље у фуснотама: ЗОО), чл. 557-566.

[10] Јована Величковић, „Ограничења плаћања члановима друштава капитала (општи поглед)“, *Право и привреда*, 4-6/2019, 294.

[11] Вид. ЗПД, чл. 69, ст. 1, тач. 1 у вези са чл. 61.

[12] Вид. Закон о порезу на доходак грађана, „Службени Гласник РС“ бр. 24/2001...5/2020 (даље у фуснотама: ЗПДГ), чл. 61, ст. 1 тач. 4.

[13] Вид. ЗОО, чл. 210-219.

2. БИЛАНСНА ДОБИТ КАО ИНИЦИЈАЛНИ КЊИГОВОДСТВЕНИ ИЗВОР СРЕДСТАВА ЗА ИСПЛАТУ ДОБИТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ИСПЛАТЕ ДОБИТИ И ДРУГИХ КОРПОРАТИВНО-ПРАВНИХ ОСНОВА ИСПЛАТЕ ЧЛАНОВИМА КОЈЕ СВОЈЕ ПОРЕКЛО ТАКОЂЕ ВОДЕ ИЗ ИСТОГ ИНИЦИЈАЛНОГ КЊИГОВОДСТВЕНОГ ИЗВОРА СРЕДСТАВА (БИЛАНСНЕ ДОБИТИ)

Билансна добит исказује се у годишњем финансијском извештају у оквиру пасиве биланса стања у оквиру капитала.[14] Она представља збир нето добити (добити из претходне пословне године за коју се сачињава финансијски извештај)[15] и већ исказане нераспоређене добити из ранијих пословних година које претходе претходној пословној години за коју се сачињава годишњи финансијски извештај.[16]

На овом месту, међутим, треба јасно истаћи да сама билансна добит није дивиденда и не мора бити опредељена за исплату добити члановима друштва. Постојање билансне добити не ствара аутоматски имовинско-правни захтев (потраживање) чланова према друштву да им буде исплаћена добит и њено постојање не значи само по себи да ће добит бити исплаћена члановима. Једно од основних чланских имовинских права које проистиче из власништва над уделом у друштву с ограниченом одговорношћу је право члана на учешће у расподели добити.[17] То, међутим, није гарантовано право члана, већ апстрактно (условљено) право које своју конкретизацију добија тек након доношења одлуке о расподели добити. Пре доношења одлуке о расподели добити из власништва над уделом проистиче само будуће неизвесно и по свом износу неодређено потраживање за исплату добити.[18] Стога конкретан имовинско-правни захтев (потраживање) члана за исплату добити по основу права на учешће у расподели добити настаје тек на основу конкретне одлуке скупштине друштва о расподели добити и не постоји пре њеног доношења. Другим речима, тек доношењем одлуке о расподели добити настаје облигациони однос између друштва као дужника и члана

---

[14] Билансна позиција капитала АОП (0401)

[15] Нето добит се добија тако што се од свих прихода за једно рачуноводствено раздобље (нпр. за једну пословну годину) одузму сви расходи, па се од евентуалне позитивне разлике одбије порез на добит. Исказује се у оквиру капитала на билансној позицији АОП (0419) на конту 341.

[16] Нераспоређена добит је добит која је формирана из пословних година које су претходиле години за коју се саставља финансијски извештај и која није исплаћена члановима друштва. Исказује се у оквиру капитала на билансној позицији АОП (0418) на конту 340.

[17] Вид. ЗПД, чл. 152, ст.1, тач. 2.

[18] Thomas Reiser, *Recht der Kapitalgesellschaften – Ein handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2. Auflage, München 1991, 432.

као повериоца за исплату конкретне добити опредељене одлуком о расподели исте.[19]

Друштво, међутим, није у обавези да билансну добит расподели члановима тј. да донесе одлуку о расподели добити. Наиме, у складу са вољом друштва као посебног субјекта права (правног лица) одговарајућим скупштинским одлукама у складу са законом и оснивачким актом, уместо исплате добити (дивиденде) члановима друштва билансна добит може се трансформисати (распоредити) у правцу покрића губитака, формирања средстава резерви (наменске, ненаменске), повећања основног капитала из нето имовине друштва (нераспоређене добити) или у изостанку било које од тих одлука остати нераспоређена. Дакле, искључиво је право друштва да билансну добит остави нераспоређену (не постоји обавеза друштва да билансну добит расподели члановима), те да само одабере тренутак да ли ће, када и у ком смеру у складу са својим тренутним правно-економским интересима исту расподелити члановима, распоредити (трансформисати) у неком другом правцу или је оставити нераспоређену. Дакле, билансна добит је само иницијални књиговодствени извор средстава који се може расподелити члановима или распоредити у више наведених праваца у зависности од воље друштва и створеног корпоративно-правног основа, па исплате члановима које иницијално порекло воде из тог извора не представљају увек исплату добити иако је у том термину садржана језичка одредница „добит“.

У том смислу треба правити јасну правну разлику између исплата члановима које се врше на основу одлуке о расподели добити директно на терет билансне добити и исплата које се члановима могу у складу са ЗПД извршити из средстава резерви (нпр. приликом откупа сопственог удела[20], иступања из друштва из оправданог разлога[21] или повлачења и поништења удела у власништву члана друштва[22]) независно од тога што се средства резерви путем скупштинске одлуке о формирају истих у складу са ЗПД и оснивачким актом такође књиговодствено формирају на терет билансне (нераспоређене) добити, тј. из истог иницијалног књиговодственог извора средстава.

Дакле, билансна добит је само иницијални књиговодствени извор средстава. Она се даље може расподелити или распоредити. Зато треба јасно разликовати два израза: расподелу и распоређивање билансне добити. О расподели добити је реч искључиво када се донесе одлука о расподели добити која узрокује директну исплату на терет билансне добити. У свим осталим поменутим случајевима билансна добит првобитно се распоређује

[19] Вид. Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, 3. издање, Нови Сад 2018, 219.

[20] Вид. ЗПД, чл. 157-159.

[21] Вид. ЗПД, чл. 188-193.

[22] Вид. ЗПД, чл. 155.

(трансформише) у резерве које имају другачију правно-економску сврху, и где се до исплате члановима долази кроз две фазе. Прво се формирају средства резерви за одређену намену[23], па се тек онда врши исплата на терет средстава резерви, а не директно на терет билансне добити. Из свих поменутих разлога проистиче да исплата накнаде (цене) члану по основу откупа сопственог удела[24], иступања члана из друштва из оправданог разлога уз исплату накнаде и исплата накнаде члану у случају повлачења и поништења удела не представљају исплату добити, већ исплате по другим корпоративно-правним основима које захтевају испуњење другачијих правних претпоставки и доношење корпоративних одлука које се већ на први поглед пратећи систематику ЗПД разликују од одлуке о расподели добити.[25] Осим тога за разлику од исплате добити која се увек заснива на једнострано теретном правном послу – одлуци о расподели добити, и где друштво у случају исплате добити не стиче право на било какву противчинидбу од члана друштва, исплата накнаде по основу откупа сопственог удела, исплата накнаде члану који из оправданих разлога иступа из друштва и исплата несагласног члана друштва с ограниченом одговорношћу, заснивају се на двострано-теретним правним пословима у којима друштво за исплату накнаде стиче

[23] Вид. ЗПД, чл. 157, ст. 4. „У случају откупа удела или дела удела од члана друштва, исплату накнаде по основу стицања сопственог удела друштво може вршити само из резерви које се могу користити за те намене“, чл. 189, ст. 1, тач. 1: „Друштво може исплаћивати накнаду за удео члану друштва који је иступио само из средстава резерви друштва које се могу користити за те намене“ и чл. 191, ст. 2: „До потпуне исплате накнаде удела члану који је иступио из друштва, друштво не може делити добит својим члановима и дужно је да сву остварену добит распоређује у резерве.“ Према Правилнику о контном оквиру и садржини рачуна за привредна друштва, задруге и предузетнике, „Сл. Гласник РС“, бр. 95/2014, чл. 25, ст. 1 и 3: „На рачунима групе 32 – Резерве, исказују се резерве из добити (законске, статутарне и друге), а на рачуну 322 – Статутарне и друге резерве, исказују се резерве које се формирају у складу са општим и другим актом правног лица и предузетника“.

[24] Вид. ЗПД, чл. 60, ст. 2.

[25] У случају откупа сопственог удела доносе се одлука о формирању средстава резерви, одлука о откупу сопственог удела и закључује се уговор о преносу удела уз накнаду између друштва и члана у складу са чл. 157 ЗПД, у случају исплате накнаде члану који иступа из друштва из оправданог разлога поступа се у складу са чл. 188-193 ЗПД, у случају исплате накнаде члану чији се удео повлачи и поништава поступа се у складу са чл. 155 ЗПД, у случају исплате накнаде несагласном члану друштва с ограниченом одговорношћу поступа се у складу са чл. 474-477. У вези са откупом сопственог удела и иступањем члана из друштва с ограниченом одговорношћу видети опширније код Владимир Марјански, „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 671-681, Стеван Шогоров, „Правни статус сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2010, 27-36 и Стеван Шогоров, „Стицање сопственог удела од стране друштва с ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, 4-6/2010, 43-52 и Владимир Марјански, „Иступање члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, 4-6/2016, 753-766.

право својине на целокупном или делу удела члана друштва тј. за последицу имају пренос целокупног или дела удела са члана на друштво. Након тако спроведених послова друштво заправо стиче сопствени удео.[26] У том смислу исплате које за свој иницијални књиговодствени извор средстава имају билансну добит могу проистицати из једнострано теретних или двострано теретних правних послова, па их и по том критеријуму треба јасно разликовати.

3. ВРСТЕ РАСПОДЕЛЕ ДОБИТИ

Постоје две врсте расподеле добити: 1. расподела добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају и која приликом исплате терети искључиво добит из претходних пословних година – нераспоређену добит исказану у редовном годишњем финансијском извештају и 2. расподела привремене дивиденде (међудивиденде) тј. расподела добити која се заснива на ванредном финансијском извештају сачињеном за ту намену и која приликом исплате терети текућу добит предвиђеног обрачунског периода за који се исплаћује и која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају.

Дакле, суштинска разлика између тзв. редовне расподеле добити и расподеле привремене дивиденде (међудивиденде) је у томе која се књиговодствена средства терете за конкретну исплату добити: исказану добит из претходних пословних година (тзв. нераспоређену добит) или добит из текуће пословне године (текућа добит) која није још исказана тј. обухваћена редовним годишњим финансијским извештајем и чија је исплата условљена претходним усвајањем ванредног финансијског извештаја сачињеног за ту намену.

[26] Из тог разлога исплате које проистичу из одлуке о расподели добити и учешћа у расподели добити са пореског аспекта спадају у приходе од капитала (порез на учешће у расподели добити у складу са ЗПДГ, чл. 61, ст., 1, тач. 2), а исплате накнаде по основу откупа сопственог удела, исплата накнаде члану за удео због иступања из друштва из оправданог разлога и исплата несагласног члана друштва с ограниченом одговорношћу у порески третман пореза на капиталне добитке у складу са ЗПДГ, чл. 72-80 (када је преносилац удела физичко лице) и у складу са чл. 27-33 Закона о порезу на добит правних лица (када је преносилац удела правно лице), јер се тада накнада исплаћује као противчинидба за пренос удела у правном лицу. Различит порески третман исплате добити и исплате накнаде за откуп сопственог удела исказан је и у следећим Мишљењима Министарства Финансија Републике Србије: бр. 430-00-142/2018-04 од 22.06.2018. године, бр. 430-00-610/2018-04 од 18.12.2018. и бр. 430-00-235/2018-04 од 19.2.2019. Коначно, у погледу правно-економских разлика и различитог пореског третмана исплате добити и стицања сопственог удела (акција) видети монографију посвећену искључиво том питању: Susann Pochop, *Erwerb eigener Aktien als Alternative zur Dividendenzahlung: Der Einfluss der Besteuerung auf die Vermögensposition der Aktionäre*, Deutscher Universitätsverlag, 2004.

3.1. Расподела добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају

3.1.1. Усвајање редовног годишњег финансијског извештаја као правна претпоставка доношења одлуке о расподели добити

Расподела добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају изазива исплату члановима друштва која терети искључиво нераспоређену добит из претходних пословних година исказану у билансу стања као саставном делу редовног годишњег финансијског извештаја.[27] Стога је пре евентуалног доношења одлуке о расподели добити неопходно претходно усвојити редовни годишњи финансијски извештај за претходну пословну годину.

Годишњи финансијски извештај је финансијски извештај који се односи на једну целу претходну пословну годину. Пословна година се, по правилу, поклапа са календарском годином.[28] Годишњи финансијски извештај усваја се на редовној скупштини друштва која се одржава једном годишње, најкасније у року од шест месеци од завршетка пословне године.[29] Ова одредба ЗПД надовезује се на одредбе Закона о рачуноводству. У складу са Законом о рачуноводству правна лица, односно предузетници дужни су да редовне годишње финансијске извештаје за извештајну годину доставе Агенцији за привредне регистре, ради јавног објављивања, најкасније до 30. јуна наредне године, осим ако посебним законом није друкчије уређено.[30]

---

[27] Саставни делови редовног годишњег финансијског извештаја прописани су у чл. 2 Закона о рачуноводству „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013, 30/2018 и 73/2019 – др. закон. У зависности величине правног лица и међународних рачуноводствених стандарда који се примењују редовни годишњи финансијски извештај увек се састоји из најмање два документа: биланса стања и биланса успеха, али може да обухвата и извештај о осталом резултату, извештај о променама на капиталу, извештај о токовима готовине и напомене уз финансијске извештаје.

[28] Дефиниција пословне године дата је кроз дефиницију пореског периода у чл. 38, ст. 1-3 Закона о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“ бр. 25/2001...бр. 86/2019“: „Порески период за који се обрачунава порез на добит је пословна година. Пословна година је календарска година, осим у случају престанка или отпочињања обављања делатности у току године, укључујући и статусне промене, покретања поступка стечаја или ликвидације, као и у случају обуставе стечајног поступка услед продаје стечајног дужника као правног лица, односно обуставе поступка ликвидације, у току године. На захтев пореског обвезника који је добио сагласност министра финансија, односно гувернера Народне банке Србије, да саставља и приказује финансијске извештаје са стањем на последњи дан пословне године која је различита од календарске, надлежан порески орган одобрава решењем да се пословна година и календарска година разликују, с тим да порески период траје 12 месеци. Тако одобрени порески период обвезник је дужан да примењује најмање пет година.“

[29] Вид. ЗПД, чл. 264, ст. 1.

[30] Закон о рачуноводству, чл. 33, ст. 1.

Дакле, до усвајања годишњег финансијског извештаја скупштина друштва не може донети одлуку о расподели добити.[31] Ипак, ради правилног разумевања наведеног треба навести следећи пример. Уколико претпоставимо да је данас 5. април 2020. године, а да годишњи финансијски извештај за претходну 2019. годину још није усвојен, није могуће донети одлуку о расподели добити којом би била обухваћена добит из 2019. године, јер она још није исказана. Насупрот томе, и даље је могуће донети одлуку о расподели добити која би теретила тзв. „стару" нераспоређену добит тј. добит претходних година исказану у раније усвојеном финансијском извештају за 2018. годину.[32] Стога, да би била донета ваљана одлука о расподели добити, којом би била обухваћена и добит из претходне пословне године, неопходно је да је претходно на редовној скупштини друштва усвојен годишњи финансијски извештај за претходну пословну годину.

Дакле, с обзиром на то да се одлука о расподели добити заснива на редовном годишњем финансијском извештају, јасно је да истој претходи усвајање годишњег финансијског извештаја. Такође, с обзиром на то да се одлука о расподели добити заснива на редовном годишњем финансијском извештају у којем се исказује нераспоређена добит (добит из претходних година) која се може теретити за исплату добити, правна ваљаност одлуке о расподели добити је у тесној вези са правном ваљаношћу одлуке о усвајању годишњег финансијског извештаја. У прилог томе говори и следећа одредба ЗПД у делу о акционарским друштвима која се сходно примењује и на друштво с ограниченом одговорношћу.[33] Ако је пресудом поништена одлука о усвајању годишњих финансијских извештаја друштва, сматраће се да је и одлука о расподели добити за ту пословну годину поништена истом пресудом и акционари (чланови код доо) ће бити у обавези да сву дивиденду примљену по основу те одлуке врате друштву у року од 30 дана од дана правноснажности пресуде.[34]

Коначно, након доношења одлуке о расподели добити није неопходно извршити измене постојећег и усвајање измена постојећег (раније усвојеног) годишњег финансијског извештаја, независно од чињенице што ће након исплате добити износ нераспоређене добити исказан у последњем усвојеном и регистрованом годишњем финансијском извештају бити умањен. Та врста рачуноводственог догађаја исказује се у првом следећем редовном годишњем финансијском извештају.[35]

---

[31] Вид. ЗПД, чл. 370, ст. 2.

[32] Исто тако из „старе" нераспоређене добити могу се формирати и наменске резерве.

[33] Одредбе о побијању одлука скупштине садржане у делу регулативе о акционарским друштвима (ЗПД, чл. 376-381) у складу са чл. 217 ЗПД сходно се примењују и на побијање одлука скупштине друштва с ограниченом одговорношћу.

[34] ЗПД, чл. 380.

[35] Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 4. Auflage, München 1999, 755.

3.1.2. Одлука о расподели добити као основ настанка имовинско-правног захтева члана према друштву за исплату добити

Као што је већ истакнуто, једно од основних чланских имовинских права које проистиче из власништва над уделом у друштву с ограниченом одговорношћу је право члана на учешће у расподели добити.[36] То, међутим, није гарантовано право члана, већ апстрактно (условљено) право које своју конкретизацију добија тек након доношења одлуке о расподели добити. Другим речима, не активира се аутоматски имовинско-правни захтев члана према друштву да му буде исплаћена добит самим успешним завршетком пословне године за коју ће у финансијском извештају бити исказана билансна добит.[37] Имовинско-правни захтев за исплату добити (дивиденде) може настати тек после доношења одлуке о расподели добити. Стога конкретан правни основ за настанак захтева члана за исплату добити по основу права на учешће у расподели добити настаје тек на основу конкретне одлуке скупштине друштва о расподели добити и не постоји пре њеног доношења. У прилог томе говори и следећа одредба ЗПД која се сходно примењује и на друштво с ограниченом одговорношћу[38], а која гласи: "После доношења одлуке о исплати дивиденде акционар (члан код доо) коме треба да буде исплаћена дивиденда постаје поверилац друштва за износ те дивиденде".[39] Дакле, имовинско-правни захтев за исплату добити детерминисан је искључиво одлуком о расподели добити којом се опредељује укупан износ добити који се дели члановима, конкретан износ добити (дивиденде) који припада члановима друштва и рок за исплату добити (дивиденде), који не може бити дужи од шест месеци од дана доношења одлуке о исплати добити (дивиденде).[40]

Одлука о расподели добити чије доношење се налази у искључивој надлежности скупштине друштва с ограниченом одговорношћу[41], мора бити донета у складу са ЗПД и оснивачким актом друштва, како би иста изазвала настанак допуштеног имовинско-правног захтева за исплату добити и како би се следствено томе исплата члану по том основу могла сврстати у категорију допуштених плаћања. У том смислу одлука о расподели добити мора да испуњава неколико услова: 1. мора да буде донета од стране скупштине друштва прописаном већином гласова; 2. укупан износ билансне добити који се одлуком расподељује члановима мора бити у складу са фи-

---

[36] Вид. ЗПД, чл. 152, ст.1, тач. 2.

[37] Вид. Welf Müller, Burghard Hense (hrsgb.), *Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, München 1995, 541.

[38] Према члану 183, ст. 1 „На исплату добити члановима друштва сходно се примењују одредбе овог закона о исплати дивиденде и међудивиденде акционарима"

[39] ЗПД, чл. 271, ст. 2.

[40] Вид. ЗПД, чл. 271, ст. 1.

[41] Вид. ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6.

нансијским показатељима исказаним у редовном годишњем финансијском извештају и одредбама о ограничењима плаћања; 3. обим појединачне расподеле сваком члану друштва утврђен одлуком мора бити у складу са ЗПД и оснивачким актом; 4. имовинско-правни захтев за исплату добити може бити формиран искључиво у корист лица која су стекла право на учешће у расподели добити на дан стицања тог права (дан дивиденде).

А. Орган и неопходна већина за доношење одлуке о расподели добити

Прво, неопходно је да одлука о расподели добити буде донета на скупштини друштва. „Скупштина друштва одлучује о расподели добити и начину покрића губитака, укључујући и одређивање дана стицања права на учешће у добити и дана исплате учешћа у добити члановима друштва.“[42]

Реч је о једној од ретких императивних норми ЗПД у делу о друштвима с ограниченом одговорношћу. То значи да је доношење одлуке о расподели добити у искључивој надлежности скупштине и није могуће делегирати ову надлежност скупштине на неки други орган (нпр. директора или надзорни одбор).[43]

Друго, што се тиче већине за доношење ове одлуке ту важе следећа правила. Скупштина одлучује већином од две трећине од укупног броја гласова свих чланова друштва[44] о расподели добити и начину покрића губитака.[45] Оснивачким актом може се предвидети и друга већина за доношење одлуке о расподели добити, али не мања од обичне већине од укупног броја гласова чланова друштва који имају право гласа по том питању.[46]

Једно од спорних питања је да ли се одлука о расподели добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају може донети искључиво на редовној седници скупштине друштва тј. искључиво на оној на којој се усваја годишњи финансијски извештај[47] или је то могуће учинити и касније на ванредној седници скупштине, под претпоставком да је годишњи финансијски извештај претходно усвојен? Ова дилема је створена следећом, не баш „најспретније“ формулисаном нормом ЗПД: „Плаћање дивиденде

[42] Вид. ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6.

[43] Пре измена и допуна ЗПД из 2018. године ова одредба је била диспозитивна јер је било прописано следеће: „Ако оснивачким актом није другачије уређено, скупштина доноси одлуку о расподели добити....“Вид. ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6“ верзије закона.

[44] У конкретном случају реч је о најмање 66,67% гласова нужних за доношење одлуке о расподели добити.

[45] ЗПД, чл. 211, ст. 2, тач. 4.

[46] Вид. ЗПД, чл. 211, ст. 3.

[47] У вези са редовном седницом скупштине и материјалима за редовну седницу скупштине видети одредбе ЗПД, чл. 364 и чл. 367. које се у складу са чл. 201, ст. 2 ЗПД сходно примењују на друштво с ограниченом одговорношћу.

акционарима (члановима доо) може се одобрити одлуком о расподели добити усвојеном на редовној седници скупштине, којом се одређује износ дивиденде....“ која се сходно примењује и на друштва с ограниченом одговорношћу.[48] Чистим језичким тумачењем наведене норме могао би се извести погрешан закључак да се одлука о расподели добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају може донети искључиво на редовној седници скупштине друштва тј. само на истој оној на којој је усвојен годишњи финансијки извештај за претходну пословну годину. Овакво тумачење, међутим, не би имало логичког оправдања. Наиме, основна претпоставка за доношење одлуке о расподели добити која се заснива на редовном финансијском извештају јесте да је исти претходно усвојен и иста се везује и заснива на усвојеном редовном годишњем финансијском извештају. Другим речима, одлука о расподели добити не везује се за врсту седнице скупштине друштва, већ за врсту финансијског извештаја на коме се заснива. Дакле, према нашем мишљењу, одлуку о расподели добити којом би се теретила добит из претходне пословне године за коју још није усвојен финансијски извештај свакако није могуће донети пре редовне седнице скупштине друштва која се управо и одржава првенствено ради усвајања редовног годишњег финансијског извештаја за претходну пословну годину.[49] Истовремено, међутим, нема сметње да се одлука о расподели добити донесе и на некој од ванредних седница скупштине које би уследиле након одржавања редовне седнице скупштине на којој је усвојен редовни годишњи финансијски извештај за претходну пословну годину. То је посебно објашњено у излагањима под насловом: „Усвајање годишњег финансијског извештаја као правна претпоставка доношења одлуке о расподели добити“. Дакле, не разликују се врсте одлуке о расподели добити (исплата редовне или исплата привремене дивиденде – међудивиденде) према томе на којој су врсти седнице скупштине донете, него на којој врсти финансијског извештаја су засноване – на редовном годишњем финансијском извештају у случају редовне исплате добити или на ванредном финансијском извештају сачињеном за ту намену у случају исплате међудивиденде, као и према томе која се добит терети за конкретну исплату – искључиво нераспоређена добит из претходних пословних година исказана у редовном годишњем финансијском извештају или текућа добит која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају и за коју се услед тога обавезно сачињава наменски ванредни финансијски извештај.

---

[48] Вид. ЗПД, чл. 271, ст. 1 у вези са чл. 183, ст. 1.

[49] У вези са одржавањем редовне седнице скупштине видети правила садржана у ЗПД, чл. 364-370.

Б. Укупан износ билансне добити који се расподељује члановима мора бити у складу са финансијским показатељима и одредбама о ограничењима плаћања

Укупна добит која се одлуком дели мора да буде у складу са одговарајућим финансијским показатељима. У том смислу, она се мора базирати на финансијским показатељима исказаним у последњем усвојеном редовном годишњем финансијском извештају. Конкретно, постоји горња граница укупног износа добити која може бити расподељена члановима друштва (тзв. билансна добит). То је укупан износ добити из претходних пословних година умањен за евентуалне губитке из претходних година, средства резерви предвиђена законом[50] и, или средства резерви формирана на добровољној основи (тзв. статутарне резерве – предвиђене оснивачким актом или одлуком скупштине друштва). Исплата добити изнад наведеног износа не може се сматрати допуштеном и разлика која би евентуално превазилазила наведени износ у том делу сматрала би се недопуштеним плаћањем. У прилог овоме говори следећа одредба ЗПД: „По усвајању финансијских извештаја за пословну годину добит те године распоређује се следећим редом: 1. за покриће губитака пренесених из ранијих година; 2. за резерве, ако су оне предвиђене посебним законом (законске резерве)“.[51] Ако након распоређивања добити за сврху покрића губитака пренесених из ранијих година и за резерве, ако су оне предвиђене посебним законом (законске резерве) преостане део добити, скупштина га може расподелити за следеће намене: 1. за резерве ако их је друштво утврдило статутом (на добровољној основи)[52]; 2. за дивиденду у складу са ЗПД; 3. за исплату запосленима.[53]

Додатни ограничавајући фактор за исплату добити су одредбе о ограничењима плаћања. Треба, међутим, нагласити да се одредбе о ограничењима плаћања односе и на друге исплате члановима[54], а не искључиво на исплате које се заснивају на одлуци о расподели добити. Исплата добити мора бити извршена у складу са одредбом члана 275 ЗПД која се односи на ограничења плаћања. Одредбе члана 275. ст. 1. до 4. ЗПД о ограничењима

[50] Обавезно формирање законских резерви из остварене нето добити је реткост. Оне се углавном обавезно формирају само код привредних друштава које се баве одређеним финансијским делатностима (делатност банака, осигуравајућих друштава, инвестиционих фондова, лизинг друштава и сл.)

[51] ЗПД, чл. 270, ст. 1.

[52] Код друштва с ограниченом одговорношћу општим актом или другим актом друштва (нпр. одлуком скупштине о формирању средстава резерви у складу са чл. 25, ст. 3 Правилника о контном оквиру и садржини рачуна за привредна друштва, задруге и предузетнике)

[53] Вид. ЗПД, чл. 270, ст. 2.

[54] Односе се, на пример, на исплате накнаде за откуп сопственог удела, враћање додатних уплата, враћање зајма члану друштва и др.

плаћања за акционарска друштва сходно се примењују и на друштво с ограниченом одговорношћу.[55] Друштво не може вршити плаћања акционарима (члановима) ако је према последњим годишњим финансијским извештајима нето имовина друштва мања, или би услед такве исплате постала мања, од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом, ако такве резерве постоје, осим у случају смањења основног капитала, док укупан износ исплата акционарима (члановима) за пословну годину не може бити већи од добити на крају пословне године, увећане за нераспоређену добит из преходних периода и износе резерви које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом (оснивачким актом), ако такве резерве постоје.[56] Дакле, према ЗПД члановима друштва није доступна целокупна нето имовина[57], а када је реч о исплати добити расположив је само онај износ који превазилази вредност основног капитала, резерви независно од основа њиховог формирања и губитака. Математички изражено би то изгледало на следећи начин: текућа добит + добит из претходних година (нераспоређена добит) – основни капитал – средства резерви – губици.[58] Одлагање покрића губитака или формирања резерви независно од правног основа којим је утврђено њихово формирање (законске или статутарне резерве) у корист чланова друштва тј. ради доношења одлуке о расподели добити није допуштено.[59]

Дакле, скупштина друштва нема слободу да занемари наведене финансијске показатеље и да обим исплате добити прошири на износ већи од допуштеног.[60] Насупрот томе, у погледу минималног износа билансне добити расположиве за расподелу члановима не постоји ограничење, јер она уосталом по вољи друштва може остати и потпуно нераспоређена у неодређеном временском периоду.

В. Појединачан (процентуални) обим расподеле добити по члановима друштва

Друштво с ограниченом одговорношћу спада у друштва капитала, па се право члана на учешће у расподели добити по правилу остварује сразмерно процентуалном учешћу тог члана у основном капиталу друштва. Ипак,

---

[55] Према ЗПД, чл. 184, ст. 1: „Одредбе члана 275, ст. 1 до 4. овог закона о ограничењима плаћања за акционарска друштва сходно се примењују и на друштва с ограниченом одговорношћу.

[56] Вид ЗПД, чл. 275, ст. 1.

[57] Нето имовина (капитал) се исказује у билансу стања код броја позиције (АОП) 0401.

[58] Вид. Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске Уније*, Београд 2012, 146.

[59] Max Gellis, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000, 385.

[60] U. Hüffer, 754.

оснивачким актом може се одредити да се исплата добити не врши у сразмери са уделом чланова у основном капиталу друштва.[61] Дакле, законска је претпоставка да чланови имају право на учешће у расподели добити сразмерно проценуталном учешћу тог члана у основном капиталу друштва, осим уколико се оснивачким актом не одступи од наведене сразмере.

Одступање од законског правила да се добит дели сразмерно проценуталном учешћу члана у основном капиталу није, међутим, без икаквих ограничења.

Одређивање (прописивање) да се добит не врши у сразмери са уделом чланова у основном капиталу друштва могуће је извршити искључиво оснивачким актом.[62] Прописивање другачије сразмере за исплату добити неким другим актом, нпр. уговором између чланова, не обавезује друштво с ограниченом одговорношћу као посебног субјекта права. Када друштво доноси одлуку о расподели добити обавезно је да поступи и да је донесе искључиво у складу са законом и оснивачким актом.

Истина, предмет уређивања односа између чланова друштва у уговору између чланова може бити и питање међусобне прерасподеле добити која ће проистећи из пословања друштва.[63] То уређивање односа између чланова у вези са исплатом добити (прецизније новчаним износима који ће проистећи из расподеле добити), међутим, има само интерни – облигациони карактер. Дакле, добит се увек расподељује у складу са ЗПД и оснивачким актом. Тек уколико се донесе одлука о расподели добити у складу са ЗПД и оснивачким актом, тако настало и у складу са одлуком о расподели добити обликовано конкретно потраживање члана према друштву може бити предмет самосталног преноса по општим правилима уговора о цесији (између чланова или између члана и трећег лица).[64] Сходно томе и конкретни новчани износи примљени по основу расподеле добити могу се даље другачије дистрибуирати (прерасподелити) међу члановима у складу са уговором између чланова који су га закључили.[65] Дакле, одступање од законског правила да се добит дели другачије него што је предвиђено законом и које би обавезивало друштво приликом доношења одлуке о расподели добити, једино је могуће учинити у оснивачком акту.

---

[61] ЗПД, чл. 183, ст. 2.

[62] Вид. ЗПД, чл. 183, ст. 2.

[63] Вид. ЗПД, чл. 15.

[64] Вид. Одредбе о уступању потраживања уговором (цесија) из ЗОО, чл. 436-445.

[65] Према ЗПД, чл. 15, ст. 1 „Члан друштва може закључити уговор између чланова у писаној форми са једним или више чланова друштва истог друштва, којим се регулишу питања од значаја за њихове међусобне односе“. Једно од питања које се може уредити је и питање прерасподеле добити између тих чланова. Ипак, према ЗПД, чл. 15, ст. 2 „Уговор из става 1. овог члана производи дејство искључиво између чланова друштва који су га закључили“.

Када је реч о утврђивању другачије сразмере за исплату добити у оснивачком актом треба истаћи да ни оно није без икаквих ограничења.

Прво, одступање од тзв. законом прописане сразмере за исплату добити могуће је учинити само утврђивањем другачије процентуалне сразмере за исплату добити (нпр. да ће члану „х“ који поседује удео од 50% бити исплаћено 80% добити, а члану „у“ који такође поседује 50% удела у основном капиталу друштва 20% добити након доношења одлуке о расподели добити). При томе, међутим, није могуће прописати правило којим би одређен члан у потпуности био лишен права учешћа у расподели добити. Ово из разлога што у ЗПД није предвиђена могућност потпуног искључења овог чланског права, већ само одступање од законом утврђене сразмере за исплату добити. Право на учешће у расподели добити проистиче из власништва над уделом и неодвојиви је део чланства у друштву[66], па се сваком члану мора оставити право да „конкурише“ за исплату добити барем у неком минималном проценту (нпр. 1%). Минималног процента, међутим, нема. Важно је да је већи од нуле, јер му сваки проценат већи од нуле (па чак и 0,01%) не искључује, већ само ограничава право на учешће у расподели добити. Овде треба имати у виду и следеће одредбе ЗПД: „ Оснивачки акт друштва с ограниченом одговорношћу мења се обичном већином гласова свих чланова друштва, осим ако оснивачким актом није предвиђена већа већина.“[67] Ипак, одлука о изменама оснивачког акта којом се умањују права неког члана друштва може бити донета само уз сагласност тог члана,[68] па је исти случај и када се ограничавају (умањују) законска права у вези са исплатом добити.

Друго, могуће је оснивачким актом временски ограничити примену норме о другачијој процентуалној сразмери исплате добити. У том смислу допуштено је да се у оснивачком акту пропише другачија сразмера за исплату добити за одређен број пословних година тј. за добит која ће проистећи из одређеног броја пословних година. На пример, дозвољено је утврдити да ће члану „х“ који поседује удео од 50% бити исплаћено 80% добити, а члану „у“ који такође поседује 50% удела у основном капиталу друштва 20% добити из добити која ће бити исказана у финансијским извештајима у наредне три пословне године (нпр. за 2021, 2022 и 2023. годину).

Треће, могуће је предвидети да ће се другачија сразмера примењивати све док се не достигне неки апсолутни износ исплаћене добити. На пример, могуће је предвидети да ће члану „х“ који поседује удео од 50% бити исплаћено 80% из остварене нето добити, а члану „у“ који такође поседује 50% удела у основном капиталу друштва 20% из остварене нето добити, све док

[66] T. Reiser, 432.
[67] ЗПД, чл. 142, ст. 1.
[68] Вид . ЗПД, чл. 142, ст. 2.

члану „x“ не буде исплаћено 800.000 (осам стотина) хиљада динара, а члану „y“ 200.000 (две стотине) хиљада динара.

Прописивање другачије сразмере за исплату добити значи само другачије обликовање садржине евентуалног условљеног имовинско-правног захтева члана према друштву у односу на оно које је већ законом прописано. При томе је битно да такво обликовање имовинско-правног захтева буде садржински прецизно одређено или барем одредиво. Такво прописивање у оснивачком акту, међутим, не значи да је право чланова на исплату добити гарантовано. Описана и слична правила регулишу само садржину конкретног имовинско-правног захтева чланова према друштву за исплату добити, који ће настати тек после евентуалног доношења одлуке о расподели добити. Другим речима, то само значи да ће им добит бити исплаћена на горе описане начине, под условом да одлука о расподели исте буде донета. Дакле, тек после доношења одлуке о расподели добити настаће њихов имовинско-правни захтев за исплату добити чија ће садржина бити опредељена на неки од горе описаних начина утврђених у оснивачком акту. Ово стога јер је и тада искључива воља друштва да ли ће, када и у ком обиму билансну добит расподелити члановима тј. да ли ће и када донети одлуку о расподели добити и тек тада активирати имовинско-правни захтев чланова за исплату исте.

Насупрот наведеном не може се другачија процентуална сразмера за исплату добити везивати за конкретне приливе средстава у имовину друштва. На пример, није допуштено утврдити да ће члану“x” који поседује удео од 50% бити исплаћено 80% добити остварене од продаје акција које друштво поседује у другом правном лицу, а члану “y” који такође поседује 50% удела у основном капиталу друштва 20% из тог извора средстава. Ово из два суштинска разлога. Прво, друштво као правно лице има своју посебну имовину која је одвојена од имовине чланова друштва, па средства остварена продајом нечега што се налази у имовинској маси друштва припадају самом друштву, а не директно члановима друштва. Друго, евентуална исплата добити опредељена одлуком о расподели добити, како је горе детаљно описано, може се вршити само на терет билансне добити, па је неизвесно у ком обиму и да ли би уопште средства остварена продајом нечега из имовинске масе друштва (у конкретном случају акција које друштво поседује у другом друштву) у годишњем финансијском извештају могла бити исказана као добит и као таква јасно бити одвојена од добити формиране из других основа (извора). Другим речима, везивање права чланова за учешће у расподели добити из појединих екстерних прихода друштва, који се по рачуноводственим прописима не могу уопште или барем делимично окарактерисати као добит није правно могуће и допуштено. Осим тога, остварена добит зависи и од висине пословних расхода, па конкретни приходи из појединих извора не значе да ће и коначна добит на крају пословне године

бити довољна да се искаже у висини потребној за реализацију исплате из добити.

Коначно, евентуално прописивање у оснивачком акту или уговору између чланова да се добит мора или да се не сме расподелити члановима друштва (нпр. у наредне три године) биле би без правног дејства у односу на друштво јер је искључива воља друштва да ли ће, када и у ком обиму билансну добит расподелити члановима тј. да ли ће и када донети одлуку о расподели добити и тек тада активирати имовинско-правни захтев чланова за исплату исте. Воља друштва у правцу доношења или не доношења одлуке о расподели добити формира се на скупштини, па у складу са тим имовинско-правни захтев члана према друштву за исплату добити може бити створен само одлуком о расподели добити, а не оснивачким актом или уговором између чланова. Истина, могуће је на пример уговором између чланова уредити питање начина гласања у вези са доношењем одлуке о расподели добити. У том смислу, могуће је предвидети да се сви или само неки чланови међусобно обавежу да ће гласати за или против доношења одлуке о расподели добити у одређеном временском периоду (нпр. у периоду од три године). Такво обавезивање, међутим, има само облигационо-правно дејство, а евентуално гласање овако обавезаних чланова на скупштини друштва супротно правилима из уговора између чланова производило би правно дејство у правцу формирања воље друштва да донесе или не донесе одлуку о расподели добити. Поједностављено речено глас дат супротно норми из уговора између чланова производи правно дејство. Кршење норми о начину гласања из уговора између чланова могло би изазвати само постојање имовинско-правног захтева за накнаду штете или плаћање уговорне казне (уколико је уговорена) према члану који је ту норму својим гласањем на скупштини прекршио.

Г. Дан стицања права на учешће у расподели добити (дан дивиденде) и дан исплате учешћа у добити члановима (дан исплате дивиденде)

Дан стицања права на учешће у расподели добити (дан дивиденде) је дан на који се утврђује које лице је стекло право на учешће у расподели добити и то према правилима која су важила на тај дан. С обзиром на то да право на учешће у расподели добити имају чланови друштва, те да се чланом друштва с ограниченом одговорношћу сматра лице које је регистровано као власник удела[69], лице које има право на учешће у расподели добити је лице које је било власник удела на дан који је одређен као дан стицања права на учешће у расподели добити (даље у тексту: дан дивиденде) и то према пра-

[69] Вид. ЗПД, чл. 143.

вилима у погледу сразмере исплате добити која су важила на тај дан. Члан друштва који пренесе целокупан удео или део удела (одређен проценат свог удела) после дана дивиденде, а пре исплате дивиденде, а који је поседовао удео на дан дивиденде, по основу чега је стекао право на учешће у расподели добити (исплату дивиденде), задржава то право у обиму и према правилима за исплату дивиденде, која су важила на дан дивиденде.[70]

Како се на исплату добити члановима друштва сходно примењују одредбе ЗПД о исплати дивиденде и међудивиденде акционарима[71] нека од правила о одређивању дана дивиденде која се односе на акционарска друштва сходно се могу применити и на друштво с ограниченом одговорношћу, уколико нису у супротности са неком од норми из дела регулативе о друштвима с ограниченом одговорношћу. У том смислу, код акционарских друштава важе следећа правила. „Статутом се може одредити дан или метод његовог одређивања, на који се утврђује списак акционара који имају право на дивиденду“.[72] С обзиром на то да друштво с ограниченом одговорношћу нема статут, јасно је да је с обзиром на сходну примену то могуће учинити само оснивачким актом, те да се списак лица која имају право на дивиденду утврђује за чланове друштва с ограниченом одговорношћу, а не за акционаре. Стога ће се у даљем тексту користити изрази „оснивачки акт“ и „чланови друштва“. Ако оснивачким актом, међутим, није одређен дан дивиденде, тај дан се одређује одлуком о исплати дивиденде, у складу са методом за његово одређивање ако је она одређена оснивачким актом.[73] Код друштва с ограниченом одговорношћу је, међутим, спорно да ли се дан дивиденде уопште може одредити оснивачким актом или се оснивачким актом може предвидети само метод за његово утврђивање, будући да у делу регулативе о друштвима с ограниченом одговорношћу постоји императивна норма о томе да се дан дивиденде тј. дан стицања права на учешће у расподели добити одређује у одлуци скупштине о расподели добити. „Скупштина друштва одлучује о расподели добити и начину покрића губитака, укључујући и одређивање дана стицања права на учешће у расподели добити и дана исплате учешћа у добити члановима друштва.“[74] Стога смо мишљења да се дан дивиденде код друштва с ограниченом одговорношћу може одредити искључиво скупштинском одлуком о расподели добити, при чему то одре-

[70] Ово је у складу са одредбом члана 274, ст. 5. ЗПД која гласи: „Акционар који пренесе своје акције по основу којих је стекао право на дивиденду после дана дивиденде, а пре исплате дивиденде, задржава то право“, која се сходно примењује на друштва с ограниченом одговорношћу у складу са чланом 183, ст. 1 ЗПД.

[71] Вид. ЗПД, 183, ст. 1.

[72] Вид. ЗПД, чл. 274, ст. 1.

[73] Вид ЗПД, чл. 274, ст. 2.

[74] ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6.

ђивање мора бити у складу са методом за његово одређивање само уколико је такав метод оснивачким актом уопште унапред предвиђен.

У вези са наведеним поставља се и питање да ли је одређивање дана дивиденде обавезан елемент дела садржине одлуке о расподели добити, тј. да ли одлука о расподели добити производи правно дејство иако у њој није одређен дан дивиденде и уколико је одговор позитиван, који ће се дан узети као дан дивиденде у случају да исти није одређен одлуком о расподели добити? Према нашем мишљењу одређивање дана дивиденде није обавезни елемент садржине одлуке о расподели добити. Одлука о расподели добити је пуноважна и уколико се њоме не одреди дан дивиденде. Тада се, према нашем мишљењу, даном дивиденде сматра дан доношења одлуке о расподели добити.

Надаље, за разлику од јавних акционарских друштава, код којих се као дан дивиденде не може одредити ранији дан од дана акционара утврђеног у складу са чланом 331. ЗПД[75] („дан акционара је дан на који се утврђује списак акционара који имају право на учешће у раду седнице скупштине и пада на десети дан пре дана одржавања те седнице“[76]), код друштава с ограниченом одговорношћу не постоји законско ограничење временског периода у оквиру кога мора бити одређен дан дивиденде рачунајући уназад од дана одржавања скупштине друштва. У складу са тим, дан дивиденде код друштава с ограниченом одговорношћу, одређује се одлуком о расподели добити и може падати на дан одржавања седнице скупштине на којој се та одлука доноси или било који дан који претходи одржавању седнице скупштине.

Поред дана стицања права на учешће у расподели добити (дана дивиденде) одлуком о расподели добити може се утврдити и дан исплате учешћа у добити члановима друштва.[77] Даном исплате учешћа у добити члановима друштва одређује се дан на који ће члановима друштва, који су на дан дивиденде имали право на учешће у расподели добити, бити исплаћена добит. Са тим даном заправо доспева потраживање према друштву које се заснива на имовинско-правном захтеву за исплату добити насталом доношењем одлуке о расподели добити. Тај дан, међутим, не може бити одређен тако да пада по истеку рока од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити. У прилог томе говори следећа норма ЗПД, која се налази у делу регулативе о акционарским друштвима и која се сходно примењује на друштва с ограниченом одговорношћу: „Плаћање дивиденде акционарима може се одобрити одлуком о расподели добити усвојеној на редовној седници скуп-

[75] Вид. ЗПД, чл. 274, ст. 3.
[76] ЗПД, чл. 331, ст. 1.
[77] Вид. ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6.

штине, којом се одређује и износ дивиденде и рок за исплату дивиденде (одлука о исплати дивиденде), који не може бити дужи од шест месеци од дана доношења одлуке о исплати дивиденде. У том смислу може се одредити било који дан за исплату дивиденде, који пада у оквиру рока од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити (исплати дивиденде). У вези са наведеним могу се поставити следећа питања: 1. да ли одлука о расподели добити производи правно дејство уколико је у њој пропуштено да се одреди дан исплате дивиденде и уколико производи правно дејство који ће се онда дан узети као дан исплате тј. дан доспелости потраживања члана према друштву за исплату добити? и 2. да ли одлука о расподели добити производи правно дејство уколико је у њој утврђен дан исплате који пада након истека шест месеци од дана доношења одлуке и уколико производи правно дејство који ће се онда дан узети као дан исплате тј. дан доспелости потраживања члана према друштву за исплату добити?

На ова питања ЗПД не даје директне одговоре. Према нашем мишљењу одређивање дана исплате дивиденде није обавезни елемент садржине одлуке о расподели добити. Одлука о расподели добити је пуноважна и уколико се њоме не одреди дан исплате дивиденде. Тада се, према нашем мишљењу, даном исплате тј. даном доспећа обавезе за исплату добити члановима друштва сматра дан доношења одлуке о расподели добити. Дан доношења одлуке о расподели добити је дан одржавања седнице на којој је донета одлука о расподели дивиденде или међудивиденде. Узевши у обзир наведено, мишљења смо да ће одлука о расподели добити производити правно дејство и уколико је у њој утврђен дан исплате који пада након истека шест месеци од дана доношења одлуке, те ће се у том случају даном исплате сматрати последњи дан допуштеног рока за исплату дивиденде тј. дан са којим истиче рок од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити, будући да одређивање рока за исплату дивиденде након истека рока од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити према горе поменутој норми ЗПД није допуштено. Крајњи рок за исплату дивиденде који не може бити дужи од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити утврђен је у изменама и допунама ЗПД из 2018. године.[78] У образложењу ове измене док је Закон о изменама и допунама ЗПД био још у фази предлога било је наведено да се ова норма уводи како би се спречило да акционари (чланови) чекају на исплату дивиденде и неколико година после донете одлуке, што је у пракси био чест случај. Стога смо и извели закључак да пропуштање утврђивања рока за исплату дивиденде и евентуално недопуштено постављање рока за исплату дивиденде након истека рока од шест месеци од дана доношења одлуке о расподели добити неће утицати на пуноважност

[78] „Сл. Гласник РС“ бр. 44/18.

саме одлуке о расподели добити и настанак потраживања члана према друштву за исплату исте.

3.2. Расподела привремене дивиденде (међудивиденде)

Поред редовне расподеле добити, о којој је детаљно било речи током претходних излагања, према ЗПД могућа је и расподела привремене дивиденде (даље у тексту: међудивиденде). Расподела међудивиденде је врста расподеле добити која се заснива на ванредном финансијском извештају сачињеном за ту намену и која приликом исплате терети добит из текуће године која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају. Дакле, постоји неколико суштинских разлика између редовне расподеле добити и расподеле међудивиденде. Прво, расподелом међудивиденде исплаћује се добит из текуће пословне године која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају. Друго, с обзиром на то да је реч о добити из текуће пословне године која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају, пре доношења одлуке о расподели међудивиденде неопходно је сачинити ванредни финансијски извештај који се сачињава управо за ту намену. Стога се расподела међудивиденде никада не заснива на редовном годишњем финансијском извештају, већ на ванредном финансијском извештају који се посебно сачињава за ту намену.

Одредбе о исплати међудивиденде налазе се у делу ЗПД који је посвећен акционарским друштвима (чл. 273 ЗПД), али се оне у складу са чланом 183, ст. 1 ЗПД примењују и на друштво с ограниченом одговорношћу. У даљем тексту следи анализа тих одредби: „Ако статутом (у случају доо оснивачким актом) није другачије одређено, друштво може плаћати привремену дивиденду (међудивиденду) у било које време између редовних седница скупштине.[79]“ У овој одредби се за основни основни критеријум разликовања исплате међудивиденде од редовне исплате добити узима чињеница да се исплата међудивиденде може вршити између две редовне седнице скупштине друштва. Сматрамо да је основна полазна основа разликовања исплате међудивиденде од редовне исплате у овој одредби погрешно постављена. Наиме, није суштинска разлика између редовне исплате добити и исплате међудивиденде у томе да ли се исплата врши између две редовне седнице скупштине друштва, већ у томе да ли се исплатом добити терети искључиво добит из претходних година (нераспоређена добит) исказана у редовном годишњем финансијском извештају или и текућа добит која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају, па је за њу неопходно сачинити ванредни (наменски) финансијски извештај.[80] Ово стога,

[79] ЗПД, чл. 273, ст. 1 (пре тачке 1 и 2).

[80] Исти став је исказан и код М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, 147.

јер је и одлуку о расподели редовне добити могуће донети на ванредној седници скупштине између две редовне седнице скупштине, уколико је претходно на редовној седници скупштине усвојен редовни годишњи финансијски извештај, како је горе већ образложено.

Даље, с обзиром на то да је у случају исплате међудивиденде реч о исплати добити из текуће пословне године која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају, пре доношења одлуке о исплати међудивиденде неопходно је сачинити ванредни финансијски извештај који се сачињава управо за ту намену. У прилог томе говори и наставак одредбе члана 273, ст. 1 изражен у тачки 1 где стоји да друштво може плаћати међудивиденду ако: „извештаји о пословању друштва и његовим финансијским резултатима сачињеним за ту намену јасно показују да је друштво у периоду за који се исплаћује међудивиденда остварило добит и да су расположива новчана средства друштва довољна за плаћање те међудивиденде.“ Дакле, постоје два основна услова за исплату међудивиденде. Први је да се у финансијском извештају који се сачињава за ту намену (ванредни финансијски извештај) покаже да је друштво остварило добит за период за који се исплаћује међудивиденда. Други је да из извештаја о пословању друштва проистиче да су расположива новчана средства друштва довољна за исплату међудивиденде. Поставља се, међутим, питање какав је рачуноводствени карактер поменутог извештаја о пословању из кога проистиче да ли су расположива новчана средства довољна за исплату међудиведне. Према нашем мишљењу, реч је о извештају о токовима готовине. Извештај о токовима готовине пружа информације о приливима и одливима готовине и готовинских еквивалената током извештајног периода.[81]

Поред два поменута услова, постоји и ограничење износа међудивиденде који може бити исплаћен у складу са чланом 273, ст. 1, тачка 2 ЗПД: „износ међудивиденде који се исплаћује не сме бити већи од укупне добити остварене након завршетка претходне пословне године за коју су сачињени

[81] Приликом састављања извештаја о токовима готовине примењују се одредбе Међународног рачуноводственог стандарда – МРС 7 Извештај о токовима готовине („Сл. гласник РС“, бр. 35/2014 - даље: МРС 7), односно одељка 7 МСФИ за МСП. Према МРС 7, извештај о токовима готовине, када се користи заједно са осталим финансијским извештајима, пружа информације које омогућавају корисницима да процене промене нето имовине ентитета, његову финансијску структуру и његову способност да утиче на износе и временско одређење токова готовине, како би се прилагодио променљивим околностима и могућностима. Информације о токовима готовине су корисне у процени способности ентитета да генерише готовину и еквиваленте готовине и омогућује корисницима да развију моделе за процену и поређење садашње вредности будућих токова готовине различитих ентитета. Оне такође повећавају упоредивост извештаја о пословној успешности различитих ентитета, јер елиминишу ефекте коришћења различитих рачуноводствених поступака за исте трансакције и пословне догађаје.

финансијски извештаји, увећане за нераспоређену добит и износе резерви које се могу користити за те намене, а умањене за утврђене губитке и износ који се мора унети у резерве у складу са законом или статутом.“ Математички изражено то би изгледало на следећи начин: текућа добит + добит из претходних година (нераспоређена добит) + износ резерви које се могу користити за ту намену (исплату међудивиденде) – губици – износ који се мора унети у резерве у складу са законом или статутом (код доо оснивачким актом).

Из ове одредбе заправо проистиче да се одлуком о расподели међудивиденде првенствено обухвата добит остварена након завршетка претходне пословне године (текућа добит), али се истом може кумулативно обухватити и добит из претходних пословних година за коју је већ сачињен редовни годишњи финансијски извештај и то у збиру максимално до износа који превазилази износ губитака и износ који се мора унети у резерве у складу са законом или статутом (код доо оснивачким актом). Дакле, одлуком о расподели међудивиденде може бити обухваћена или само добит из текуће године, или заједно добит из текуће и претходних пословних година (нераспоређена добит). За разлику од тога одлука којом се обухвата само добит из претходних пословних година (нераспоређена добит) која је исказана у редовном годишњем финансијском извештају није одлука о расподели међудивиденде, већ класична одлука о расподели добити, независно од чињенице да ли је иста донета на редовној седници скупштине или ванредној седници одржаној између две редовне седнице скупштине. Сагласно томе, за редовну одлуку о расподели добити друштва није неопходно сачинити ванредни финансијски извештај и извештај о пословању (извештај о токовима готовине), независно од тога да ли је донета на редовној или на некој од ванредних седница јер се иста увек заснива искључиво на редовном годишњем финансијском извештају и терети за исплату само добит из претходних пословних година (нераспоређену добит).

Надаље, правило је да одлуку о расподели међудивиденде такође доноси скупштина друштва с ограниченом одговорношћу јер је природа ове одлуке једнака одлуци о расподели добити.[82] Ипак, право на доношење одлуке о расподели међудивиденде може се делегирати и на одбор директора односно надзорни одбор (у случају дводомног управљања друштвом), ако је то одређено статутом (код доо оснивачким актом) или одлуком скупштине друштва.[83]

Сва остала правила која се односе на редовну исплату добити код друштва с ограниченом одговорношћу важе и за исплату међудивиденде.[84]

---

[82] Вид. ЗПД, чл. 200, ст. 1, тач. 6.

[83] Вид. ЗПД, чл. 273, ст. 2.

[84] То су следећа правила: 1. правило да укупан износ билансне добити који се расподељује члановима мора бити у складу са финансијским показатељима и одредбама о ограничењима плаћања; 2. правило да се добит расподељује сразмерно процентуалном учешћу

4. ЗАКЉУЧАК

Једно од основних чланских имовинских права које проистиче из власништва над уделом у друштву с ограниченом одговорношћу је право члана на учешће у расподели добити.[85] То, међутим, није гарантовано право члана, већ апстрактно (условљено) право које своју конкретизацију добија тек након доношења одлуке о расподели добити. Пре доношења одлуке о расподели добити из власништва над уделом проистиче само будуће неизвесно и по свом износу неодређено потраживање за исплату добити.[86] Стога конкретан имовинско-правни захтев (потраживање) члана за исплату добити по основу права на учешће у расподели добити настаје тек на основу конкретне одлуке скупштине друштва о расподели добити и не постоји пре њеног доношења. Другим речима, тек доношењем одлуке о расподели добити настаје облигациони однос између друштва као дужника и члана као повериоца за исплату конкретне добити опредељене одлуком о расподели исте.[87]

Друштво, међутим, није у обавези да билансну добит расподели члановима тј. да донесе одлуку о расподели добити. Наиме, у складу са вољом друштва као посебног субјекта права (правног лица) одговарајућим скупштинским одлукама у складу са законом и оснивачким актом, уместо исплате добити (дивиденде) члановима друштва билансна добит може се трансформисати (распоредити) у правцу покрића губитака, формирања средстава резерви (наменске, ненаменске), повећања основног капитала из нето имовине друштва (нераспоређене добити) или у изостанку било које од тих одлука остати нераспоређена. Дакле, искључиво је право друштва да билансну добит остави нераспоређену (не постоји обавеза друштва да билансну добит расподели члановима), те да само одабере тренутак да ли ће, када и у ком смеру у складу са својим тренутним правно-економским интересима исту расподелити члановима, распоредити (трансформисати) у неком другом правцу или је оставити нераспоређену. Дакле, билансна добит је само иницијални књиговодствени извор средстава који се може расподелити члановима или распоредити у више наведених праваца у зависности од воље друштва и створеног корпоративно-правног основа, па исплате члановима које иницијално порекло воде из тог извора не представљају увек исплату добити иако је у том термину садржана језичка одредница „добит“.

члана у основном капиталу друштва, осим уколико другачија сразмера није предвиђена оснивачким актом и 3. правила која се односе на одређивање дана дивиденде и дана исплате дивиденде.

[85] Вид. ЗПД, чл. 152, ст. 1, тач. 2.

[86] T. Reiser, 432.

[87] Вид. З. Арсић, В. Марјански, 219.

Регулатива ЗПД која се односи на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу садржи неколико недостатака које би *de lege ferenda* требало отклонити. На овом месту наводимо само неке од њих.

Прво, у делу ЗПД који се односи на друштва с ограниченом одговорношћу закон садржи само неколико одредби које се директно односе на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу. У вези са осталим правилима која се односе на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу утврђена је сходна примена норми о расподели добити (дивиденде) акционарима акционарског друштва. Ово није најбоља законска техника за уређење овако важног питања, јер у пракси захтева правилан одабир одредби које се могу применити на расподелу добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу.

Друго, ЗПД не садржи исправну дефиницију из које би проистекла јасна разлика између редовне расподеле добити и расподеле међудивиденде. „Ако статутом (у случају доо оснивачким актом) није другачије одређено, друштво може плаћати привремену дивиденду (међудивиденду) у било које време између редовних седница скупштине.[88]“ У овој одредби се за основни основни критеријум разликовања исплате међудивиденде од редовне исплате добити узима чињеница да се исплата међудивиденде може вршити између две редовне седнице скупштине друштва. Сматрамо да је основна полазна основа разликовања исплате међудивиденде од редовне исплате у овој одредби погрешно постављена. Наиме, није суштинска разлика између редовне исплате добити и исплате међудивиденде у томе да ли се исплата врши између две редовне седнице скупштине друштва, већ у томе да ли се исплатом добити терети искључиво добит из претходних година (нераспоређена добит) исказана у редовном годишњем финансијском извештају или и текућа добит која још није исказана у редовном годишњем финансијском извештају, па је за њу неопходно сачинити ванредни (наменски) финансијски извештај.

Треће, једно од спорних питања је и да ли се одлука о расподели добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају може донети искључиво на редовној седници скупштине друштва тј. искључиво на оној на којој се усваја редовни годишњи финансијски извештај или је то могуће учинити и касније на ванредној седници скупштине, под претпоставком да је редовни годишњи финансијски извештај претходно усвојен? Ова дилема је створена следећом, не баш „најспретније“ формулисаном нормом ЗПД: „Плаћање дивиденде акционарима (члановима доо) може се одобрити одлуком о расподели добити усвојеном на редовној седници скупштине, којом се одређује износ дивиденде....“ која се сходно примењује и на

[88] Вид. ЗПД, чл. 273, ст. 1 (пре тачке 1 и 2).

друштва с ограниченом одговорношћу.[89] Чистим језичким тумачењем наведене норме могао би се извести погрешан закључак да се одлука о расподели добити која се заснива на редовном годишњем финансијском извештају може донети искључиво на редовној седници скупштине друштва тј. само на истој оној на којој је усвојен годишњи финансијки извештај за претходну пословну годину. Овакво тумачење, међутим, не би имало логичког оправдања. Наиме, основна претпоставка за доношење одлуке о расподели добити која се заснива на редовном финансијском извештају јесте да је исти претходно усвојен и иста се везује и заснива на усвојеном редовном годишњем финансијском извештају. Другим речима, одлука о расподели добити не везује се за врсту седнице скупштине друштва, већ за врсту финансијског извештаја на коме се заснива.

Четврто, у ЗПД је створена дилема о томе да ли одређивање дана стицања права на учешће у расподели добити (дана дивиденде) и дана исплате учешћа у добити члановима друштва (дан исплате дивиденде) представљају нужне битне елементе одлуке о расподели добити, те да ли одсуство њиховог одређивања може утицати на њену пуноважност.

Коначно, у ЗПД је предвиђено да члан има право учешћа у расподели добити сразмерно процентуалном учешћу удела тог члана у основном капиталу друштва, осим ако је оснивачким актом одређено другачије.[90] У раду је извршена анализа правно допуштених правила која се могу предвидети у оснивачком акту у вези са могућим одступањем од законског правила да се добит члановима друштва дели сразмерно процентуалном учешћу удела члана у основном капиталу друштва.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Владимир Марјански, „Иступање члана из друштва с ограниченом одговорношћу“, *Право и привреда*, 4-6/2016, 753-766.

Владимир Марјански, „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2015, 671-681.

Welf Müller, Burghard Hense (hrsgb.), Beck’sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, München 1995.

Горан Шијан, Саша Граовац, Хусеин Мехмедовић, „Расподела нето добитка са посебним освртом на улагања у традиционалне финансијске инструменте“, *Анали Економског факултета у Суботици*, 37/2017, 299-309.

Зоран Арсић, Владимир Марјански, *Право привредних друштава*, Нови Сад 2018.

[89] Вид. ЗПД, чл. 271, ст. 1 у вези са чл. 183, ст. 1.

[90] Вид. ЗПД, чл. 152, ст. 2.

Јована Величковић, „Ограничења плаћања члановима друштава капитала (општи поглед)“, Право и привреда, 4-6/2019, 294-315.

Лидија Барјактаровић, Маја Димић, „Анализа утицаја савремених финансијских концепата на пословне преформансе предузећа у Србији“, *Индустрија*, 1/2020, 7-20.

Љубица Комазец, „Расподела добити у функцији формирања финансијског капитала“, *Анали Економског факултета у Суботици*, 6/2001, 255-262.

Маја Арсић-Трајковић, Братислав Петковић, Душан Павловић, „Нешто о дивиденди“, *Економика*, 3-4/2008, 202-208.

Max Gellis, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 4. Auflage, Wien 2000.

Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске Уније*, Београд 2012.

Стеван Шогоров, „Правни статус сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2010, 27-36 .

Стеван Шогоров, „Стицање сопственог удела од стране друштва с ограниченом одговорношћу“, Право и привреда, 4-6/2010, 43-52.

Susann Pochop, *Erwerb eigener Aktien als Alternative zur Dividendenzahlung: Der Einfluss der Besteuerung auf die Vermögensposition der Aktionäre*, Deutscher Universitätsverlag, 2004.

Thomas Reiser, *Recht der Kapitalgesellschaften – Ein handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2. Auflage, München 1991.

Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 4. Auflage, München 1999.

Прописи:

Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020.

Закон о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“ бр. 25/2001...бр. 86/2019

Закон о порезу на доходак грађана, „Службени Гласник РС“ бр. 24/2001...5/2020.

Закон о привредним друштвима, „Сл. Гласник РС“ бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18 и 91/19 (даље у фуснотама: ЗПД).

Закон о рачуноводству „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013, 30/2018 и 73/2019 – др. закон.

Правилник о контном оквиру и садржини рачуна за привредна друштва, задруге и предузетнике,

„Сл. Гласник РС“, бр. 95/2014.

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

Allocation of Profit to Members of Limited Liability Company and Differences in Relation to Other Corporate Legal Payments

Abstract: *Given that there is a relatively large number of professional and scientific papers in the domestic scientific literature dealing with the economic issue of dividend payment policy, and that few are devoted to the legal aspects of profit sharing, the subject of this paper will be discussed analysis of the regulation relating to the distribution of profits to members of a limited liability company. Also, since in business practice there is often no correct understanding of the legal nature of the various payments to members of a limited liability company who also originate from the same initial bookkeeping source of funds – balance sheet profit, the work will also make a clear distinction between the payment of profits in relation to other payments of a corporate-legal nature.*

Keywords: *Limited liability company, profit distribution (dividends), distribution of interim dividends, balance sheet profit, payment restrictions*

Датум пријема рада: 29.04.2020.

Оригинални научни рад 177.9:808.5
doi:10.5937/zrpfns54-23956

Др Драгутин С. Аврамовић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.avramovic@pf.uns.ac.rs

Др Илија Д. Јованов, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
i.jovanov@pf.uns.ac.rs

РЕЛАТИВИЗАЦИЈА ПРАВДЕ КРОЗ РЕТОРИКУ – ПЛАТОНОВ ДИЈАЛОГ „ГОРГИЈА“ КАО ПАРАДИГМА*

Сажетак: *Кроз анализу Платонових дела, али на првом месту дијалога „Горгија“, аутори настоје да одмере потенцијал реторике као вештине убеђивања кроз коју се може релативизовати истина и правда. На почетку, у раду се разрешава претходно питање – квалификације учесника у Платоновом „Горгији“ као софиста или ретора. Након анализе различитих ставова који су понуђени у теорији, аутори заузимају становиште да макар у дијалогу „Горгија“ Платонов Сократ расправља са реторима (Горгијом, Полом и Каликлом), а не са софистима. Подручје слагања између Сократа и ретора је несумњиво у томе да је реторика вештина убеђивања, али не и око исхода до којих то убеђивање води. Тежња за долажењем до апсолутне истине (правде), знања, јесте задатак филозофа (Сократа), коме се супротстављa главни циљ ретора – веровање, односно стварање уверења о истинитости (праведности). При томе, аутори скрећу пажњу да Сократ све време остаје свестан свих слабости филозофије која, за разлику од реторике, због недостатка прагме не успева да се носи са реалним животним проблемима.*

Такође, аутори скрећу пажњу на то да они који се несумњиво узимају као софисти (нпр. Хипија и Антифонт) као полазни принцип постављају идеју о урођеној једнакости људи, док они који су првенствено ретори (нпр.

* Овај рад је резултат реализовања пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ који се финансира средствима Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

Каликле и Трасимах) полазе од природне неједнакости људи и афирмишу природно право јачег. На тај начин и реторика се показује као вештина која је усмерена ка остварењу природног права јачег. На крају, поучени примерима антике, аутори заузимају становиште вредносног релативизма и налазе да и данас реторика остаје морално неутрална и да има толики потенцијал да се помоћу ње може морално оправдати (учинити или можда само приказати праведним) скоро сваки жељени исход.

Кључне речи: *Правда; Платон; Горгија; Реторика; Софисти; Право јачег.*

1. ГОРГИЈА, ПОЛ И КАЛИКЛЕ – СОФИСТИ ИЛИ РЕТОРИ?

Као претходно питање у односу на расправу о (не)утицају реторике на идеју правде у Платоновом „Горгији“ намеће се дилема ко су учесници расправе. Можда делује ноторно, али мора се разлучити да ли су субјекти Платоновог напада били софисти или ретори. Да ли је у питању расправа која се води између Сократа и софиста, што би се на први поглед могло учинити, или се пак ради о расправи на линији Сократ – ретори?

Михајло Ђурић, ослањајући се претежно на немачку литературу, стаје на становиште које је широко прихваћено у историји филозофије, да софистика обухвата веома „шаролико друштво, с најразличитијим интересима и тежњама“, „без заједничке привржености неком одређеном филозофском учењу“. На том фону Михајло Ђурић међу софисте убраја најшири могући круг Сократових савременика и њихових следбеника, од Протагоре, Горгија, Продика, Хипије, до Трасимаха, Пола, Каликла, Антифонта и других.[1] Међутим, Михајло Ђурић подвлачи разлику између три основна правца софистичке наставе: етичко-политичке, чији је главни представник Протагора,

[1] М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, у: *Из историје античке филозофије*, Сабрани списи, Књ. 1, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд, 2009, 179, 181. На истом становишту је стајао и Милош Ђурић, видети: М. Ђурић, *Историја хеленске етике*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1987, 180 –225. У делу Милоша Ђурића се могу уочити одређене недоследности у погледу одређења софиста. Мада методолошки у одељак о софистима сврстава све оне који се уобичајено сматрају софистима (наравно и Горгију), анализирајући Горгијину школу у VI поглављу његове ученике дели у две групе – једну који су били софисти и учитељи беседништва, међу које сврстава и Пола и другу, коју чине практични политичари, где сврстава, између осталих, Трасимаха и Каликла, *ibid*., 200. Међутим, на једном другом месту Милош Ђурић Трасимаха карактерише као „софиста и ретора“, *ibid*., 205. Видети исти став о широком кругу софиста на пример и код: Г. Фасо, *Историја филозофије* права, ЦИД, Подгорица, 2004, 30–34; Р. Лукић, *Историја политичких и правних теорија*, Завод за уџбенике и наставна средства – БИГЗ, Београд, 1995, 87–88. Г. Вукадиновић, Д. Митровић, *Увод у теорију и филозофију права*, Досије студио, Београд, 2019, 37–39.

енциклопедијске са Хипијом као истакнутим предводником и формално--дијалектичке на челу са Горгијом, чије тежиште није било пружање материјалних знања, већ „формално васпитавање духа“ кроз реторику и дијалектику.[2] Михајло Ђурић закључује да реторика није била средиште софистичке наставе и да је „тврдња о неком тобоже формално-естетском идеалу образовања као заједничком идеалу свих софиста без разлике само произвољно уопштавање“ и да је заједнички именитељ софиста то што су били учитељи политичке врлине.[3] Међутим, упркос корисном разликовању на које указује Ђурић, не мења се чињеница да је он широки круг Сократових савременика, па и реторе Горгију, Пола и Каликла, попут већине аутора сврстао у окриље софиста.[4]

Супротстављајући сократику и софистику, Љубомир Тадић описује те појмове као термине у којима се огледа „прастари спор Сократа са *софистима-реторима* (подвукли аутори) о чему нам првенствено сведоче Платонови дијалози ’Горгија’ и ’Федар’“.[5] Дакле, Тадић је на овом месту врло пажљив и на појмовном нивоу проналази компромисно решење установљавајући „софисте-реторе“. Ипак, они суштински код Тадића остају софисти, али сврстани у подгрупу „софисти-ретори“, мада се коришћење цртице може тумачити и тако да ова два појма одређује као синониме. Чињеница је да Сократ обраћајући се Каликлу каже: „Пријатељу мој, никакве разлике нема између софисте и ретора или су бар веома сродни…А ти у свом незнању

---

[2] М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, 189.

[3] *Ibid*., 190. Слично убеђење дели и М. Гагарин: „Једном је речено да је примарно интересовање свих софиста била реторика. То је погрешно. Постоји мало доказа за Продиково интересовање за реторику, осим његове велике бриге за коректном употребом синонима, а једини аспект реторике међу многим темама које је заговарао Хипија је вештина меморисања. Ни Протагора се не показује заинтересованим за методе и технику говора, мада је његова брига о методима аргументовања очигледна. Реторика је била значајна у различитим степенима код Горгије, Трасимаха и Антифона, али Горгија је једини чије је примарно интересовање могло бити вештина говорења. С друге стране, ако бисмо заменили ширу област *logos*-а (‘реч’, ‘аргумент’, ‘говор’, ‘расуђивање’) са ‘реториком’, онда бисмо могли рећи да је већина софиста била интезивно заинтересована за тај предмет“, M. Gagarin, *Antiphon the Athenian – Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists*, University of Texas Press, Austin (USA), 2002, 23. Супротно становиште се може пронаћи код Милоша Ђурића који истиче реторику као главни садржај софистичког учења, М. Ђурић, *Историја хеленске етике*, 177. На сличан начин резонује и Љубомир Тадић који у циљу приближавања софистике и реторике као „први и неизоставни“ задатак сваког софисте пред њега ставља реторичко образовање ученика, Љ. Тадић, „Сократика и софистика – Реторика у огледалу Платонове филозофије“, *Филозофија и друштво* VII, 1995, 13.

[4] О додатној аргументацији о Горгији као оцу софистике, видети нпр. R. Wardy, *The Birth of Rhetoric – Gorgias, Plato and their successors*, Routledge, London (UK)–New York (USA), 1996, 6–24.

[5] Љ. Тадић, „Сократика и софистика – Реторика у огледалу Платонове филозофије“, 11.

сматраш да је реторика нешто врло лепо, а ону другу софистику презиреш“.[6] Међутим, убрзо се и исправља: „У ствари, софистика је лепша од реторике уколико је и законодавство лепше од правосуђа, а гимнастика лепша од лекарства“.[7] На овом месту, Тадић, чини се прилично смело тврди (делимично се ослањајући на Ничеа) да упркос постојању разлике у *сродности*, „оне нису принципијелно различите, свеједно што постоји небитна разлика као и она између законодавства и правосуђа“.[8] Начелна сродност између законодавства и правосуђа постоји, исто као што постоји сродност између софистике и реторике, односно између софиста и ретора. Међутим, сродност не значи и идентичност. Без жеље за намицањем мака на конац, тешко да би се могла оквалификовати као небитна разлика између законодавства које се бави стварањем права и правосуђа чије је подручје деловања примена права, па исто тако и разлика између софисте и ретора.

Терминолошку, али и суштинску конфузију, ствара једно друго место у Тадићевом раду, које би могло бити проблематично, осим уколико није резултат одређене слободе у изражавању (имајући у виду његово потцењивање разлике између софисте и ретора) или евентуално омашке. Чуди терминолошка неконзистентност поводом квалификације групе људи са којима Сократ полемише у „Горгији“. Наиме, Тадић наводи у истом чланку да „није знање (*epistéme*) врело ’истинске’ реторике, како би се могло закључивати на основу Платонове полемике са *реторичарима* (подвукли аутори) у дијалогу ’Горгија’, а делимично и у ’Федру’“.[9] Такође на једном месту помиње „*ретор* (подвукли аутори) Горгија је живео 107 година“.[10] Дакле, остаје нејасно да ли су код Тадића Горгија, Пол и Каликле подврста софиста – софисти-ретори или пак само ретори. Из ове терминолошке конфузије и лутања могло би се закључити да ни Тадић није био потпуно сигуран у своју тврдњу да између софиста и ретора нема неке битне разлике.

На сличан начин, уз нешто мању дилему, Милош Ђурић изједначава софисте и реторе истичући да су сви главни софисти били у исти мах и ретори.[11] Мада на појединим местима и Милош Ђурић говори о ретору

---

[6] Платон, *Горгија* (прев. А. Вилхар), Култура, Београд, 1968, 520b.

[7] *Ibid*.

[8] Љ. Тадић, „Сократика и софистика – Реторика у огледалу Платонове филозофије“, 13. Тадић на једном другом месту где дефинише предмет спора између сократике и софистике, чак поистовећује софистику и реторику. Тако сократици супротставља „софистику (реторику)“, *ibid*., 24. Исто поистовећивање софистике и реторике Тадић врши и у закључном делу рада када говори о утицајима које је сократика претрпела од стране „софистике-реторике“, као и о поукама из расправе сократике са „софистиком (реториком)“, *ibid*., 37.

[9] *Ibid*., 30.

[10] *Ibid*., 21.

[11] М. Ђурић, *Историја хеленске етике*, 177.

Горгији.[12] Такође, и у предговору Платоновог дијалога „Федар“ на једном месту он реторима назива, између осталих, и Горгију и Пола и Трасимаха.[13]

Упркос постојању скоро опште прихваћеног становишта да Сократ у Платоновом дијалогу „Горгија“ расправља са представницима софиста (Горгијом, Полом и Каликлом), присутно је и другачије становиште које се чини доста уверљивијим.

Занимљиво је и веома инструктивно анализирати помало „отпадничко“, али веома добро утемељено становиште које је изнео Дејвид Кори (*David Corey*) који полази од дефиниције Платонових софиста као „плаћених учитеља врлине (*aretē*)“. Он прави јасно разликовање између софиста међу које убраја нпр. Протагору, Продика, Хипију и ретора међу које сврстава Трасимаха, Горгију, Пола и Каликла. Упркос чињеници да, према његовом виђењу, сви или највећи број софиста подучавају реторику (с чиме се несумњиво не би сложио Михајло Ђурић, а вероватно ни Мајкл Гагарин), они то чине као део ширег подучавања врлини (*aretē*). С друге стране, ретори, према виђењу овог аутора, не тврде да подучавају врлини (*aretē*).[14] Дакле, Кори тврди да је Платонов напад усмерен према реторима, а не према софистима. Кори скоро математичком анализом утврђује да Платон у својим дијалозима изричито помиње као софисте девет појединаца међу којима се налази и Горгија, па чак и сам Сократ. Међутим, на тој листи недостају Пол, Каликле и Трасимах, што према тврдњама овог аутора није случајно. Трасимах се у Платоновој *Држави* описује као паметан, мудар или чак најмудрији (*sophōtate*), али никада као софиста (*sophistēs*).[15] Слична је ситуација и са Полом и Каликлом који се у „Горгији“ диве реторици и реторима, а показују изричито презир према софистима. Каликле чак карактерише софисте као људе који ништа не вреде и на које не жели да троши речи.[16]

Једина спорна личност је заправо ретор Горгија, којег Платон обележава као софисту на два места у својим дијалозима.[17] Кори подвлачи свакако

[12] *Ibid*., 178. Такође, Милош Ђурић, мада га начелно сврстава у одељак са софистима, на једном месту за Каликла изричито каже „он није био софист, него оштроуман и софистички образован државник и члан једног политичког клуба“, *ibid*., 204.

[13] М.Ђурић, „Предговор“, у: Платон, *Ијон, Гозба, Федар* (прев. М. Ђурић), БИГЗ, Београд, 1979, XXXI.

[14] D. Corey, *The Sophists in Plato's Dialogues*, State University of New York Press, Albany (USA), 2015, 16.

[15] *Ibid*., 24.

[16] Платон, *Горгија*, 520a. На том фону, чини се пренагљено, Дилман закључује да су Горгија и Пол били софисти, док то није био случај са Каликлом, I. Dilman, *Morality and the Inner Life – A Study in Plato's Gorgias*, Macmillan Press, London (UK), 1979, 171.

[17] D. Corey, *op. cit*., 29. У дијалогу „Хипија Већи“ Платон изричито карактерише Горгију као софисту који узима новац за подучавање и изједначава га са Продиком и Протагором (282b-d). Такође, и у „Одбрани Сократовој“ Платон, само овај пут не изричито, Горгију ставља у друштво софиста Продика и Хипије који подучавају људе за новац. Горгију као

упадљиво место у Платоновом „Горгији“ где Горгија на Сократово питање, имајући у виду Горгијину извежбаност у реторици, да ли га могу назвати ретором, сам себе сврстава међу реторе. И то међу добре реторе, што га чини посебно поносним.[18] Такође, Горгија одговара Сократу да је способан и да друге учини реторима и то свугде где дође.[19] Дакле, јасно је да Горгија себе не карактерише као софисту, већ као ретора. Међутим, оно што Кори исправно подвлачи јесте чињеница да: „подучавањем саме реторике, одвајајући га од изазовнијег посла преношења *aretē*, изгледа да се Горгија надао да ће избећи проблем да буде осуђиван због грехова његових ученика. Морални квалитети његових ученика, су у највећем делу, њихова ствар, а не његова. Он је претпостављао да су његови ученици добри. Али ако нису били, то се не може приписивати њему“.[20] Кори као додатни аргумент истиче и то да Каликле не би у „Горгији“ до те мере ниподаштавао софисте,[21] да је себе, али и свог идола Горгију, сматрао за софисте.[22] Након разматрања потенцијалних контрааргумената (да и ретори и софисти подучавају реторику, што смо већ показали да није потпуно тачна тврдња; да се у одређеном ужем смислу реторика може појмити као врлина (*aretē*); да се говори често дотичу моралних питања, тако да реторика на тај начин може зећи у врлину), Кори тријумфује са разрађеним полазним аргументом. Кључни аргумент разликовања којег се Кори држи јесте морални. Док ретори обећавају ученицима да ће их начинити врсним говорницима, софисти обећавају да ће извршити моралну трансформацију самих ученика, да ће их учинити бољим.[23]

Кори заправо заснива своју тезу не позивајући се изричито на фрагмент који му је главна тачка ослонца. Наиме, у Платоновом дијалогу „Менон“ Менон говори Сократу да Горгија никада није обећавао да друге може научити врлини (*aretē*), а оне који су то обећавали (*софисте* – прим. аутора) је исмевао и сматрао је да људе треба учити да говоре, односно реторици.[24] Поред тога, аргументација коју износи Кори у прилог тези о разликовању

софисту посматра и: J. De Romilly, *The Great Sophists in Periclean Athens*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA), 1998; W. K. C. Guthrie, *The Sophists*, Cambgridge University Press, Cambridge (UK), 1971.

[18] Платон, *Горгија*, 449a.

[19] *Ibid*., 449b.

[20] D. Corey, *op. cit*., 31. Платон у „Горгији“ истиче ту чињеницу са којом се слаже и Горгија: „Исто тако не треба пребацивати ни учитељу ретора који се користи ториком да би учинио неправду, нити га истеривати из града, него казну треба уперити према ономе ко је починио неправду и који се ториком није послужио како ваља“, Платон, *Горгија*, 460d.

[21] Видети: Платон, *Горгија*, 520a.

[22] D. Corey, *op. cit*., 31–32.

[23] *Ibid*., 32–33.

[24] Видети: Платон, *Менон* (прев. А. Вилхар), у: Платон, *Дијалози*, Култура, Београд, 1970, 95c. Из тога произлази да је Горгија, као и његови ученици, заузимао позицију вредносног релативизма о чему ће касније бити речи.

софиста и ретора је у великој мери већ била утемељена много раније у филозофији и теорији нарочито у делима Џорџа Грота (*George Grote*), Хајнриха Гомперца (*Heinrich Gomperz*), Ханса Редера (*Hans Raeder*), као и у напоменама превода „Горгије“ Ерика Додса (*Eric Dodds*) са којима Харисон (*Harrison*) расправља у свом утицајном чланку „Was Gorgias a Sophist?“.[25] Мада прилично ослоњен на рад Харисона, Кори тврди да је Харисонов кључни критеријум дефинисања софиста плаћеност, што види као недовољан критеријум. Такође истиче да је он учинио методолошки преокрет који Харисон није, а који се састоји у томе да се стави акценат на оно шта је Горгија сам рекао (код Платона) испред онога што су о њему успут рекли други (код Платона).[26]

На основу свега реченог има оправдања приклонити се схватању да је спор о правди у Платоновом дијалогу „Горгија“ спор између Сократа и ретора, а не Сократа и софиста.[27] Било како било, нема сумње да је макар у Платоновом дијалогу „Горгија“ акценат стављен на подучавање реторике и да је средиште Сократове расправе расправа са реторима. Чак и Харисон (*Harrison*) који Горгију види као софисту, не може избећи то признање: „Изнад свега Платон, обично тако опседнут озлојеђеношћу софистичким зарађивањем новца (у дијалогу „Горгија“ – *прим. аутора*), пажљиво избегава да замагљује право питање подлежући тој опсесији. Отуд кроз дијалог нема експлицитног упућивања на Горгијин (несумњиви) професионализам, тако да је он описан у њему не као софиста, што неизбежно носи по себи импликацију таквог професионализма, него као ретор, што то не подразумева“.[28]

2. РЕТОРИКА КАО ВЕШТИНА УБЕЂИВАЊА

У трагању за дефиницијом реторике Херефонт се пита која је то струка којом се Горгија бави и како га према томе треба звати. Пол наговештава да се све вештине, као и Горгијина, заснивају на искуству и на вежбању, али да је Горгијина уметност (вештина) најлепша од свих.[29] Међутим, Пол не одговара на питање из чега се она састоји, већ на Сократово поновљено питање

[25] E. L. Harrison, „Was Gorgias a Sophist?“, *Phoenix*, Vol. 18, 3/1964.

[26] D. Corey, *op. cit*., 251.

[27] О Платоновом разумевању филозофије, реторике и софистике и (не)разликовању између филозофа, софиста и ретора видети одличну студију: M. McCoy, *Plato on the Rhetoric of Philosophers and Sophists*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)–New York (USA), 2008. Ова ауторка признаје да чак и уколико Платон прави разликовање приликом коришћења појмова софист и ретор, оно се огледа у томе што се термин софист најчешће користи у пежоративном смислу, док термин ретор може имати позитивну и негативну конотацију, што зависи од контекста, *ibid*., 13.

[28] E. L. Harrison, *op. cit*., 192.

[29] Платон, *Горгија*, 448c.

то чини Горгија који истиче да је у питању реторика за коју је кадар да и друге подучава.[30] Способан за давање лаконских одговора, Горгија на том фону одређује да се реторика бави говорима и да за разлику од других вештина нема везе са радом руку, већ се њена целокупна пракса састоји само у речима.[31] У дијалогу са Сократом, Горгија чини корак даље ка садржинском одређењу реторике, али и даље остаје прилично неодређен. На Сократово питање на које ствари се односе њене речи, Горгија као предмет проучавања реторике поставља „највеће и најбоље од свих људских ствари".[32]

Једно од подручја слагања до кога су дошли Сократ и Горгија јесте да је главни задатак реторике убеђивање. На Сократово питање какво је то највеће добро за људе које Горгија ствара, Горгија одговара: „То да је човек способан да речима убеди судије на суду, и већнике у градском већу и народ у скупштини, а исто тако и на сваком другом скупу који се састоји од грађана. Овом способношћу моћи ћеш и лекара и учитеља гимнастике начинити робом, а што се тиче трговца, показаће се да он благо не стиче самога себе ради, него за другога, за тебе који умеш да говориш и умеш да убедиш светину".[33] Дакле, реторика пружа могућност постизања било каквог циља, па уколико треба и потчињавања људи, мирним путем, кроз моћ речи и убеђивање. Међутим, главни предмет неслагања јесте око суштинског питања, питања какву врсту убеђивања реторика ствара, односно до каквих исхода она доводи. Ваљало би подсетити да је основа Горгијиног филозофског релативизма изнета у делу *О небитку или о природи* које није сачувано, а до сазнања о основним деловима тог списа долазимо посредним путем, првенствено преко дела Секста Емпирика (*Sextus Empiricus*). Основна његова теза јесте: ништа не постоји, а ако би нешто постојало онда се не би могло спознати, а и да се може сазнати, не би се могло саопштити другоме.

Кључни спор између Сократа и ретора заправо настаје због проблематичности реторике као вештине кроз коју се може релативизовати истина односно због могућности релативизовања правде кроз реторику. Суштински

[30] *Ibid*., 449a. Добро примећује Џејмс Николс да је Сократ већ знао (што је очигледно из претходног разговора са Полом) да је Горгија ретор и шта је то реторика, али да је хтео баш од Горгије да чује како он види реторику, J. Nichols, „The Rhetoric of Justice in Plato's Gorgias", у: Plato, *Gorgias and Phaedrus* (trans. J. Nichols), Cornell University Press, Ithaca (USA), 1998, 131.

[31] Платон, *Горгија,* 450c.

[32] *Ibid*., 451d.

[33] *Ibid*., 452e. Слично и у Платоновом дијалогу „Филеб" један од учесника у дијалогу (Протарх) говори Сократу да је чуо како „Горгија у свакој прилици понавља да се вештина уверавања веома одликује од свих осталих, јер она постиже да јој све ропски служе добровољно, а не силом, и да је далеко најбоља од свих вештина", Платон, *Филеб* (прев. К. Марицки-Гађански, И. Гађански), БИГЗ, Београд, 1983, 58b. О утицају природноправних идеја грчких софиста на судско беседништво како у антици, тако и данас видети: Н. Бањац, „Филозофско-правна схватања природног права код софиста и примена тих схватања у судском беседништву", *Правни живот*, 12/2011.

се супротстављају два различита погледа на свет. То није само спор и разлика на линији Платон–Горгија, већ и разлика у погледима између Демостена и Исократа, Вергилија и Овидија, Дантеа и Петрарке, Милтона и Шекспира.[34] Како примећује Тадић, „Према тим дијалозима ('Горгија' и 'Федар' – прим. аутора), чинило би се, да је једна страна представник *истине*, а друга *привида*, или да је једна бранитељица филозофије (и то за сва времена), а друга заступница *антифилозофије*".[35] Дакле, дилема настаје поводом питања да ли ретор треба да учи и да познаје оно што је заиста праведно или само оно што се допада највећем броју људи?[36]

Платон у дијалогу „Горгија" супротставља знање и веровање. Он држи да реторика убеђивањем доводи до веровања а не до знања о томе шта је праведно, а шта неправедно и зато је види као „фантома политике и правде".[37] Дакле, за реторику није нужно знање, већ је довољно владање поступком убеђивања на основу кога „код незналица изгледа да говорник зна више него

[34] G. Kennedy, *The Art of Persuasion in Greece*, Princeton University Press, Princeton (USA), 1963, 15. Међутим, Кенеди са друге стране покушава да направи мост између реторике и филозофије, указујући и на значај реторике за филозофију: „Значај беседништва је велики и у суштини и у форми. Кадгод је убеђивање исходиште, реторика ту постоји. То је најизраженије у формалним говорима у епици или драмама или историји, али може се пронаћи како у деловима лирике, тако и филозофије, који формално нису беседнички. При одмеравању доказа, правећи закључке, и представљајући учено излагање, филозоф обавља скоро исти посао као говорник у суду, исто као што и историчар има сличне проблеме сведока, психолошке кредибилности, нарације догађаја, приписивања мотива, одмеравања доказа, процењивања правде, корисности или часности", *ibid*., 7. Исто и код: M. McCoy, *op. cit*., 110: „*Горгија* показује да филозофија дели много важних особина са реторичком праксом. И филозофија и реторика су заинтересовани за убеђивање. Обе су спремне да користе не само аргументе који се тичу употребе и значења термина, већ и слике и примере ради убеђивања слушалаца. Обе су повремено спремне да узбуркају емоције својих слушалаца да би постигли поенту. Обе воде рачуна о значају назора у доброј расправи". Управо то показује Платонов Сократ у „Горгији" који кроз цео дијалог брани и доказује убеђивањем исправност своје моралне позиције, нарочито у расправи са Каликлом.

[35] Љ. Тадић, „Сократика и софистика – Реторика у огледалу Платонове филозофије", 11. Платон у дијалогу „Федар" замера реторима Тисији и Горгији што држе да привид истине треба ценити више од саме истине, Платон, *Федар* (прев. М. Ђурић), БИГЗ, Београд, 1979, 267b. Због тога и Томас Хабинек реторику коју су користили Каликле и Федар назива „вештина мангупа", која је опасно угрозила „цвет атинског грађанства". Упркос повезивању друштвене критике реторике са филозофском, Хабинек подвлачи и кључну разлику: при састављању говора, писац говора и говорник теже ка уверавању, а слушаоци теже ка истини, док код филозофског испитивања све стране имају исти циљ", T. Habinek, *Ancient Rhetoric and Oratory*, Blackwell Publishing, Malden (USA)–Oxford (UK), 2005, 39. Слично становиште о софистици као антифилозофији и „интелектуалној болести" је изнео и француски филозоф Жак Маритен: „Софистика није систем идеја, већ изопачено стање ума", J. Maritain, *An Introduction to Philosophy* (trans. E. I. Watkin), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (USA), 2005, 35.

[36] Видети: Платон, *Федар*, 260a.

[37] G. Ballacci, *Political Theory Between Philosophy and Rhetoric*, Palgrave Macmillan, London (UK), 2018, 20.

познаваоци ствари".[38] Због тога Сократ закључује: „Према томе, говорник на суду и на осталим скуповима не учи о томе шта је праведно а шта неправедно, него само ствара веровање о томе и ништа више".[39] Због великих успеха који ретори постижу својим говорима Сократ види сву моћ реторике која је попут натприродне, божанске вештине. Али Сократ цени знање не зато што је оно корисно као што је то стварање уверења, већ управо зато што оно то није.

Горгија реторику позиционира као краљицу свих других вештина која се над њима уздиже и над којима влада.[40] Али то не значи да се она сме злоупотребљавати, јер како каже Милош Ђурић, реторика је попут отрова која може служити не само за излечење, већ и за убиство. Горгија не жели да преузме одговорност за своје ученике који би могли да изокрену ствари и да злоупотребе своје способности. За то прекор не заслужује ни учитељ, нити вештина, већ само они који се тим знањем не користе како треба. Реториком, као и било којим другим оружјем, се мора служити поштено. „Говорник је, разуме се, способан да говори пред свима о свему, и он може гомилу људи лакше и боље да убеди него било ко други о свему што га је воља. Али из тога не следи да он сме да лекарима или другим вештацима одузима углед само зато што је у стању да то уради".[41] Дакле, Горгија види реторику као морално неутралну вештину која може служити и добру и лошем. Начелни циљ ретора, неки би рекли и софиста, је да створи уверење о томе да ли је нешто праведно или неправедно, а не да доведе до знања о томе да је нешто праведно односно неправедно.[42] „У очима Горгије 'реч' је била господар који може учинити било шта, али као роб светлости она би требало да буде на услузи онима који следе његов пут".[43] На Горгијин став према реторици се може аналогно применити одређење природног права које је дао скандинавски правни реалиста Алф Рос, да је природно право, односно код Горгије реторика, попут блуднице, јер је на располагању свакоме и може служити различитим циљевима. Међутим, на крају Платон од Горгије изнуђује признање, доводећи га у противречност са самим собом, да ретор ипак мора знати шта је праведно и да никада не би злоупотребио реторику и начинио неправду.[44]

[38] Платон, *Горгија*, 459c. Због тога је Коплстон видео као једну од највећих опасности реторике софиста могућност да говорник лако дође у искушење „да поклони више пажње реторичком приказивању предмета него самом предмету", Ф. Коплстон, *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Дерета, Београд, 2015, 140.

[39] Платон, *Горгија*, 455a.

[40] *Ibid.*, 456b.

[41] *Ibid.*, 457a–b.

[42] Видети: С. Аврамовић, *Rhetorike techne* – вештина беседништва и јавни наступ, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2015, 89; R. Waterfield, *The First Philosophers – The Presocratics and Sophists*, Oxford University Press, Oxford (UK) – New York (USA), 2000, 223.

[43] W. K. C. Guthrie, *op. cit.*, 25.

[44] Платон, *Горгија*, 460, 461.

У дијалогу „умешача“ и Горгијиног ученика и овде браниоца Пола са Платоновим Сократом, Платон се примиче нешто ближој дефиницији реторике коју не узима као вештину, већ као искуство, односно извежбаност које ствара неко задовољство и неку пријатност, а чија је суштина заправо „ласкање“.[45] Ласкање на коме се заснива реторика Платон види као ружно јер како каже „оно тежи само за пријатним, без обзира на оно што је заиста добро“.[46] Тако Платон поистовећује реторику и куварство јер „за душу представља исто што и куварство за тело“.[47] У дијалогу Сократа и Пола, упркос Сократовом познатом ставу да је боље трпети неправду него је чинити, Пол покушава да разувери Сократа и да га убеди у супротно, да је чињење неправде у ствари пут ка срећи. У покушају да помоћу „лажних сведока“ истера Сократа из његове „куће, то јест из истине“ Пол је ражестио Сократа који је то видео као повод за даљу осуду реторике: „Драги мој пријатељу, ти покушаваш да моје разлоге обориш помоћу реторике, као они који се појављују пред судом са ’супротним доказима’. Тамо један ретор мисли да је побио разлоге другога, кад може у корист своје тезе довести многобројне угледне сведоке, док противник располаже само једним, или чак ниједним сведоком. Овакав начин доказивања је без икакве вредности при доказивању истине; може се каткад догодити да неки човек може изгубити парницу због кривог сведочења многих који уживају известан углед у свету“.[48] На крају, Платон види корист од реторике само ако неправду износи на видело, ако се њоме откривају учињене грешке, ако свако испашта за своје грешке како би се ослободио највећег зла, неправде. Међутим, људима који не желе да чине неправду заправо реторика и није од велике користи.[49] Платон куди реторику као средство којим се служе углавном неправедници како би прикрили учињену неправду и заговара идеалистичку реторику, за коју је Кенеди дао, чини се исправну, прилично реалистичну оцену, да је „изван могућности грчког полиса или чак модерног града“.[50]

Дакле, у дијалогу „Горгија“ Платон кроз Сократа покушава да побије реторику као вештину убеђивања говорима. Он филозофску образованост уздиже изнад реторике и држи да се без филозофије беседничка уметност не може развити јер је „без познавања истине нити има нити ће икада

[45] *Ibid*., 462c, 463b.

[46] *Ibid*., 465a.

[47] *Ibid*., 465e.

[48] *Ibid*., 471e–472a. Поједини аутори износе чак и то да реторика као моћно средство скривања истине испод речи које стварају привид, замагљује не само оно чему се дискутује, већ и како и од стране кога, E. Weinrib, „Law as Myth: Reflections on Plato’s Gorgias“, *Iowa Law Review*, Vol. 74, 4/1989, 788–789.

[49] Платон, *Горгија*, 480d, 481b.

[50] Џ. Кенеди, *Историја античке реторике*, Карпос, Београд, 2019, 45.

бити“.[51] Дакле, јасно је да је немогуће сагледавати питање реторике потпуно независно од питања правде. Али треба имати на уму чињеницу на коју Лео Штраус више пута упозорава да се у Платоновом дијалогу „Горгија“ не расправља о правди (што је главни предмет расправе у „Држави“) већ о реторици, односно да је фокус тог дијалога реторика.[52]

Главну болест софистичке реторике Милош Ђурић види у томе „што је све кудила, и оно што је најплеменитије, и све хвалила, и оно што је најгоре, и што је о свакој ствари могла говорити и похвално и прекорно и тиме као *advocatus diaboli* све логичке и етичке вредности стављати на главу… Речити, а неодговорни политички виртуози и грлати, али површни и бесавесни демагози, који су софистички интелектуализам и практицизам наопако схватили, те истину сматрали за химеру, морални закон за велику лаж и моралну врсноћу за пролазну предрасуду, служили су се вештинама софистичке реторике да би задобили поверење народне масе и тиме прокрчили себи пут до власти…“.[53]

Како Милош Ђурић примећује, ученици софистичке реторике су „своју беседу стављали изнад истине, праксу изнад теорије, субјекат изнад објекта, човека изнад природе“.[54] Дакле, главни циљ ретора је био практичан и састојао се у убеђивању других у „своју“ истину.[55] Тако Каликле филозофију види као непрактично „млаћење празне сламе“, као ствар за децу којом се треба бавити у младости, јер касније постаје пропаст за људе, јер филозоф постаје смешан ако дође у положај да треба да обави неки политички задатак или приватни посао, јер је невешт у томе.[56]

3. АФИРМАЦИЈА ПРАВА ЈАЧЕГА КРОЗ РЕТОРИКУ

На тренутак је потребно вратити се тези о постојању разлика између софиста и ретора. Зачеци природноправног учења који се могу наћи међу „софистима“ огледају се на првом месту кроз разликовање и супротстављање

[51] Видети: Платон, *Федар*, 260e; Видети и: *ibid*, 262c. У дијалогу „Федар“ Платон у основи остаје при ставу из „Горгије“ да је беседничка вештина без истине безвредна, јер се тада своди на „наговарање“ и није јој важно да се заснива на знању о томе шта је заиста праведно већ само на знању о ономе „што се свиди множини“, *ibid*., 260a. За разлику од Платона Софокле је говорио да је оно у шта људи верују вредније од истине, односно да је веровање важније од знања.

[52] L. Strauss, *Seminar on Plato's Gorgias*, University of Chicago, 1957, *passim*, доступно на: https://wslamp70.s3.amazonaws.com/leostrauss/s3fs-public/Plato%27s%20Gorgias%201957.pdf.

[53] М. Ђурић, „Предговор“, у: Платон, *Ијон, Гозба, Федар* (прев. М. Ђурић), XXIX.

[54] *Ibid*., XXX.

[55] С. Аврамовић, *op. cit*., 88. Или како подвлачи Лео Штраус: „ретор ствара уверења не само у погледу неправедности крађе, издаје, или чега све не; он ствара уверења и у погледу суштине правде“, L. Strauss, *op. cit*., 42.

[56] Видети: Платон, *Горгија*, 484d–e.

nomos–physis.[57] Међутим, оно што је карактеристично за природноправно учење уопште, а што се очитава и код грчких „софиста", јесте чињеница да се из исте идеје природног права долазило до потпуно различитих исхода и да су се могли оправдати било који (па и супротстављени) типови политичких режима. Тако су на пример Хипија и Антифонт, „филозофски оријентисани софисти", како их назива Михајло Ђурић, заговарали једно демократско учење о природном праву, полазећи од биолошке једнакости људи. С друге стране, Каликле и Трасимах су утирали пут аристократском природноправном схватању заснованом на суштинској неједнакости између људи. Треба приметити да они који се уобичајено и без сумње узимају као софисти (Хипија и Антифонт) своје виђење граде и као врхунски принцип постављају изворну једнакост људи, док они који су били првенствено ретори (Каликле и Трасимах) полазе од претпоставке неједнакости људи и теже афирмацији природног права јачега.[58] Дакле, самим тим се и реторика показује као реакционарно средство којом се људи освајају и потчињавају.

На крају дијалога „Горгија" у разговор се укључује и највећи непријатељ Платоновог Сократа, парадигма иморализма, ретор и политичар Каликле. Каликле заузима став да се природа и закон најчешће противе једно другом.[59] Тако је по закону ружније неправду чинити, а по природи је ружније неправду трпети. Законе су створили слаби, гомила само ради себе и своје користи „да би заплашили јаке, који су најпре способни да стекну имање, и да би их спречили у томе да га стварно стекну, они говоре да је ружно и неправедно имати више од других и да се неправда састоји у суштини баш у томе што неко жели да има више од свог суседа. Јер они сами су, рекао бих, задовољни и са једнаким, зато што ништа не вреде".[60] Дакле, иако се на основу закона сматра неправедним „сваки покушај да се тражи нешто више него што има већина", по природи је праведно „ако бољи има више од горег, а јачи више од слабијег" и „ако јачи влада над слабим и ако има више",[61] односно „да бољи и разумнији влада и да има више од мање вредних".[62] Наводећи

[57] Видети више: A. H. Chroust, „The Philosophy of Law of the Early Sophists", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 20, 1/1975. О (не)постојању природноправног разликовања *nomos–physis* у Софокловим драмама видети више: Д. Аврамовић, И. Јованов, „Ограничења Покрета право и књижевност – пример Софокла", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017.

[58] О настанку теорије о праву јачег у старој Грчкој видети више: И. Јордовић, „Историјски корени учења о праву јачег", *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009.

[59] Каликле је у „Горгији" изричит поводом тога да су софисти („они који се хвале да омладину васпитавају за врлину") људи који ништа не вреде, Платон, *Горгија*, 520a. Мада је збуњујуће то што Каликле користи чувену софистичку антитезу *nomos–physis*, видети више М. Ђурић, *Идеја природног права код грчких софиста*, 220.

[60] Платон, *Горгија*, 483b–c.

[61] *Ibid*., 483d, 483e.

[62] *Ibid*., 490a.

примере Ксеркса и његовог оца као јаких, снажних људи, Каликле наставља: „Него, ја мислим да сви ови људи раде тако на основу природног права, и, тако ми Зевса, по природном закону, а не по законима које ми људи сами стварамо и по којима ми најбоље и најјаче међу нама, узимајући их већ од малих ногу, држимо у страху па их као лавове кротимо опчињавањем и претварањем, говорећи им да не ваља да неко има више од другога и да се у томе састоји праведно и лепо“.[63] Дакле, како Каликле види, законско ограничавање, упросечавање, „кроћење“ људи, јесте супротно природи и природном праву.

Такође, за Каликла је природно бити неумерен, разуздан, необуздавати страсти: „слабићи би желели да људе који су по природи бољи, начине робовима, а пошто сами нису у стању да се потпуно предају уживањима, они хвале умереност и праведност само из свог кукавичлука“.[64] Дилман стоји на становишту да су вредности које Каликле (али касније и Ниче) желе да одбране и прикажу их као природне, само њихове вредности и своде се искључиво на њихове моралне погледе.[65]

Побијајући Каликла, Платон супротставља два начина живота као и две вредности, пријатно и добро. Први начин живота (Каликлов живот), који Платон презире, а који почива на пријатности и на уживању, подразумева бављење реториком и политиком (односно активним учешћем у животу полиса). Други начин живота јесте бављење филозофијом која нам (за разлику од првог начина живота) пружа знање о томе шта је добро, а шта зло и отвара пут ка истини.[66] Дакле, Платон тежи да на сваки начин одузме моралну вредност реторици.

Платонов Сократ устаје против тзв. вулгарне реторике као улагивања која тежи за пријатним и за допадањем публици (једна врста демагогије) и залаже се за тзв. племениту реторику која, без обзира на реакцију слушалаца, тежи да „душе грађана учини бољима“ и да у њихова срца „усади праведност и умереност и уклони неправду и разузданост“.[67] Дакле, Платон не одбацује потпуно реторику, већ се залаже за „добру“ реторику која ће бити усклађена са филозофском тежњом за врлином. Такође, остаје при свом ставу да је боље трпети неправду (што се углавном догађа филозофима), него је чинити (што је могућност која је расположива реторима). Кроз цео дијалог Сократ уствари покушава да придобије Горгију као савезника у стварању нове, племените реторике.[68]

---

[63] *Ibid*., 483e–484a.

[64] *Ibid*., 492a.

[65] I. Dilman, *op. cit*., 104.

[66] Платон, *Горгија*, 500.

[67] *Ibid*., 504e.

[68] Видети више: D. Stauffer, *The Unity of Plato's Gorgias – Rhetoric, Justice and the Philosophic Life*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2006, 177–181.

Ипак, Платонов Сократ остаје реалан и види шта би филозофа задесило пред судом: „Пошто никад не покушавам да говорим по вољи никоме, него увек гледам на оно што је најбоље, а не на оно што је најпријатније, пошто, даље, немам намеру да радим све оне лепе ствари које ми ти, Каликле, саветујеш, нећу имати ништа да кажем пред судом“.[69] Чини се да на овом месту Платон признаје сву слабост филозофије која због недостатка прагме не успева да се носи са реалним животним проблемима и да реторика тријумфује као вештина на страни јачег. Али он и даље није спреман да прихвати тезу коју прихватају његови саговорници да је реторика „у савезу са неправдом“.[70] Зато Платон, као једну од највећих врлина оних стварно јаких види у постојању могућности, али и свесног суздржавања од чињења неправде.[71] Такви ретори би били вредни хвале. На крају, Сократ живот који Каликле препоручује узима као безвредан и остаје при томе да је вредно једино живети праведно и у врлини.[72]

Мада природноправно учење о праву јачег које заговара ретор (Милош и Михајло Ђурић би додали: и софиста) Трасимах није обухваћено дијалогом „Горгија“, већ његове ставове Платон преноси у првој књизи „Државе“, нужно је дотаћи се и Трасимаховог виђења, у покушају бољег разумевања и утемељивања начелне разлике у ставовима на линији софисти–ретори.

Трасимах, слично Каликловом радикалном учењу, заговара идеју да правично „није ништа друго него оно што користи јачему“.[73] Свака државна власт прави законе који њој користе: „За оно што је њима корисно веле да је право поданика, коме се ови имају покоравати, и ако га ко прекорачи, онда га кажњавају као човека који је преступио законе и починио кривицу“.[74] Тако се правичност показује као оно што користи јачему, односно државној власти без обзира на њен облик, била она демократија или тиранида. Због тога Трасимах пребацује Сократу да је наиван јер не види „да су правда и праведник у ствари туђе добро, да су они корист ономе ко је јачи и ко влада, а штета ономе ко је потчињен и покорава се“, као и да је „неправичност јача, слободнија и силнија него правичност“.[75]

И Каликле и Трасимах заговарају потпуни волунтаризам јаких, моћних појединаца у управљању државом, чиме се утире пут ономе што ће се доста касније артикулисати као теорија силе.[76]

---

[69] Платон, *Горгија*, 521e.

[70] J. De Romilly, *op.* cit., 71.

[71] Платон, *Горгија*, 526a.

[72] *Ibid*., 527e.

[73] Платон, *Држава* (прев. А. Вилхар, Б. Павловић), БИГЗ, 1983, 338c.

[74] *Ibid*., 338e.

[75] *Ibid*, 343c, 344c.

[76] О Каликлу као Ничеовој идејној инспирацији видети: Plato, *Gorgias* (trans. with introduction and commentary E. R. Dodds), Clarendon Press, Oxford, 1959, 387–391.

Дакле, Платон кроз Сократа покушава да на Горгију пребаци одговорност за афирмацију учења о праву јачега које су проповедали његови ученици.[77] Међутим, Горгија није могао ни да слути када је стварао услове за „аристократско-реакционарну револуцију одозго“ да ће тежња за влашћу пробуђена код јаких личности моћи да се окрене против саме државе.[78] Он је у основи имао добру намеру – спречити тиранију већине над образованом мањином.

Ипак, последица Горгијиног деловања и подучавања је очигледна: реторика као вештина са великим потенцијалом за релативизовање истине и правде је постала погодно средство и за афирмацију природног права јачега.

4. ПРАВЕДНО ЈЕ ОНО У ШТА ВЕРУЈЕМО И У ШТА УБЕДИМО ДРУГОГА ДА ВЕРУЈЕ

Субјективизација, а самим тим и релативизација правде је заправо оно што Платон (односно читава сократика) замера реторима (неки би рекли софистима) и реторици. Тако и Милош Ђурић као главну замерку Горгијиној теорији беседништва види у „филозофском индиферентизму и индивидуалистичко-етичком опортунизму“. Слично закључују и Гордана Вукадиновић и Драган Митровић који реторику виде као ненаучну и нефилозофску дисциплину која учи вештини уверавања и придобијања и која без придодате етичности постаје попут ножа који у руци хирурга спасава живот, а у руци Џека Трбосека га мучки одузима.[79] И заиста, реторика јесте морално индиферентна, морално неутрална вештина, за коју правда није апсолутна, неупитна вредност. Разумевање правде као нечега савршеног, апсолутног, неподложног субјективизацији је основа Платоновог идеализма. Платоново хируршко одвајање чулног света од умног света (света идеја) у коме егзистира апсолутна правда чини се као сувише радикалан захват. Због тога релативизација истине, а потом и правде, постаје неминовност коју намеће реалност. Субјективна димензија правде подразумева да правда једног, скоро увек представља неправду за неког другог. Због тога се можемо приклонити Келзеновом запажању да не може постојати апсолутно праведан поредак који јемчи срећу свих и да због тога апсолутна правда представља ирационалан идеал, неприступачан рационалном људском сазнању.[80]

---

[77] М. Ђурић, *Историја хеленске етике,* 200.

[78] *Ibid*., 204.

[79] Г. Вукадиновић, Д. Митровић, *op. cit*., 32–33.

[80] Видети: Х. Келзен, *Шта је правда* (прев. Д. Баста, К. Чавошки), Филип Вишњић, Београд, 1998.

Са праведним стоји исто као и са истинитим, јер је уобичајено становиште да је спознаја истине правни пут до правде. Најбољи доказ за недокучивост апсолутне истине, а потом и релативност правде је садржан управо у претпоставци створеној још у антици – *Res iudicata pro veritate accipitur*. Због ограничености људског сазнања човек мора да се суочи са сопственом несигурношћу и несавршеношћу и, да једном заувек, схвати да апсолутна правда остаје недостижна. Чак ни сам Платон није успео да пружи њено суштинско одређење. Дакле, правда попут истине представља оно у шта ми верујемо и оно у шта убедимо друге да верују. Као закључак се намеће тврдња да није спознаја истине правни пут до правде, већ да је упознавање реторике као вештине убеђивања прави, али и правни пут до правде. Реални свет је свет уверења, а не свет апсолутног знања, односно апсолутног добра које се код Платона приближава Богу. Речима Дејвида Клема, са тријумфом Кантове критике Бога, као трансцеденталног идеала разума, Бог, који је некада живео као ефективна идеја, са развојем савременог критичког мишљења идеја умире, и Бог се показује као илузија.[81]

Због тога, реторика се показује као једно од средстава које је расположиво не само за манипулацију људима ради постизања практичних циљева (као на пример кроз говоре демагога у старој Атини), већ и за манипулацију значењем и одређењем појма правде, онога што нажалост није једном и занавек дато. Тако реторика постаје могуће средство идеолошке индоктринације, средство политичког завођења и то не само у старој Грчкој, већ у свим културама и у свим временима.

Дакле, реторика омогућава прилагођавање променљивој друштвеној стварности и представља средство којим се долази до жељеног циља. Шта би друго био посао правника (нарочито адвоката) него уверавање у истину, уверавање у сопствену правду. Због тога је реторика за правнике од суштинског значаја јер се правници суочавају са реалним животним проблемима који се морају разрешити.[82] Имајући у виду постојање правне неизвесности,

---

[81] D. Klemm, „Gorgias, Law and Rhetoric“, *Iowa Law Review*, Vol. 74, 4/1989, 819.

[82] Слично гледиште је на веома интересантан начин изнео један од утемељивача модерног правно-теоријског правца Право и књижевност. Видети: J. B. White, „Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life“, *The University of Chicago Law Review*, 3/1985. Реторика, представља, према његовом виђењу, грану права. Реторику коју промовише он назива „конститутивном реториком“. Она није само вештина убеђивања, већ вештина којом се конституише култура и заједница, јер реторика као и право полази од једне културе и од одређених појединаца. На тај начин, од просте замене за науку, она постаје сама наука: „То је знање које чини нас саме као појединце и као заједнице кроз начин на који говоримо једни са другима“, *ibid*., 700. У једном свом ранијем чланку Вајт стављајући дијалог „Горгија“ у савремени контекст, наставља Платонов дијалог и супротставља мишљења два савремена, замишљена адвоката са различитим етичким полазиштима, која назива Еуерг (*Euerges*) – што на грчком значи „онај који чини добро“ и Еуфем (*Euphemes*) – што на грчком

показује се да су право и реторика много ближи него право и филозофија. Оперативност и инструменталност реторике у светлости непостојања потпуне правне сигурности, јесу од велике практичне користи правницима, нарочито практичарима. Филозофија остаје у свом метасвету у вечном трагању за правдом која остаје недокучива. Мада би према Платоновом мишљењу требало да филозофија усмерава реторику како би она постала праведна, у стварности се реторика показује као усмеравајућа вештина у односу на филозофију, којој недостаје практична компонента и суштинско одређење апсолутно праведног. Треба се присетити реалистичног става једног античког филозофа, Сократовог ученика, критичара Платоновог идеализма и оснивача киничке школе, Антистена: „Ако желиш да дете живи са боговима, подучавај га филозофији, а ако желиш да живи са људима, подучавај га реторици". На крају, ипак не треба сметнути са ума ни Келзеново упозорење да илузија апсолутне правде код људи ипак остаје неразорива, јача од сваке реалности, због чега се „ни човечанство вероватно никада неће задовољити одговором софиста, него ће увек изнова – па макар и кроз крв и сузе – тражити пут којим је ишао Платон, пут религије".[83]

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Аврамовић, Д., Јованов, И., „Ограничења Покрета право и књижевност – пример Софокла", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017, 353–368.

Аврамовић, С., *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2015.

Бањац, Н., „Филозофско-правна схватања природног права код софиста и примена тих схватања у судском беседништву", *Правни живот*, 12/2011, 645–658.

Ballacci, G., *Political Theory Between Philosophy and Rhetoric*, Palgrave Macmillan, London (UK), 2018.

Вукадиновић, Г., Митровић, Д., *Увод у теорију и филозофију права*, Досије студио, Београд, 2019.

Gagarin, M., *Antiphon the Athenian – Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists*, University of Texas Press, Austin (USA), 2002.

Guthrie, W. K. C., *The Sophists*, Cambgridge University Press, Cambridge (UK), 1971.

De Romilly, J., *The Great Sophists in Periclean Athens*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA), 1998.

Dilman, I., *Morality and the Inner Life – A Study in Plato's Gorgias*, Macmillan Press, London (UK), 1979.

Ђурић, М., *Историја хеленске етике*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1987.

значи „онај који добро говори", видети: J. B. White, „The Ethics of Argument: Plato's *Gorgias* and the Modern Lawyer", University of Chicago Law Review, Vol. 50, 2/1983.

[83] Х. Келзен, *op. cit*., 129.

Ђурић, М., „Предговор“, у: Платон, *Ијон, Гозба, Федар* (прев. М. Ђурић), БИГЗ, Београд, 1979, V–XXXV.
Ђурић, М., *Идеја природног права код грчких софиста*, у: *Из историје античке филозофије*, Сабрани списи, Књ. 1, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд, 2009.
Јордовић, И., „Историјски корени учења о праву јачег“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2009, 212–228.
Келзен, Х., *Шта је правда* (прев. Д. Баста, К. Чавошки), Филип Вишњић, Београд, 1998.
Кенеди, Џ., *Историја античке реторике*, Карпос, Београд, 2019.
Kennedy, G., *The Art of Persuasion in Greece*, Princeton University Press, Princeton (USA), 1963.
Klemm, D., „Gorgias, Law and Rhetoric“, *Iowa Law Review*, Vol. 74, 4/1989, 819–826.
Коплстон, Ф., *Историја филозофије – Грчка и Рим*, Дерета, Београд, 2015.
Лукић, Р., *Историја политичких и правних теорија*, Завод за уџбенике и наставна средства–БИГЗ, Београд, 1995.
Maritain, J., *An Introduction to Philosophy* (trans. E. I. Watkin), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (USA), 2005.
McCoy, M., *Plato on the Rhetoric of Philosophers and Sophists*, Cambridge University Press, Cambridge (UK)–New York (USA), 2008.
Nichols, J., „The Rhetoric of Justice in Plato's Gorgias“, in: Plato, *Gorgias and Phaedrus* (trans. J. Nichols), Cornell University Press, Ithaca (USA), 1998, 131–149.
Платон, *Горгија* (прев. А. Вилхар), Култура, Београд, 1968.
Платон, *Држава* (прев. А. Вилхар, Б. Павловић), БИГЗ, 1983.
Платон, *Менон* (прев. А. Вилхар), у: Платон, *Дијалози*, Култура, Београд, 1970.
Платон, *Федар* (прев. М. Ђурић), БИГЗ, Београд, 1979.
Платон, *Филеб* (прев. К. Марицки-Гаћански, И. Гаћански), БИГЗ, Београд, 1983.
Stauffer, D., *The Unity of Plato's Gorgias – Rhetoric, Justice and the Philosophic Life*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2006.
Strauss, L., *Seminar on Plato's Gorgias*, University of Chicago, 1957, доступно на: https://wslamp70.s3.amazonaws.com/leostrauss/s3fspublic/Plato%27s%20Gorgias%201957.pdf.
Тадић, Љ., „Сократика и софистика – Реторика у огледалу Платонове филозофије“, *Филозофија и друштво* VII, 1995, 11–38.
Фасо, Г., *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица, 2004.
Habinek, T., *Ancient Rhetoric and Oratory*, Blackwell Publishing, Malden (USA) – Oxford (UK), 2005.
Harrison, E. L., „Was Gorgias a Sophist?“, *Phoenix*, Vol. 18, 3/1964, 183–192.
Corey, D., *The Sophists in Plato's Dialogues*, State University of New York Press, Albany (USA), 2015.
Chroust, A. H., „The Philosophy of Law of the Early Sophists“, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 20, 1/1975, 81–94.
Wardy, R., *The Birth of Rhetoric – Gorgias, Plato and their successors*, Routledge, London (UK) – New York (USA), 1996.
Waterfield, R., *The First Philosophers – The Presocratics and Sophists*, Oxford University Press, Oxford (UK) – New York (USA), 2000.

Weinrib, E., „Law as Myth: Reflections on Plato's Gorgias", *Iowa Law Review*, Vol. 74, 4/1989, 787–806.
White, J. B., „Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life", *The University of Chicago Law Review*, 3/1985, 684–702.
White, J. B., „The Ethics of Argument: Plato's *Gorgias* and the Modern Lawyer", University of Chicago Law Review, Vol. 50, 2/1983, 849–895.

Dragutin S. Avramović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.avramovic@pf.uns.ac.rs

Ilija D. Jovanov, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
i.jovanov@pf.uns.ac.rs

Relativization of Justice Through Rhetoric – Plato'S Gorgias as Paradigm

Abstract: *Through analysis of the works of Plato, particularly his dialogue Gorgia, the authors attempt to perceive prospective of rhetoric as the art of persuasion which could relativize truth and justice. The authors firstly try to solve a preliminary issue about qualification of participants in the dialogue as sophists or as rhetors. After examination of different attitudes on that issue in the current theory, the authors take stand that, at least in Gorgia, Plato's Socrates is combating with rhetors (Gorgias, Pollus and Callicles), and not with sophists. Zone of accordance between Socrates and rhetors is, without any doubt, that rhetoric is the art of persuasion, but they do not agree on the outcomes to which that persuasion leads. The tendency to achieve absolute truth (justice), knowledge, is the goal of the philosophers (as Socrates states), which contradicts to the chief aim of the rhetors – a belief or creating a conviction of the truth (justice). The authors also draw attention that Socrates is all the time aware of all the weaknesses of philosophy which, contrary to rhetoric, could not handle real life problems due to the lack of pragmatism.*

The authors underline that those who are undoubtedly considered as sophists (like Hippias and Antiphon) as their starting principle place the idea of innate equality of people, while those who are predominantly rhetors (as Callicles and Trasimach) start from the concept of natural inequality of people and uphold natural right of the stronger. In that way rhetoric appears as an art which leads to accomplishing the natural right of the stronger. Finally, having in mind examples from antiquity, the authors take position of value relativism. They find that rhetoric stays morally neutral even today and that it has great potential to morally justify (or only to show as just) any desired outcome.

Keywords: *Justice; Plato; Gorgias; Rhetoric; Sophists; Right of the Stronger.*

Датум пријема рада: 9.11.2019.

Оригинални научни рад 347.441.8(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-25488

Др Сања М. Радовановић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

Николина Б. Мишчевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

О ПОДЕЛИ НА НЕПОСТОЈЕЋЕ И НИШТАВЕ УГОВОРЕ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ*

Сажетак: *У Закону о облигационим односима, у оквиру дела којим се регулише неважност уговора изричито се помињу само ништави и рушљиви уговори. Међутим, у домаћој теорији се често говори и о даљој подели ништавих на непостојеће и ништаве уговоре у ужем смислу. Док једни овој подели негирају било какав практични значај, други указују на нужност њеног постојања. У раду су анализирана схватања домаћих аутора о овој подели, аргументи који се наводе у прилог разликовању непостојећих од ништавих уговора, као и правила Закона о облигационим односима, са циљем испитивања потребе за непостојећим уговорима као посебном врстом неважећих уговора.*

Кључне речи: *ништави уговори, непостојећи уговори, конверзија уговора, неважност уговора.*

1. УВОД

Иако се у Закону о облигационим односима[1] и судској пракси неважећи уговори деле на ништаве (апсолутно ништаве) и рушљиве (релативно ништаве), у домаћој теорији се често говори о трострукој подели неважећих

---

* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“ чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

[1] Закон о облигационим односима-ЗОО, *Сл. Лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. Лист СРЈ*, бр. 31/93 и Сл. Лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

уговора на ништаве у ужем смислу, непостојеће и рушљиве. Под ништавим уговорима у ужем смислу се у том случају подразумевају уговори који су супротни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Са друге стране, непостојећим уговорима се називају они којима недостаје један од битних услова за пуноважан настанак уговора: сагласност воља, способност уговарања, предмет, кауза или, у неким случајевима, форма уговора.

Појам непостојећих уговора води порекло из француског брачног права, а у домаћем праву категорија непостојећих бракова уведена је Основним законом о браку из 1946. године.[2] Овај појам је у француској теорији пренет и на грађанскоправне уговоре, одакле су га преузели домаћи аутори. Међутим, ни француска теорија одакле овај институт потиче није се усагласила у погледу непостојећих уговора и значаја њиховог разликовања од ништавих уговора. Штавише, и француски аутори наводе да се ради о подели која нема практични значај.[3] И поред тога, непостојећим уговорима је у домаћој теорији посвећено доста пажње. У раду ће бити изложена схватања домаћих аутора о непостојећим уговорима, потреби њиховог разликовања од ништавих уговора у ужем смислу и постојању ове поделе у нашем законодавству. Потом ће бити анализиране одредбе ЗОО ради испитивања постојања ове поделе у овом закону, као и аргументи који се у теорији наводе у прилог разликовању непостојећих од ништавих уговора, те изнет и став аутора овог рада о наведеним питањима.

2. ПОДЕЛА УГОВОРА НА НЕПОСТОЈЕЋЕ И НИШТАВЕ У ДОМАЋОЈ ТЕОРИЈИ

Попут француских, и поједини домаћи аутори у својим радовима наглашавају да је ова подела теоријског карактера и да у практичном смислу нема велики значај јер се у законодавству и судској пракси не прави разлика, будући да је за све ништаве уговоре предвиђена иста последица – ниједан од њих не производи правно дејство.[4] Са друге стране, друга група аутора истиче потребу разликовања ништавих и непостојећих уговора, те наводе

---

[2] Више о непостојећим и ништавим браковима у домаћем праву вид. у Милош Стеванов,"Новине у брачном праву република и покрајина (осврт на непостојећи и ништав брак), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 10, 1976, 47-67.

[3] Alain Benbent, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2010, 155 и 158.

[4] Слободан Перовић, „Неважећи уговори према Закону о облигационим односима", *Привреда и право*, 10/1978, 33-34. Исто *Перовић* наводи и у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац 1980, 358-359, *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд 1995, 213-214, а пре Закона о облигационим односима у *Забрањени уговори*, Београд 1975, 227. Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1978, 454; Јаков Радишић,

да ова подела нема само теоријски, већ и практични значај.[5] Међу ауторима који истичу потребу издвајања посебне категорије непостојећих уговора има и оних који сматрају да непостојеће уговоре не треба уопште разматрати у оквиру пуноважности уговора, већ у оквиру закључења уговора.[6]

Интересантно је да и одређени аутори према којима је ова подела теоријског типа и нема практични значај јер се „углавном не чини у законодавствима и судској пракси“[7] даље наводе да ЗОО ипак помиње непостојеће уговоре. *Перовић* као пример за то наводи чл. 63 ЗОО којим се регулише неспоразум. Овом одредбом је предвиђено да „кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или основу или о предмету обавезе, уговор не настаје“. Такође, *Визнер* наводи да „закон индиректно упућује на потребу разликовања непостојећих и апсолутно ништавих уговора“ и додаје да то разликовање има и практични значај. Он тај значај види у могућности одузимања предмета престације у корист општине која је резервисана само за апсолутно ништаве уговоре и могућности конверзије која је, према његовом схватању, могућа само код непостојећих уговора. *Визнер* истиче да се разликовање ништавих и непостојећих уговора у ЗОО може препознати по томе што се за непостојећи уговор наводи да „нема правни учинак“, а за апсолутно ништаве „такав уговор је ништав“. Међутим, за разлику од *Перовића*, он као пример непостојећег уговора не наводи неспоразум, већ фиктивне уговоре и уговоре закључене од стране пословно неспособних лица.[8]

О томе колико је подела ништавих уговора на непостојеће и апсолутно ништаве у ужем смислу спорна у домаћем праву говори, прво, чињеница да и аутори који заступају схватање према којем је ова подела оправдана и са теоријског и са практичног аспекта на врло различите начине говоре о томе који се то уговори могу сврстати у непостојеће. Осим тога, и мишљења ових аутора о практичним разлозима ове поделе су веома разноврсна. Тако *Карамарковићева* у непостојеће уговоре сврстава формалне уговоре који нису сачињени у предвиђеној форми.[9] Она као разлоге због којих је нужно разликовати непостојеће од ништавих уговора наводи круг субјеката који могу да траже заштиту, врсте заштите, могућност конвалидације и конверзије.

Облигационо право, Ниш 2016, 185-186; Јована Пушац, „Правне последице повреде битне форме уговора“, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, 65 (2013), 355.

[5] Лепосава Карамарковић, „Апсолутно ништави уговори“, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2004, 7 и даље; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014, 467-469.

[6] Л. Карамарковић, 7; Катарина Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 266-267.

[7] С. Перовић у свим наведеним делима.

[8] Б. Визнер, 454-457.

[9] Л. Карамарковић, 8.

Према схватању *Карамарковићеве*, на ништавост суд пази по службеној дужности, могу је истицати уговорне стране, сва заинтересована лица и јавни тужилац, док код непостојећег уговора заштиту може да захтева само уговарна страна. Код врста заштите, захтев за утврђивање ништавости може да се истиче само у случају апсолутно ништавих уговора у ужем смислу, док код непостојећих то није могуће јер уговор није ни настао, те би такав захтев суд одбио[10].

Даље, према овој ауторки, код ништавих уговора, уз захтев за утврђење ништавости, уговорна страна може поднети и захтев за реституцију, док код непостојећих „има само непосредно овлашћење да се обрати суду са захтевом за повраћај датог које се врши према општим правилима о стицању без основа". Када је реч о захтеву за накнаду штете, у случају ништавих уговора, на основу чл. 108 ЗОО, уговорна страна која је крива за ништавост уговора одговара другој, савесној страни за штету коју трпи због ништавости уговора, а код непостојећих овај захтев произлази из чл. 30 ЗОО која регулише преговоре. У погледу могућности конвалидације, *Карамарковићева* истиче да је она могућа према ЗОО код непостојећих уговора и то оних којима недостаје форма као битан услов, у складу са чл.73. Код апсолутно ништавих у ужем смислу она је у начелу искључена са изузетком који је предвиђен у чл. 107 ЗОО према којем се ништавост не може истицати ако је забрана била малог значаја, а уговор је извршен. И на крају, према овој ауторки, конверзија уговора резервисана је искључиво за непостојеће уговоре. Апсолутно ништави уговори у ужем смислу не могу постати пуноважни без обзира на то о којој је врсти уговора реч. Стога је према мишљењу *Карамарковићеве*, одредби о конверзији уговора место у делу ЗОО који се односи на форму уговора, а не у делу који се односи на неважност уговора.[11]

О непостојећим уговорима и потреби њиховог одвајања од ништавих уговора говори и *Доловићева*. Попут *Карамарковићеве*, она истиче да се о непостојећим уговорима говори у контексту закључења, настанка, а не пуноважности уговора, те да они не спадају у категорију неважећих уговора. Да би се о пуноважности уговора расправљало, потребно је да он има све потребне битне услове, што непостојећи уговор нема. Тако *Доловићева* наводи да рушљиви и ништави уговори постоје у правном саобраћају као правни акти до утврђења њихове ништавости, односно до поништења, док непостојећи уговори „уопште немају изглед правног акта".[12] Она као примере непостојећих уговора наводи неспоразум, уговор закључен од стране потпуно пословно неспособног лица, као и уговор који није закључен у прописаној,

[10] Не наводећи извор ова ауторка додаје да је присутно и схватање да у овом случају „треба одбацити тужбу због непостојања правног интереса". Л. Карамарковић 10.

[11] *Ibid.* 9-14.

[12] К. Доловић, 266-267.

односно уговореној обавеној форми.[13] Када је реч о последицама непостојећих уговора она такође наводи да би страна која је дала нешто по основу непостојећег уговора могла да захтева реституцију на основу правила о неоснованом обогаћењу. Међутим, за разлику од *Карамарковићеве*, она оправдано истиче да је за то потребно да суд претходно утврди да није дошло до закључења уговора.[14] И на крају, *Доловићева* је такође мишљења да је конвалидација непостојећег уговора могућа у случају изостанка обавезне писане форме у складу са чл. 73 ЗОО, као и да је конверзија једино могућа код непостојећих уговора.[15]

Међу наведене ауторе који истичу значај разликовања непостојећих од ништавих уговора може се сврстати и *Водинелић*, али се сличност ставова ових аутора на томе завршава. Наиме, за разлику од *Карамарковићеве* и *Доловићеве* према којима непостојећи уговор не спада у неважеће уговоре, *Водинелић* изричито наводи да непостојећи уговори представљају једну од три врсте неважећих правних послова, поред ништавих и рушљивих.[16] Непостојећим правним пословима недостаје „оно што је елементарно за сваки правни посао“ и зато они представљају само привид посла и, од свих неважећих послова, трпе најстроже последице. *Водинелић* као примере непостојећих правних послова наводи оне који су закључени од стране потпуно пословно неспособног лица, послове закључене у шали, симуловане правне послове, као и неспоразум из чл. 63 ЗОО, тј. правне послове код којих постоји заблуда о природи, предмету или каузи уговора.[17] Међутим, за разлику од претходно наведених аутора, он уговоре којима недостаје обавезна форма сврстава у ништаве, а не непостојеће уговоре.[18] Највећа разлика у мишљењима наведених аутора постоји у погледу могућности конвалидације и конверзије уговора. Према *Водинелићу*, конвалидација је, поред рушљивих, могућа и код ништавих, а конверзија искључиво код ништавих уговора. Из овог разлога *Водинелић* каже да за непостојеће правне послове важи најстрожи режим јер они ни на који начин не могу произвести дејство.[19]

Мада се *Радишић* може сврстати у ону групу аутора који поделу уговора на непостојеће и ништаве сматрају непотребном јер ни једни, ни други

[13] *Ibid*. 270-275.

[14] *Ibid*. 276.

[15] *Ibid*. 276-277.

[16] Владимир В. Водинелић, 467.

[17] *Ibid*. 468.

[18] Према *Водинелићу*, ништави уговори су они „који задовољавају све елементарне потрепштине за појам правног посла (пословну способност субјекта, сагласност изјава код уговора и сл.), док су му недостаци друге врсте“, а „тичу се нарочито садржине посла, форме посла, непостојања дозволе потребне за предузимање посла, непостојања или непридржавања овлашћења за заступање и постојања конфликта интереса прі заступању“. *Ibid*. 469.

[19] *Ibid*. 469.

не производе правно дејство, он додаје да уколико се таква разлика и направи, она се огледа само у томе што се ништави могу конвертовати и у одређеним случајевима конвалидирати, док непостојећи не могу ни једно, ни друго.[20] Дакле, он у том смислу дели *Водинелићево* мишљење. [21]

Ђуровићева у раду о непостојећим и ништавим уговорима истиче да ова подела у домаћем законодавству не постоји и да је савремена правна теорија не прихавата сматрајући је непотребном због исте сврхе и санкције.[22] *Ђуровићева* се, међутим, контрадикторно изјашњава о ништавим уговорима. У једној реченици наводи да су ништави уговори они којима недостаје неки од конститутивних елемената уговора (уговорна способност, сагласност воља, предмет, основ или форма) или они чија је садржина недозвољена, „супротна нормама објективног права и морала". Одмах потом каже да „за разлику од непостојећих правних послова, ништави уговори по свом спољњем изгледу имају све потребне елементе за њихов настанак. Или, како се то уобичајено каже имају бар привид правног посла".[23] Дакле, она на једном месту ништавим сматра и оне уговоре којима недостаје битан услов за настанак, а већ у следећој реченици истиче да ништаве од непостојећих разликује управо то што имају све потребне елементе за настанак уговора. У погледу могућности конвалидације и конверзије она се разликује о односу на обе претходно наведене групе аутора. Према овој ауторки, конвалидирати се могу само ништави, а конвертовати само непостојећи. За разлику од ништавих који се изузетно могу конвалидирати, код непостојећих таква могућност не постоји „јер не може се нешто што није ни настало, што нема привид уговора накнадно оснажити.[24] Са друге стране, конверзија није могућа код ништавих уговора у ужем смислу „јер је то противно њиховој природи и циљу ништавости".[25]

О непостојећим уговорима, на прилично нејасан начин, говори *Вујовић*. Он, попут неких раније наведених аутора, говори о потреби разликовања настанка од пуноважности уговора, односно од његових правних дејстава. Тако, према овом аутору „сваки пут када долази до сусрета изјављених воља у намери да се закључи неки правни посао и да изазове промене у имовинским односима, треба сматрати као постојање уговора, док је питање његових правних дејстава нешто што право и његов поредак тек треба да утврди".

---

[20] J. Радишић, 185-186. *Радишић*, попут *Перића*, критикује термин „непостојећи уговор", сматрајући га противречним самом себи. Он каже да се може говорити само о непостојању уговора, а не о непостојећем уговору.

[21] J. Радишић, 186, фн. 22..

[22] Љиљана Ђуровић, „Непостојећи и ништави уговори", *Правни живот*, 10/1996, 450.

[23] *Ibid*. 439.

[24] *Ibid*. 446.

[25] *Ibid*. 449.

Даље он наводи, „стога, чини се да један уговор не може бити непостојећи, напротив он постоји као материјално правни факт, а питање правних дејстава је нешто што је остављено за доцније разматрање“(??).[26] *Вујовићево* схватање тешко је прихватљиво јер из њега произлази да свака сагласност воља представља уговор. Дакле, за настанак уговора је довољна само сагласност воља. У том случају, поставља се питање која је улога способности уговарања, предмета, каузе и, када је она обавезна, форме уговора. Из наведеног схватања произлази да они представљају услове, не за настанак, већ за то да уговор производи правно дејство. Наиме, према схватању овог аутора „није логично рећи да уговор не постоји, а онда на основу његовог непостојања једној уговорној страни (којој то закон дозвољава) припадне право на накнаду штете или предвидети било коју другу последицу која произлази из ништавости“.[27]

Овакво схватање аутора спорно је по неколико основа. Прво, није свака сагласност воља уговор. Она је само један од битних услова за настанак уговора. Потврду постојања уговора не представља макар каква последица сагласности воља уговорних страна. Па тако обавеза накнаде штете не представља доказ настанка уговора, нити његово правно дејство. Извор облигације у овом случају је чињеница прозроковања штете, а она настаје управо услед тога што до закључења уговора није дошло.

Вујовић даље наводи да „непостојећи уговор није само фактички већ и *правни акт*(??) који у случају извршења очигледно мора имати правне последице без обзира о којој се врсти последица ради (реституцији, накнади штете, конверзији, конвалидацији или одузимању предмета у корист државе)...“.[28] У том смислу овај аутор даље каже да „непостојећи уговори не само да постоје, већ производе правна дејства између уговорних страна, иако правни поредак такве правне послове не признаје као ваљане, као што су нпр. забрањени, односно противзаконити уговори који у себи садрже елементе кривичног дела“.[29] Овде *Вујовић* као пример непостојећег уговора наводи забрањене уговоре који у подели између непостојећих и ништавих уговора представљају ништаве уговоре. О томе да не прави јасну разлику између ништавих и непостојећих уговора говори и реченица „узроци који чине један уговор непостојећим углавном су узроци који га чине ништавим, односно рушљивим и обратно“(??).[30]

[26] Игор Вујовић, „Осврт на теорију непостојећих правних послова“, *Правни живот*, 10/2005, 911.

[27] *Ibid*.

[28] *Ibid*. 912.

[29] *Ibid*. 913.

[30] *Ibid*. 914. У фусноти 47, *Вујовић* наводећи пример за наведено каже да је уговор којем недостаје предмет и непостојећи и ништав, а уговор који је непостојећи због недостатка релевантне воље је уједно и рушљив.

Као пример непостојећег уговора овај аутор наводи уговор који није закључен у обавезној форми јер му недостаје један од битних услова за његово закључење.[31] Међутим, у наставку рада у којем је реч о уговору о промету непокретности који није закључен у законом предвиђеној форми он каже да се може рећи да је овај уговор закључен „јер да није тако не би се могло ни констатовати да је непостојећи, због тога што се уговор може прогласити за неважећи само онај који постоји".[32] Његов став о могућности конвалидације и конверзије непостојећих уговора није јасно изнет. Он каже да ће се тај уговор прогласити неважећим тек уколико не може бити конвалидиран или конвертован.[33] Потом каже да се непостојећи уговор и конвалидација међусобно искључују јер је смисао конвалидације да се њоме отклоне недостаци код уговора који већ постоји.[34] *Вујовић* закључује да уговор о промету непокретности којем недостаје обавезна форма не може бити непостојећи „јер је у случају неважности свака страна дужна да врати све што је примила по основу тог уговора, а у најгорем случају (када се ради о забрањеним уговорима) суд може одредити да уговорна страна преда оно што је примила општини на чијој територији она има седиште".[35] Из наведеног опет је видљиво да овај аутор не прави разлику између забрањених уговора и оних којима недостаје битан услов, те у том смислу није јасно на ком критеријуму заснива разлику између ништавих и непостојећих уговора о којима говори у раду. Такође, из наведених реченица могло би се закључити да се о непостојећем уговору никада не може радити уколико су стране које су настојале да закључе уговор предузеле макар какву радњу у вези са тиме. Па ипак, аутор у наставку каже да и уговор „који није извршен чак ни делимично не би могао бити непостојећи због недостатка форме, већ би био ништав". Стога, схватање овог аутора тешко је сврстати према било којем критеријуму у неку од наведених група аутора. Прво, није јасно које он уговоре сматра непостојећим, а које ништавим у ужем смислу, шта је потребно за настанак уговора, па у том смислу, и када се узима да уговор није ни настао. И друго, с обзиром на то да није јасно које уговоре сматра непостојећим, тешко је упоредити схватање о могућности њихове конвалидације и конверзије са схватањима других аутора.

У предратној домаћој теорији, о непостојећем уговору, тачније *уговору који не постоји*[36], говори *Перић*. Међутим, важно је нагласити да он под

[31] *Ibid*. 920.
[32] *Ibid*. 921.
[33] *Ibid*.
[34] *Ibid*. 922.
[35] *Ibid*. 923.
[36] Живојин Перић, „О поништају уговора због неизвршења (објашњење § 553. Грађ. Зак.)", *Приватно право – Скупљене расправе из грађанског права*, Београд 1912, 40. *Перић*

уговорима који не постоје подразумева заправо све ништаве уговоре, како оне које раније наведени аутори сматрају непостојећим, тј. оне којима недостаје неки од битних услова за настанак, тако и оне који се према критеријуму ових аутора називају ништавим уговорима у ужем смислу. Он заправо прави разлику између уговора који не постоје и рушљивих уговора, као што се у данашњој теорији (код аутора који не прихватају непостојеће уговоре као посебну врсту) и законодавству, прави разлика између ништавих и рушљивих уговора. Тако, према *Перићу* овај уговор подразумева „радњу појединаца, предузету у намери да се између њих креира неки облигациони однос, која је остала без резултата".[37] Уговор је *inexistant* када нису испуњени сви услови за његову егзистенцију, а то су пристанак или обострана воља да се заснује уговорни однос, пуноважан предмет и пуноважан основ.[38] Конкретно, уговор не постоји када уговор закључи потпуно пословно неспособно лице (*Перић* користи термин „*лице без правне воље*", а њиме означава душевно болесна лица и децу млађу од седам година), када постоји неспоразум у погледу природе уговора или његовог предмета, када нема предмета, када нема основа, као и у случају када стране нису закључиле уговор у законом предвиђеној форми.[39] Иако би се на основу наведених примера могао стећи утисак да *Перић* заиста наводи само уговоре који се према критеријуму поделе на непостојеће и ништаве уговоре у ужем смислу сматрају непостојећим, то није тако. Наиме, овај аутор под недостатком, односно непостојањем предмета и основа подразумева и случајеве када су предмет или основ супротни принудним прописима.[40] Предмет је непостојећи не само када фактички не постоји, већ и када је немогућ, било фактички, било правно. А правна немогућност предмета подразумева његову недопуштеност. Исто важи и за основ уговора. Он не постоји како онда када га фактички нема, тако и онда када је забрањен. [41] Између уговора који не постоје и рушљивих, према *Перићу*, разлика је у томе што први не постоје, док рушљиви постоје, али нису пуноважни. Међутим, они се могу накнадно оснажити.[42]

термин „непостојећи уговор" или на француском *contract inexistant* сматра неодговарајућим јер уговор представља врсту правног посла и подразумева да је он закључен, да постоји. Ако такве радње нема макар из којег разлога, не може се говорити о уговору. Термин „непостојећи уговор" садржи у себи апсурд јер говори о нечему што истовремено и постоји и не постоји, „што значи: и има, и нема уговора". Вид. стр. 40, фуснота 1.

[37] *Ibid*., 39.

[38] *Ibid*. 40.

[39] *Ibid*. 41-44.

[40] *Ibid*. 42.

[41] *Ibid*. 42-43.

[42] *Ibid*. 45-47. *Перић* за оснажење, односно конвалидацију уговора користи термин „ратификација".

Перићеве речи другачије тумачи *Круљ*, те истиче да утисак да *Перић* дели све неважеће правне послове на ове две категорије није тачан јер он „ниједном речју не помиње правне послове противне јавном поретку и добрим обичајима „поводом којих се у правној теорији највише и третирао проблем ништавости *ipso iure*“.[43] Овакво тумачење *Перићевих* речи сматрамо да се не може прихватити с обзиром на то да под непостојећим предметом и основом уговора *Перић* подразумева и оне који су противни закону. Без обзира на то што не наводи изричито јавни поредак и добре обичаје, сматрамо да су и они обухваћени утолико пре што су уговори чија је садржина супротна принудним прописима још очитији и неспорнији пример забрањених уговора који се у подели на непостојеће и ништаве у ужем смислу сврставају у ову другу категорију.

Ово није једини пример да се у домаћој литератури једном аутору приписује прављење разлике између ништавих и непостојећих уговора иако то заправо није случај. Тако *Карамарковићева* међу ауторе који уговоре који нису закључени у обавезној форми сматрају непостојећим сврстава и *Вуковића* из чега би се могао стећи утисак да овај аутор прави разлику између непостојећих и ништавих уговора.[44] *Карамарковићева* се позива на део у којем *Вуковић* говори последицама изостанка обавезне форме уговора, те као једну од њих наводи и то да уговор не настаје.[45] Међутим, он у наставку наводи примере формалних уговора, те каже да су они *неваљани*, да немају правног деловања, односно правних последица уколико нису закључени у прописаној форми. Већ из овога се види да *Вуковић* не прави разлику између уговора који није настао и онога који не производи правно дејство, односно није пуноважан, као што то чине *Карамарковићева* и још неки од раније наведених аутора. У истом пасусу, он упућује на део књиге о апсолутној ништавости правног посла, а у овом делу као примере наводи управо правне послове који нису сачињени у захтеваној форми.[46] Штавише, у књизи *Обвезно право* у делу о апсолутно ништавим уговорима *Вуковић* изричито наводи да „када се за неки уговор каже да је апсолутно ништав, значи да уговор правно уопште није настао“.[47] Он даље каже „грађанско право не поставља разлику између ништавих и непостојећих уговора, као што се то чини у брачном праву“.[48]

---

[43] Вид. Врлета Круљ, *Ништавости правних послова – последице ништавости*, докторска дисертација, Београд 1954, 21.

[44] Лепосава Карамарковић, „Конвалидација уговора о промету непокретности“, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2004, 27.

[45] Михајло Вуковић, *Општи дио грађанског права – књига II*, Загреб 1960, 299.

[46] *Ibid*. 303-304.

[47] Михајло Вуковић, *Обвезно право – књига II*, Загреб 1964, 86.

[48] *Ibid*.

3. СОПСТВЕНО СХВАТАЊЕ

3.1. Ништави (и непостојећи?) уговори у ЗОО

У домаћој теорији, као што је раније речено, и аутори који поделу уговора на непостојеће и ништаве сматрају непотребном, па чак и наводе да је домаће законодавство не познаје, потом кажу и то да се непостојећи уговори помињу и у ЗОО.[49] Као најчешћи пример непостојећег уговора из ЗОО наводи се неспосразум из чл. 63. Ово због тога што се у конкретној одредби користи термин „уговор не настаје".[50] Са друге стране, поједини аутори истичу да је законодавац између ништавих и непостојећих уговора у ЗОО направио разлику тако што за прве каже да су „ништави", а за друге да „немају правни учинак".[51]

Према нашем схватању, у ЗОО се не прави разлика између непостојећих и ништавих уговора. Ово, сматрамо, произлази из начина на који су регулисани случајеви који се према раније наведеним ауторима сматрају непостојећим, односно ништавим уговорима у ужем смислу.

Прво, у одредби ЗОО којом се регулише предмет уговора предвиђено је да предмет мора бити могућ, допуштен, одређен или одредив. Уколико је предмет немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив, уговор је *ништав*.[52] С обзиром на то да се ситуација када је предмет уговора немогућ, неодредив или неодређен може уподобити случају када предмета уопште нема, можемо рећи да би се у овом случају радило о ономе што се према подели о којој је овде реч сматрало непостојећим уговором. Са друге стране, недопуштен предмет уговора би, према овој подели, чинио уговор ништавим у ужем смислу. За оба случаја је у ЗОО предвиђена иста санкција – ништавост.

Наведено још јасније произлази из одредаба којима је регулисан основ уговорне обавезе. Према чл. 51 свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ, а у чл. 52 пише да је уговор ништав уколико је основ недопуштен или *не постоји*. Док је у претходном случају можда било потребно указивати на то да се немогућност, неодређеност, односно неодредивост може изједначити са непостојањем предмета, овде то није случај. Ово због тога што се у самој одредби недвосмислено говори о непостојању основа које има исту последицу као и његова недопуштеност – ништавост уговора. Осим тога, из чл. 53 којим је регулисан значај побуда за пуноважан настанак уговора јасно је и да се подела на непостојеће и ништаве уговоре у ЗОО не може

[49] С. Перовић, у *Коментар Закона о облигационим односима*, 358-359, али и у свим другим наведеним делима; Визнер 454-455.

[50] С. Перовић, у *Коментар Закона о облигационим односима*, 359 и у свим другим наведеним делима; К. Доловић, 270-274; В. Водинелић, 468.

[51] Б. Визнер, 455.

[52] Чл. 46 и 47 ЗОО.

направити према критеријуму који наводи *Визнер*, а то је коришћење темина „ништав“ за ништаве уговоре у ужем смислу и „не производи правно дејство“ за непостојеће уговоре. Наиме, у овој одредби се говори о последицама *недопуштене* побуде за закључење уговора, а користи се термин „уговор ће бити без дејства“, односно “уговор нема правно дејство“.[53]

У вези са чл. 52 којим се регулише основ уговора треба размотрити и раније наведени чл. 63 ЗОО којим се регулише неспоразум. Према овој одредби уговор не настаје, тј. према одређеним ауторима непостојећи је, између осталог и у случају када међу странама постоји неспоразум о основу уговора. Уколико се узме да је законодавац овде свесно направио разлику између настанка и ништавости уговора, то би значило да у случају када за сваку од страна основ обавезе постоји, али су њихове представе о основу различите уговор не настаје, он је непостојећи, а када основ уопште не постоји, уговор је ништав. Дакле, уколико бисмо пошли од критеријума разликовања непостојећих и ништавих уговора и схватања да се у ЗОО ова разлика прави, овакво решење представљало би још једну нелогичност.

Такође, у чл. 75 ЗОО иста последица је предвиђена за уговарање недопуштеног и немогућег одложног услова – ништавост уговора.

Када је реч о форми уговора, према чл. 67, ст. 1 ЗОО за *закључење* уговора није неопходна одређена форма, осим ако законом није другачије предвиђено. Али, у складу са чл. 69, ст. 1 ЗОО, стране се могу споразумети да форма буде *услов пуноважности* уговора. У случајевима када није закључен у обавезној форми, према чл. 70 ЗОО, *уговор не производи правно дејство.* Из наведених одредби које се односе на форму уговора може се закључити да законодавац не прави разлику између закључења уговора, тј. његовог настанка и правног дејства, односно пуноважности уговора о којој говоре неки од раније наведених аутора.

О разлици између закључивања и пуноважности уговора може се говорити у случају рушљивих уговора. Као што то *Перић* наводи рушљиви уговори су настали, али још увек нису пуноважни до момента њихове конвалидације. Индикатор овог разликовања у ЗОО, могли бисмо евентуално наћи у чл. 56 о уговорима пословно неспособних лица према којем је „за *закључење пуноважног* уговора“ потребно да уговарач има пословну способност која се тражи за закључење тог уговора. Уколико узмемо да је законодавац свесно поред речи „закључење“ ставио реч „пуноважног“, те на тај начин указао на могућност закључења непуноважног уговора, опет се ова разлика ограничава управо на случај рушљивих уговора. Ово с обзиром на то да изостанак потребне способности уговарања ипак није једнако оштро санкционисан као недостатак других битних услова за настанак уговора

[53] Вид. чл. 53, ст. 2 и 3 ЗОО.

будући да закон код уговора закључених од стране ограничено пословно способних лица пружа могућност оснажења уговора накнадном сагласношћу његовог законског заступника. У случају ништавих уговора, било оних који би се могли сврстати у непостојеће, било ништавих у ужем смислу, чини се да разлика између настанка и пуноважности уговора нема великог значаја, с обзиром на то да ни једни, нити други уговори не производе правно дејство од почетка. Осим тога, у вези са разликом између непостојећих и ништавих уговора у ужем смислу, домаћи аутори који говоре о овој подели често наводе да, за разлику од непостојећих, код ништавих уговора постоје сви битни услови за настанак уговора.[54] Нпр. уговор који је ништав због недопуштености предмета има све битне услове, али због тога што је предмет супротан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, неће производити дејство. Међутим, поставља се питање да ли се у овом случају може рећи да постоје сви битни услови за настанак уговора. Наиме, у делу ЗОО под насловом „Закључење уговора“ регулисани су услови за настанак уговора. У већ наведеној одредби која се односи на предмет уговора предвиђено је да он мора бити могућ, допуштен, одређен или одредив. Стога, уколико стране уговоре предмет који није такав да ли се може рећи да постоје сви битни услови за настанак уговора? Исто се питање може поставити и случају недопуштене каузе, непоштовања обавезне форме уговора или недостатка потребне способности уговарања. Истина, у последња два случаја такав уговор може бити оснажен, али само под условима изричито предвиђеним законом. Дакле, да би сагласност воља двеју страна представљала уговор није довољно само да постоје сагласност воља, способност уговарања, предмет, кауза и, када је то предвиђено, форма већ је неопходно да сваки од ових услова има потребне квалитете.

3.2. О потреби постојања поделе уговора на непостојеће и ништаве

3.2.1. Конверзија уговора

О конверзији се готово увек говори тамо где је реч о подели уговора на непостојеће и ништаве и обрнуто, о овој подели тамо где је реч о конверзији. Институт конверзије уговора се наводи и као разлог постојања ове поделе.[55] Међутим, такође је видљиво да домаћи аутори имају врло различита мишљења о томе који се уговори могу конвертовати. Према већем броју аутора, она је могућа само код непостојећих уговора, али постоје и они који су супротног мишљења. Разлог за то је, с једне стране, различито схватање ових аутора о томе који су заправо уговори непостојећи, а који ништави.

[54] К. Доловић 264; Л. Карамарковић, 7-8; И. Вујовић, 907; В. Водинелић, 469.
[55] Л. Карамарковић, 13-14.

Једна група аутора уговоре који нису сачињени у обавезној форми сврставају у непостојеће, а други у ништаве. И аргументи којима се аутори служе приликом образложења својих ставова у погледу уговора који су подложни конверзији су супротни. Тако, аутори према којима се могу конвертовати само непостојећи уговори образлажу то тиме да уговор који је супротан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима никада не може постати пуноважан[56]. Са друге стране, они који заступају другачије становиште истичу да се непостојећи уговори не могу конвертовати јер немају потребне елементе за било који уговор.[57] Ипак, сматрамо да се и једном, и другом опредељењу може приговорити.

Пођимо прво од схватања аутора према којима је конверзија могућа само код непостојећих уговора. Као најчешћи пример непостојећег уговора наводи се неспоразум о природи уговора, предмету или основу обавезе из чл. 63 ЗОО. У овом случају може се рећи да недостаје битан елемент – сагласност воља уговорних страна. Уколико, на пример, међу странама постоји неспоразум у погледу предмета уговора да ли је могуће извршити конверзију овог уговора у неки други који ће бити пуноважан? Један од услова за конверзију је то да уговор у који се неважећи претвара одговара циљевима уговорних страна, односно да се њиме може остварити дејство које су стране хтеле. Када стране имају различите представе о предмету уговора тешко је замислити могућност да се нађе други уговор који би имао све битне услове за настанак и одговарао вољи, односно циљевима обеју уговорних страна. Такође, поставља се питање како можемо оправдати становиште о искључивој конверзији непостојећих уговора уколико узмемо за пример уговор на терет трећег лица. С обзиром да то да је уговарање обавеза на терет трећег лица недопуштено, он би се према подели на непостојеће и ништаве у ужем мислу, морао сврстати у ову другу категорију. Међутим, познато је да се уговор у на терет трећег лица може конвертовати у други правни посао који би био пуноважан и у великој мери одговарао намерама уговорних страна, а то је обећање радње трећег лица. Из наведених примера непостојећег уговора који се не може конвертовати и ништавог уговора који може видљиво је да теза о искључивој могућности примене конверзије на непостојеће уговоре није одржива.

Са друге стране, аутори према којима се само ништави уговори могу конвертовати у ову групу сврставају и формалне уговоре који нису закључени у обавезној форми. Прво, у овом случају, поставља се питање према којем критеријуму се ови уговори сврставају у ништаве уговоре у ужем смислу. Вероватно се полази од тога да је закључење уговора у другој форми

[56] Л. Карамарковић, 14; К. Доловић, 277.
[57] В. Водинелић, 472.

супротно принудном пропису којим је она предвиђена, те је такав уговор ништав. Међутим, тада се поставља питање по чему се ова ситуација разликује од случаја када је предмет уговора немогућ, неодређен или неодредив, односно када кауза уговора не постоји. У ЗОО у раније наведеним одредбама је изричито предвиђено да предмет уговорне обавезе *мора* бити могућ, допуштен, одређен или одредив, односно да основ обавезе *мора* да постоји и да буде допуштен. Према том критеријуму, у свим наведеним случајевима би се радило о ништавом уговору ужем смислу.

Дакле, посматрано из аспекта конверзије уговора, ова подела не показује сврху свог постојања. Наиме, полазећи од мишљења било којег од наведених аутора у погледу тога који се уговори сматрају непостојећим, а који ништавим, као и тога који од њих су подложни конверзији, наилазимо на изузетке и недоследности. Осим тога, примери могућности конверзије уговора могу се наћи и са једне, и са друге стране, а опет нити се сви непостојећи, нити сви ништави уговори могу конвертовати. Приликом разматрања могућности конверзије првобитно закљученог неважећег уговора у пуноважан суд ће у сваком конкретном случају испитати испуњеност услова за примену института, у томе му подела уговора на непостојеће и ништаве у ужем смислу није ни од какве помоћи.

3.2.2. Конвалидација уговора

Када је реч о конвалидацији ништавих уговора, у домаћој теорији се истиче да је овај институт превасходно резервисан за рушљиве уговоре, те да код ништавих она долази у обзир само изузетно, у случајевима предвиђеним законом. Као примери конвалидације ништавих уговора наводе се најчешће уговори којима недостаје обавезна форма и они који су закључени супротно забрани мањег значаја, а уговор је извршен. Поред ових, *Водинелић* наводи и оснажење уговора ратихабицијом, односно накнадном сагласношћу у случају када је уговор предузет без потребне дозволе, као и конвалидацију уравнотежењем вредности узајамних давања уговорних страна код зеленашких уговора. [58] Када је реч о подели уговора на непостојеће и ништаве у ужем смислу, видели смо да се домаћи аутори углавном деле на оне према којим је конвалидација могућа само код ништавих и оне према којма је она могућа само код непостојећих уговора. Међутим, сматрамо да, као и у случају конверзије, ниједна од ових изричитих подела није одржива. Закључак да је конвалидација могућа само код непостојећих уговора пада у воду већ на примеру уговора који је закључен супротно забрани мањег значаја. Сама забрана јасно указује на то да је уговор супротан принудном пропису, те да

[58] В. Водинелић, 475-476.

се као такав не може сврстати у непостојеће, већ ништаве уговоре. Исто се може рећи и за пример оснажења зеленашког уговора. Са друге стране, међу домаћим ауторима који заступају схватање о сврсисходности поделе на непостојеће и ништаве уговоре *Водинелић* је најизричитији у томе да се конвалидирати могу само ништави уговори. Па ипак, када се узму у обзир случајеви које он наводи као пример ништавих уговора који се могу конвалидирати, ни овај став се не чини сасвим одрживим. Наиме, он, за разлику од већине других аутора, уговоре којима недостаје обавезна форма сврстава у ништаве уговоре, а не непостојеће. О питању критеријума према којем се ови уговори сврставају у ништаве, а не непостојеће и импликацији тог критеријума и на друге уговоре који се по правилу сматрају непостојећим било је већ речи у делу о конверзији уговора.

3.2.3. Могућност изрицања санкција забране реституције и одузимања предмета престације у корист општине

Као још један од аргумената у корист поделе уговора на ништаве и непостојеће наводе се и најтеже последице које могу сносити уговорне стране услед закључења ништавог уговора.[59] То су забрана реституције и одузимање предмета престације у корист општине, у складу са чл. 104 ЗОО. Према ст. 1 овог члана, свака од уговорних страна дужна је да врати другој све што је од ње примила на име испуњења ништавог уговора или надокнадити вредност примљеног у новцу уколико натурална реституција није могућа и ако то није противно природи испуњеног. Међутим, у ст. 2 и 3 предвиђене у и друге последице које, под одређеним условима могу наступити у случају ништавости уговора, а обе су резервисане за уговоре супротне принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Када је такав уговор закључен суд може одбити захтев несавесне стране за враћање оног што је предала на име испуњења или обавезати страну која је примила испуњење да то преда у корист општине. Приликом одлучивања суд је дужан да води рачуна о савесности једне, односно обеју уговорних страна, значају угроженог добра или интереса и моралним схватањима друштва.

Према нашем схватању, ни овај случај не оправдава прављење разлике између непостојећих и ништавих уговора због тога што ове последице не погађају све ништаве уговоре у ужем смислу. Њихово изрицање резервисано је за најтеже облике ништавих уговора, тј. оне којима се повређују значајни интереси друштва или моралне норме на којима оно почива који настају несавесним поступањем једне или обеју уговорних страна. Стога, круг уговора за које ове последице могу бити изречене знатно је ужи од свих оних који

[59] Б. Визнер, 463; Л. Карамарковић, 10-11.

се могу сматрати ништавим уговорима у ужем смислу. Истина је да, за разлику од конверзије уговора код које се примери примене овог института могу наћи и на једној, и на другој страни (у зависности од тога који се уговори подведу под непостојеће, а који под ништаве), ове санкције могу бити примењене само на оне који према овој подели спадају у ништаве. Међутим, ни у овом случају, не ради се о нечему што важи за све ништаве уговоре. Дакле, забрана реституције и одузимање предмета обавезе у корист општине нису нешто што одваја ништаве уговоре од непостојећих и што може послужити као аргумент у корист потребе њиховог разликовања јер се не поклапа са поделом уговора на оне за које ове санкције могу бити изречене и оне за које не могу.

Уколико би се и одредио чврст критеријум за поделу непостојећих и ништавих уговора и јасно определили уговори који спадају у сваку од ових група, ни у том случају никада не би могло доћи до поклапања ништавих уговора из ове поделе и оних који ће бити погођени овом санкцијом. Прво, у ништаве уговоре према овој подели спадају сви који су супротни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Значај забране којој се противе или интересу који се штити принудном нормом за њихово сврставање у ништаве уговоре није релевантан. Са друге стране, санкције забране реституције и одузимања престације у корист општине могу се, уз испуњење услова несавесности једне или обеју уговорних страна изрећи само у случају када је уговор супротан прописима којима се у највећој мери штити јавни интерес, односно начелима и моралним нормама на којима почива друштво.

Друго, у случају постојања јасног критеријума, група ништавих уговора у ужем смислу би представљала једну објективну и непромењиву категорију. Али група ништавих уговора које погађа санкција забране реституције или одузимања предмета престације у корист општине не може бити објективна категорија јер могућност примене правила којим су ове санкције предвиђене зависи и од субјективног услова – савесности уговорних страна. Тако би се могло догодити да за исту врсту ништавог уговора којим се крши одређено правило у једном случају постоје услови за примену ових правила, а у другом не.

3.2.4. О другим аргументима у прилог разликовању непостојећих и ништавих уговора

Када је реч о другим разлозима које *Карамарковићева* наводи у корист разликовања непостојећих и ништавих уговора, сматрамо да се не могу прихватити. Прво, није јасно на чему ова ауторка заснива став да се на непостојање уговора могу позвати само уговорне стране, за разлику од ништавих

уговора. Она при томе изричито наводи да код непостојећих уговора треће заинтересовано лице нема такву могућност.[60] Нама се не чини да између ове две ситуације постоји разлика у положају трећег лица, те да у том смислу нема основа ни за различито регулисање овог питања. А повод за то свакако се не може наћи ни у одредбама ЗОО. Даље, збуњује и став *Карамаковићеве* да код непостојећих уговора уговарач не може да захтева утврђење ништавости, те да би такав захтев суд одбио.[61] Међутим, она се не изјашњава потом о томе како би требало да гласи захтев у овом случају. Затим, према мишљењу *Карамарковићеве*, за разлику од ништавих уговора код којих уговарач поред захтева за утврђење ништавости може да захтева реституцију на основу чл. 104 ЗОО, код непостојећих он има „само непосредно овлашћење да се обрати суду са захтевом за повраћај датог, које се врши према правилима о стицању без основа".[62] Међутим, сматрамо да одредба о последицама ништавости којом је предвиђена реституција није резервисана само за ништаве уговоре у ужем смислу.[63] То, према нашем схватању, произлази из ст. 2 овог члана којим су предвиђене друге могуће последице, а који почиње речима: „Али ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу супротан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима...". Из ове формулације може се закључити да уговори који су противни принудним просписима, јавном поретку и добрим обичајима нису све што законодавац подразумева под ништавим уговорима, већ да је то шири круг уговора којим су обухваћени и тзв. непостојећи уговори. На тај шири круг уговора односи се правило о реституцији из ст. 1, чл. 104 ЗОО. Из тог разлога сматрамо да нема препреке да се на овој одредби заснује захтев за враћање оног што је предато на име испуњења и онда када до закључења уговора није дошло услед недостатка неког од битних услова за његов настанак.

4. ЗАКЉУЧАК

Да би једна подела настала, потребно је пре свега да постоји јасан критеријум на којем ће се она засновати. Међутим, као што теорија није сама себи циљ, већ треба да служи унапређењу праксе и олакшавању решавања конкретних правних питања, тако ни подела не треба да се прави ради ње саме, већ треба да служи одређеној сврси.

[60] Л. Карамарковић, 9-10.

[61] *Ibid*.

[62] Поставља се питање како би суд да одлучивао о овом захтеву уколико претходно не утврди да уговор није настао. Супротно схватању *Карамарковићеве*, *Доловићева* констатује да је и у овом случају потребно да суд утврди да основ није настао, а потом досуди повраћај датог према правилима о стицању без основа. К. Доловић, 276.

[63] Чл. 104, ст. 1 ЗОО.

Према нашем схватању, подела уговора на непостојеће и ништаве проблематична је по оба наведена основа. Из претходно наведених схватања домаћих аутора видљиво је да ни сам критеријум према којем се она прави није јасно дефинисан. Самим тим нису ни уговори који спадају у прву, односно другу групу. Па и уколико би се овај проблем решио прихватањем критеријума и диференцирања ових уговора како то чини било који од ових аутора, наилазимо на други, још важнији проблем – недостатак сврхе њеног постојања. Подела уговора на рушљиве и ништаве несумњиво показује свој смисао и значај у погледу дејства ових уговора, круга лица која се на ништавост, односно рушљивост могу позивати и рокова у којима то могу учинити, карактера судске одлуке која се тим поводом доноси, могућих последица њиховог закључења, као и у погледу могућности конверзије, односно конвалидације.

Супротно томе, из аспекта било којег од наведених питања, између непостојећих и ништавих уговора у ужем смислу не постоје разлике које би оправдале даљу поделу ништавих уговора на ове две групе. И из анализе одредаба ЗОО јасно је да законодавац не прави троструку поделу неважећих уговора и не издаваја непостојеће уговоре као посебну категорију. С обзиром на претходно наведено, такво опредеље се чини оправданим.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Benbent Alain, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2010.

Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб 1978.

Водинелић Владимир В., *Грађанско право – Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014.

Вујовић Игор, „Осврт на теорију непостојећих правних послова“, *Правни живот*, 10/2005, 903-925.

Вуковић Михајло, *Опћи дио грађанског права – књига II*, Загреб 1960.

Вуковић Михајло, *Обвезно право – књига II*, Загреб 1964.

Доловић Катарина, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011, 263-278.

Ђуровић Љиљана, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот*, 10/1996, 433-450.

Карамарковић Лепосава, „Конвалидација уговора о пормету непокретности“, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2004, 26-37.

Карамарковић Лепосава, „Апсолутно ништави уговори“, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2004, 7-25.

Круљ Врлета, *Ништавост правних послова – последице ништавости*, докторска дисертација, Београд 1954.

Перић Живојин, „О поништају уговора због неизвршења (објашњење § 553. Грађ. Зак.)“, *Приватно право – Скупљене расправе из грађанског права*, Београд 1912.

Перовић Слободан, „Неважећи уговори према Закону о облигационим односима“, *Привреда и право*, 10/1978, 33-44.

Перовић Слободан у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац 1980.

Перовић Слободан у *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Слободан Перовић), Београд 1995.

Перовић Слободан, *Забрањени уговори*, Београд 1975.

Пушац Јована, „Правне последице повреде битне форме уговора“, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, 65 (2013), 353-370.

Радишић Јаков, *Облигационо право*, Ниш 2016.

Стеванов Милош, “Новине у брачном праву република и покрајина (осврт на непостојећи и ништав брак), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 10, 1976, 47-67.

Закон о облигационим односима, *Сл. Лист СФРЈ* бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. Лист СРЈ*, бр. 31/93 и Сл. Лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Sanja M. Radovanović, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

Nikolina B. Miščević, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Miscevic@pf.uns.ac.rs

On the Division to Nonexistent and Void Contracts in Domestic Law

Abstract: *In the Law on Obligations, in the part that regulates invalidity of contracts only void and voidable contracts are mentioned. However, domestic theory often speaks of the further division of the void contracts to inexistent contracts and void contracts in the narrow sense. While some deny any practical significance to this division, others point out the necessity of its existence. The paper analyzes the perceptions of domestic authors on this division, the arguments made in favor of distinguishing nonexistent from void contracts, as well as the rules of the Law on Obligations, in order to examine the need for nonexistent contracts as a special type of invalid contracts.*

Keywords: *void contracts, nonexistent contracts, conversion of contracts, invalidity of contracts.*

Датум пријема рада: 29.02.2020.

Оригинални научни рад 343.435:343.54(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-24446

Др Душица Д. Миладиновић Стефановић, ванредни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
dusica@prafak.ni.ac.rs

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРИНУДНОГ ЗАКЉУЧЕЊА БРАКА У ПРАВУ СРБИЈЕ – ИЗМЕЂУ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ И НОВИХ ПРАВНИХ ИЗАЗОВА –*

Сажетак: *Право да се слободно одлучује о закључењу и раскидању брака, сада већ традиционално, представља део корпуса људских и грађанских права, гарантованих како на међународном тако и на националном нивоу. Изостанак слободно изражене воље у овом контексту, проузрокован применом принуде, у праву Републике Србије има двоструки значај, пошто се у сфери грађанског права третира као један од основа за рушљивост брака, док се у кривичном праву квалификује као посебно кривично дело – принудно закључење брака. Инкриминација принудног закључења брака није постојала у иницијалном тексту важећег Кривичног законика, уведна је новелама из 2016. године због потребе усаглашавања домаћег законодавства са Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција), коју је наша земља потписала и ратификовала и тиме преузела обавезу да прилагоди и унапреди систем заштите жртава насиља. Ауторка у овом раду настоји да сагледа кривичноправну заштиту од принудног закључења брака у њеној историјској вертикали, анализирајући раније кривичноправне одговоре на ову појаву, критички сагледавајући капацитете позитивног права, али и бавећи се могућим правцима даљег развоја.*

Кључне речи: *принудно закључење брака, кривично законодавство Србије.*

---

* Рад је презентован на Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови", одржаној 03. и 04.10.2019. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду. Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС, према уговору евиденциони број 451-03-68/2020-14/200120.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Принудно закључење брака, уопштено посматрано, представља склапање брака противно вољи једне или обеју страна, до којег је дошло услед примене принуде. У питању је специфичан облик нарушавања слободе одлучивања о закључењу брака, која је у новије доба препозната најпре у Универзалној декларацији о људским правима из 1948. године,[1] а потом и потврђена у многобројним касније донетим изворима, од којих су најзначајнији: Конвенција УН о пристанку на брак, минималним годинама за закључење брака и регистрацији брака,[2] Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима,[3] Међународни пакт о грађанским и политичким правима,[4] Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена.[5] У овом контексту посебно место заузима Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција), због тога што налаже потписницама, као „последњу линију одбране", инкриминисање принудног закључења брака.[6]

У позитивном праву Републике Србије принудно закључење брака, посматрано са аспекта грађанског права, представља један од основа за рушљивост брака,[7] док је у кривичном праву посебно (истоимено) кривично дело,[8] уведено 2016. године у процесу усаглашавања са Истанбулском конвенцијом. Поменута инкриминација је изазвала пажњу и створила потребу да се она сагледа у широј перспективи, пратећи три међусобно повезане развојне линије – историјску, која би требало да пружи одговор на питање да ли су и раније постојали механизми кривичноправне заштите од принудног закључења брака и како су они изгледали; садашњу, са преиспитивањем капацитета позитивног права; и будућу, као предикцију могућих интервенција *de lege ferenda*.

---

[1] Чл. 16 ст. 2 Конвенције, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf, приступ 14.08.2019. године.

[2] Чл. 1 ст. 1 Конвенције, 176A (XVII) од 7. новембра 1962. године, http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/convention.pdf, приступ 14.08.2019. године.

[3] Чл. 10 ст. 1 Закона о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71.*

[4] Чл. 23 ст. 3 Закона о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71.*

[5] Чл. 16 ст. 1 Закона о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/81.*

[6] Чл. 37 Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/13.*

[7] Чл. 38 Породичног закона, *Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11 –др. закон, 6/15.*

[8] Чл. 187а Кривичног законика, *Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.*

2. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА У ПРАВУ СРЕДЊЕВЕКОВНЕ СРБИЈЕ

О праву које се примењивало у периоду раног средњег века у Србији нема довољно података, може се само претпоставити да су примењивана обичајна правила, као и да је преовладавала приватна реакција, која је са јачањем државе у све већој мери морала уступати место јавној.[9] То значи да је и брак био подвргнут регулама обичајног права које, чини се, није увек инсистирало на слободном избору брачног партнера, о чему сведочи чињеница да се код свих Словена, поред неформалног договора и фактичког преласка у младожењину кућу, брак могао закључити и отмицом девојке (тзв. умичка или умиканије).[10] Међутим, не треба заборавити да отимање девојака као своју позадину може имати две потпуно различите ситуације – када девојка пристаје на отмицу, тј. фингира је заједно са отмичарима, јер је то једини начин да ступи у брак са младићем којег њена породица не прихвата, односно када нема пристанка девојке, па је младић са којим не дели романтична осећања на овакав начин ставља пред свршен чин.

Од доба Стефана Немање има више сачуваних правних извора који сведоче о јаком византијском утицају, вршеном кроз рецепцију – превођење и прераду византијских световних закона, који су „*црквеним путем ушли у Србију, као саставни део хришћанске вере и њених канона*“.[11] Примање хришћанства довело је до промене става о поменутој традиционалној пракси, те и у црквеним и у световним правилима средњевековне Србије отмица жена ради заснивања брака постаје предмет осуде и кажњавања. Како је брак у хришћанству једна од светих тајни, то он више није могао бити препуштен паганским обичајима већ је, по угледу на византијско право, званично прешао у надлежност цркве. Такође, хришћанска доктрина сагласност супружника сматра неопходним условом за закључење брака,[12] мада је јасно да се ово, не само у периоду средњег века већ и много касније, сводило на пуку формалност. У стварности су и девојке и младићи били ограничени по питању избора свог партнера, због тога што је обично брак склапан између припадника истог слоја, што се феудални господар могао мешати у брачне односе зависних сељака, али и због родитељске власти и обавезе поштовања родитељских одлука.[13]

---

[9] Теодор Тарановски, *Историја српског права у немањићкој држави*, Београд, 2002, 263.

[10] Срђан Шаркић, *Средњевековно српско право*, Нови Сад, 1996, 89 и Драган Николић, *Древно руско словенско право*, Београд, 2000, 235.

[11] Стојан Новаковић, *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд, 2004, XV.

[12] Никодим Милаш, *Правила православне цркве с тумачењима*, Београд-Шибеник, 2004, 388.

[13] Александра Фостиков, *Жена – између врлине и греха*, зборник Приватни живот у српским земљама средњег века (прир. Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић), Београд, 2004, 337. и 341.

Промена става према отмици одвијала се у две фазе, како је она најпре кажњавана само духовним казнама, да би потом, уз њих, биле предвиђене и световне. Већ у Номоканону она постаје кривично дело (гл. 39 тит. 40).[14] У основном облику ово дело је могло да учини било које лице, а пасивни субјект је била искључиво жена, при чему је посебно истакнуто да нема разлике између жена племенитог рода, слободних жена или робиња, као и да дело постоји и у случају отимања сопствене веренице. Пристанак женске особе, по изричитој одредби Номоканона, није утицао ни на постојање дела ни на кажњавање. Учиниоци основног облика отмице кажњавани су одсецањем руке, док су за њихове помагаче и подстрекаче кумулативно биле предвиђене казна батинања, шишање и прогонство. Тежи облик настајао је уколико су отмичари користили оружје, за шта је била прописана смртна казна за учиниоца, док су саучесници трпели батинање, принудно шишање и одсецање носа.

Душанов законик, као најзначајнији извор српског средњевековног права, није садржао инкриминацију принудног закључења брака.[15] Међутим, не треба заборавити да је он у свим старијим преписима чинио део јединственог кодекса, у чији је састав улазила прерађена Синтагма јеромонаха Матије Властара из 1335. године и Законик Јустинијанов. У Синтагми постоји читава глава посвећена управо отмици (А-13).[16] Скраћена Синтагма не преноси овај део у потпуности, како су у њој изостале црквене казне, а искључене су и одредбе из тзв. Закона царских које се односе на посебне случајеве отмице.[17] Инкриминисањем овог понашања заштићене су жене, девојке и удовице, без обзира на друштвени слој којем припадају („*благородна, раба или слободна*“). Као и у претходно поменутом извору, и овде се понавља да дело постоји када се отима сопствена вереница; и даље се разлика прави по начину извршења на отмицу са или без оружја; у домену казнене политике, такође, постоји континуитет, као и у односу на правни значај пристанка повређеног. Међутим, овде срећемо и ново правило за случај када је роб био међу саучесницима, по којем је он кажњаван смртном казном спаљивањем („*огњем да се сажеже*“). Поред тога, пажњу привлачи и забрана измирења између отмичара и породице отете. Родитељима који би се о забрану оглушили претила је тамница, а њихов пристанак на брак са отмичарем повлачио је и губитак имања, док се, у супротном, имање отмичара пленило у корист отете. Ово

[14] Видети текст у *Законоправило или Номоканон Светога Саве: Иловички препис из 1262. године* (приредио и прилоге написао М. М. Петровић), Горњи Милановац, 1991.

[15] Коришћен превод из С. Новаковић (2004), 151. и надаље.

[16] Коришћен текст из *Синтагма Матије Властара, Извори српског права* (превод Т. Суботин-Голубовић), Београд, 2013. и Стојан Новаковић, *Матије Властара Синтагмат*, Београд, 1907, 104 и надаље.

[17] С. Новаковић (1907), 106.

је прилично необично решење, нарочито ако се узме у обзир да је код силовања било могуће помирење између силоватеља и родитеља силоване, који су могли да дају пристанак на брак.[18] Чини се да је отмица сматрана понашањем високог степена опасности, јер и у неким другим аспектима постоје изузеци у вези да овим делом. Тако су отмичари могли бити ухваћени и затворени на Ускрс, а ако би се десило да су отели девицу уз то им је било ускраћено и право азила.[19] Са друге стране, роб који би известио о отмици, добијао би слободу.[20]

Отмица жена била је регулисана и у Законику Јустинијановом. Занимљиво је да се овде ради о тексту који је, уз извесне модификације, преузет из Скраћене Синтагме (део под називом Царски суд). Измене су извршене у три правца – прво, део одредаба је избрисан, тако да овде нема правила о забрани помирења са отмичарем, о спаљивању роба-саучесника, и о дозволи хапшења на Ускрс.[21] Друго, нека су правила измењена, на пример уместо обећавања слободе робу који пријави отмицу, уведено је правило о ослобођењу од гоњења сваког лица које о томе извести власти. Трећи тип интервенције је додавање нових одредаба, те се у Законику Јустинијанаовом изједначавају са отмичарима они који су из нападнутог дома издали девицу или удовицу.[22]

Не може остати непримећено да је отмица била веома специфично дело, које је одолело успостављању сталешких разлика, које су присутне код већине осталих кривичних дела. Одговор на питање због чега се одустало од уобичајних правила вероватно није потреба за појачаном кривичноправном заштитом жене, јер би се онда та интенција могла видети и код неких других дела, што није случај, већ у настојању да се ојача ауторитет црквених власти којима је у надлежност дато овлашћење да закључују брак. Прекид са обичајном праксом закључивања брака простим пристанком, преласком у младожењину кућу, као и отмицом жене, диктирао је увођење описаних атипичних правила. Не треба заборавити ни то да у патријархалним друштвима жена нема аутономију и да је везана за друштвени и правни статус мушкарца, па се сурове казне за отмицу могу протумачити и њеним потчињеним положајем, тежњом да се она, не као добро по себи, већ као добро мушкарца сачува од различитих атака.

Душанов кодекс је несумњиво важио неко време и после његове владавине, вероватно све до пада деспотовине. Како се целокупна територија

---

[18] Александар Соловјев, *Историја словенских права & Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд, 1998, 486.

[19] С. Новаковић (1907), 227-228, А. Соловјев (1998), 486.

[20] А. Соловјев (1998), 486.

[21] Биљана Марковић: *Кривично дело отмице девојака и жена у законодавству цара Стефана Душана*, Историјски часопис, књ. LVI/2008, 253-254.

[22] Б. Марковић, 254.

српске државе нашла од 1459. године под османлијском влашћу, на нашим просторима долази до примене шеријатског права.[23] Од турских извора, у овом контексту, требало би поменути Сулејманову канун-наму, у којој је постојало кривично дело отмице девојке, за које је, као и за улажење у туђу кућу са намером да се одведе туђа жена или девојка, била прописана казна одсецања руке.[24] Поред одговорности отмичара, била је предвиђена и одговорност свештеника, уколико би венчао силом отету девојку или жену, за којег је речено да му „*обрију браду и добро га измлате*“.[25]

3. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА У ЗАКОНИКУ ПРОТЕ МАТЕЈЕ НЕНАДОВИЋА И КАРАЂОРЂЕВОМ КРИМИНАЛНОМ ЗАКОНИКУ

Кривични законик проте Матеје Ненадовића је врло штуро регулисао кривичноправну материју, предвиђајући само поједина кривична дела и казне.[26] Иако дела нису именована, међу њима се може препознати и нека врста принудног закључења брака, упркос архаичном и недовољно прецизном изражавању: „*Ко отме девојку силом (као што је где бивало, а особито у каквим бунама када се судови побркају), тај женик, кум и стари сват шибу да трче, а други штаповима да се кажњавају*“ (§ 2). Дела из области етнографије и социјалне историје сведоче да је у ово доба била честа отмица девојака у циљу закључења брака,[27] а у прилог заступљености говори и сам садржај Законика, пошто се она нашла међу најосновнијим кривичним делима, попут убиства или крађе. Очигледно је да су у Законику и даље испреплетани елементи отмице, која се јавља као претходно дело, средство које омогућава извршење другог дела, тј. принудног закључења брака.

Карађорђев Криминални законик из 1807. године,[28] наставља традицију регулисања овог типа отмице, мада уноси и извесне новине. Тако су под

---

[23] Више у Срђан Шаркић, Драгољуб Поповић, Драган Николић, *Историја српског правосуђа (XII-XIX век), књига прва,* Београд, 1997, 33.

[24] Авдо Суђеска, *Неке особености кривичног права у југословенским земљама за време Турака*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1974, 248.

[25] А. Суђеска, 248.

[26] Текст Законика видети у Тома Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865. године*, Београд, 1967, 7. и надаље.

[27] Више у Вук Стефановић Караџић, *Српски рјечник, истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима, четврто државно издање*, Београд, 1935, 492 и Манојло В. Смиљанић, *Отмице, добеглице и трагови куповине девојака у српског народа*, сепарат, Гласник СКА LXIV, 1901, 178-179.

[28] Коришћен текст Законика из Т. Живановић, 11. и надаље.

удар репресије овога пута дошли младић, кум, девер, стари сват, али и сви сватови: „*Који се усуди отети девојку, тај момак да трчи шибу три пута кроз триста момака, девојка да се пусти, и за кога она хоће нека се она уда, а ово венчање безаконо не броји се у бракосочетање; куму (да се удари) педесет штапа, деверу педесет, старом свату педесет, а осталим сватовима по тридесет*“ (§ 27). Изричито одређивање круга учинилаца довело је до сужавања домета инкриминације, како је и дело из претходно поменутог извора садржало могућност да се, поред женика, кума и старог свата, казне и тзв. други, што због општости израза не мора да се односи само на сватове. Оно што привлачи пажњу јесте и другачије градирање тежине дела, у зависности од тога ко је учинилац. Младић је, очито, сматран најодговорнијим, пошто је прописано да мора да трчи шибу три пута кроз триста момака, док је за остале учиниоце био резервисан бој штаповима, уз напомену да се ова казна извршавала само ако је учинилац мушко, одрасло лице, и то на јавном месту (ређе на месту извршења дела), максимално са педесет удараца по дебелом месу.[29]

У посебном параграфу издвојена је одговорност свештеника: „*Свештеник који венча отету девојку, да се лиши парохије (нурије) и да је више за живота нигди добити не може, за узрок да он, као законодавац преступивши, учинио је повод безакони брак благословити користи ради своје*“ (§ 28). С обзиром на формулацију, изгледа да је свештеник био кажњаван само ако је за чин венчања плаћен, док би у случају да није узео надокнаду био ослобођен одговорности. Међутим, остаје питање колико се у ондашњим околностима могло рачунати на овакве финесе у тумачењу.

Какав је био реални утицај поменутих писаних извора на судску праксу онога доба данас је веома тешко проценити; први је важио само на територији ваљевске нахије, а за други нема писаних сведочанстава да ступио на снагу и да је заиста примењиван. Полазећи од ових премиса, са приличном извесношћу се може констатовати да се у Србији с почетка XIX вероватно више судило према обичајном праву и личном осећају праведности народних старешина-судија, него према оскудним писаним правилима,[30] те у том смислу ни принудно закључење брака није могло представљати изузетак. Требало би поменути да хронике из онога доба указују на то да је срећивање друштвених и политичких прилика довело до постепеног ишчезавања отмице девојака, мада се она током треће и четврте деценије XIX века и даље бележи у пограничним подручјима са Турском.[31]

---

[29] Више о овим казнама у Т. Живановић, 441-443.

[30] С. Шаркић, Д. Поповић, Д. Николић, 48.

[31] Видети сведочанства у Александра Вулетић, *Брак у Кнежевини Србији*, Београд, 2008, 98-99.

4. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА У КАЗНИТЕЛНОМ ЗАКОНИКУ ЗА КЊАЖЕСТВО СРБИЈУ ИЗ 1860. ГОДИНЕ

Казнителни законик за Књажество Србију, који је уз бројне измене важио све до 1930. године, у великој мери је представљао дисконтинуитет у односу на раније право, а како је усвојио многа за оно доба прогресивна решења, његово доношење се с правом може сматрати преломним моментом у развоју кривичног права Србије.[32] Када је принудно закључење брака у питању, Законик нема тако револуционарни значај, већ мање-више прати исту развојну линију. Отуда оно и даље не постоји као самостална инкриминација, већ је „помешано“ са елементима отмице: „*Ко женску преваром или силом одведе, било да је принуди да се са њом венча или да у блудном сношенију са њом живи било да је другом на исту цељ преда ...*“ (§ 188). Оно што привлачи пажњу јесте увођење у криминалну зону и отмице ради принудног оснивања ванбрачне заједнице, што раније није био случај. Такође, иновиран је и начин извршења дела, додавањем преваре. За ово дело била је прописана робија у трајању до десет година, што упућује на закључак да је по ондашњој трипартитној подели кривичних дела отмица ради принудног закључења брака спадала у најтежа дела, тј. у злочинства.[33] Говорећи о класификацији, требало би поменути и да Законик, попут модерних, у посебном делу садржи систематику према заштитном објекту, те се ово дело нашло у групи усмереној против личне слободе.

У извесном смислу, нарушавање слободе одлучивања у домену заснивања брачне заједнице може се препознати и у инкриминацији предвиђеној у параграфу који непосредно следи. Иако се њиме не нарушава слобода одлучивања женског лица по питању ступања у брак, њиме се нарушава право родитеља или тутора да дају или не дају сагласност, када је женско лице у годинама које по закону не дозвољавају слободно одлучивање о заснивању брака: „*Ко неудату женску која још није петнаесту годину навршила са њеним саизволенијем, но без знања и одобрења њени родитеља или тутора, одведе у намери да се он сам са њом венча или да у блудном сношенију с њом живи, или да је другом на ту цељ преда, да се казни затвором*“ (§ 189). Очигледно је да се ради о лакшем облику дела, пошто је по законској номенклатури оно у групи преступа.[34]

[32] Коришћен текст Законика из Драган Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш, 1991. године, стр. 195.

[33] Категорији злочинстава су припадала она дела за која је била прописана смртна казна, робија или заточење. Видети § 1 Казнителног законика.

[34] У преступе су сврставана дела уколико је за њих прописана казна затвора дужа од месец дана, лишење звања, новчана казна у износу већем од тридесет талира или бој преко тридесет удараца. Видети § 1 Казнителног законика. За односно дело је прописан затвор, који је могао трајати од тридесет дана до пет година (§ 20).

Слично као и у ранијим периодима, и у Казнителном законику постоји „други колосек“ заштите, остварен кроз инкриминисање поступања надлежних органа. Тако се у глави XII „*О злочинствима и преступлењима свештеника у смотрењу венчања и у смотрењу вођења протокола о рођенима, венчанима и умрлима*“ нашло и дело које чини свештентик „*који силом отету и неослобођену или великим страом приморану девојку, знајући за то венча*“, за шта је била прописана казна затвора до пет година (§ 138).

Са друге стране, што се друштвене стварности тиче, од друге половине XIX века се ређе наилази на сведочанства о отмицама девојака ради принудног закључења брака, оне почињу да представљају више изузетак него правило.[35]

5. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ЗА КРАЉЕВИНУ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА ИЗ 1929. ГОДИНЕ

Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца[36] у оквиру кривичних дела против личне слободе и сигурности предвиђао је и принудно закључење брака, мада га тако не назива.[37] Са друге стране, у правној теорији и судској пракси оно није било безимено, већ је било познато као једно од три дела отмице и то као тзв. брачна или права отмица, поред блудне отмице (§ 278) и брачне девојачке отмице (§ 293).[38] Брачна (права) отмица постојала је када учинилац женско лице силом, претњом злочинством или преступом, или преваром одведе, у намери да он или ко други са њим ступи у брак, за шта је била прописана казна затвора (§ 246).[39] По тада прихваћеној подели кривичних

[35] Више о томе у М. В. Смиљанић, 92.

[36] Коришћен текст из *Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд, 1929.

[37] За већину дела није био дат законски назив (прим. аут.).

[38] Тома Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, *Посебни део, I књига, св. 1*, Београд, 1938, 97.

[39] Упоређења ради, блудна отмица се састојала у одвођењу полно непорочног лица применом силе, претње или преваре, у намери да са њим учинилац или ко други у блуду живи, за шта је била прописана робија до пет година. Квалификовани облик је настајао ако пасивни субјект није навршио 14 година, са запрећеном казном робије до десет година, а кажњивост је била искључења уколико је учинилац са отетом женском особом ступио у брак. Брачна девојачка отмица постојала је када се одведе девојка испод 18 година са њеним пристанком, али без одобрења родитеља или онога коме припада право да се о њој стара, у намери да учинилац или ко други са њом ступи у брак. За ово дело била је прописана казна затвора до три године, под условом да радња није прешла у неко теже дело. Јасно је да поменута намера није морала да буде и реализована да би дело постојало, али уколико је заиста и дошло до закључења брака, гоњење учиниоца се могло предузети само ако је брак поништен.

дела, брачна отмица је спадала у преступе, као уосталом и сва друга дела за која је био прописан строги затвор, затвор или новчана казна (§ 15).

Радња овог дела дефинисана је као одвођење, што су поједини аутори тумачили као „*стварно прекидање дотадањег односа зависности извесне женске, према њеним родитељима, туутору или мужу или, у одсуству таквог односа (на пр. пунолетна удова), односа заштите, тиме што је њено место бављења промењено*“.[40] Како премештање пасивног субјекта „са места бављења“ може бити остварено у различитим размерама, у теорији су давана различита тумачења – да оно не постоји када учинилац спречи родитеље да уђу у просторију у којима се женско лице налази или када издејствује да женско лице само пређе из собе у собу у истој кући, док се, са друге стране, не тражи да је промењено село или град у коме женска особа живи;[41] да оно настаје када жртва губи (макар и привремено) везе са блиским лицима и средином у којој се налазила, падајући истовремено под фактичку зависност од учиниоца;[42] односно да подразумева да жена „*није могла собом, по својој вољи располагати*“.[43]

Дело карактерише и специфичан начин извршења – употреба силе, претња злочинством или преступом, или коришћење преваре. У правној теорији онога доба могу се наћи критике везане за сужавање опсега претње, свођењем на стављање у изглед извршења неког кривичног дела, чиме је законодавац потпуно занемарио чињеницу да и претње неким другим злом могу бити довољно озбиљне и опасне.[44]

Предмет спора ондашњих теоретичара представљало је и питање ко може бити учинилац брачне отмице. По једном схватању, то може бити било које лице;[45] по другом, ако је учинилац дела мушкарац, потребно је да он буде неожењен или удовац, што не важи за припаднике мухамеданске вере, којима шеријат даје право на брак са више жена.[46] Не може остати непримећено да претходни став има смисла само ако учинилац силом, претњом злочином или преступом, или преваром одводи жену како би он сам (а не неко други) са њом закључио брак.

Још је више било неслагања око дефинисања пасивног субјекта, који је одређиван као: било која жена;[47] жена која није удата или чији брак није за-

---

[40] Т. Живановић (1938), 97.

[41] *Idem*.

[42] Михајло Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. године (Посебни део)*, Београд, 1930, 170.

[43] Лаза Урошевић, *Судски требник, II, Кривични законик са коментаром,* Београд, 1929, 349.

[44] Фердо Чулиновић, *Жена у нашем кривичном праву*, Београд, 1934, 90.

[45] Т. Живановић (1938), 99.

[46] М. Чубински, 171.

[47] Т. Живановић (1938), 97. О полној непорочности исто и у Ф. Чулиновић, 89.

конским путем разведен или поништен, мада може бити и непунолетна, али са навршеним годинама у којима по закону може да се уда;[48] само пунолетно женско лице;[49] само женско лице које није у браку и које је полно зрело.[50]

У субјективном смислу за постојање дела био је потребан умишљај, који квалификује намера закључења брака. Намера је морала постојати у време извршења дела, а дело је сматрано свршеним иако она није остварена. Опет, ако је брак заиста и био закључен о томе се водило рачуна код одмеравања казне.

На почетку је речено да је за брачну отмицу била прописана казна затвора. Иако се чини да је тако казна одређена само по врсти, то није тачно, јер је у општем делу било одређено да казна затвора не може бити краћа од седам дана нити дужа од пет година (§ 39).

Поред основног, брачна отмица је имала и квалификовани облик у „*особито тешким случајевима*“, за што је била запрећена казна робије до пет година, што значи да је дело прелазило у вишу катергорију и сматрало се злочином.[51] Да би се избегло неуједначеност тумачења, законодавац је изричито навео да се особито тешким сматрају они случајеви када је „*злочиначка воља учиниочева необично јака и ружна, као и када дело, због особитих околности под којима је учињено или због његових тежих последица, нарочито заслужује тежу казну*“(§ 75).[52]

Кривично гоњење се за брачну отмицу могло предузети само по предлогу. Ако је брак заиста и био закључен, гоњење је било допуштено једино под условом да је брак поништен од стране надлежних духовних власти.

У литератури из онога периода могу се наћи и сведочења о судској пракси у вези са отмицом, у којима се констатује да су ипак чешће отмице са пристанком жене, а противно вољи њених родитеља или старатеља.[53]

6. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА ПО КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 1977. ГОДИНЕ

Принудно закључење брака се у законима донетим после II светског рата први пут среће у Кривичном закону Републике Србије из 1977. године,[54] уз напомену да није било предвиђено у његовом иницијалном тексту, већ је

[48] М. Чубински, 171.

[49] Metod Dolenc, *Tolmač h Kazneskemu zakoniku Kraljevine Jugoslavije*, Ljubljana, 1929, 384.

[50] Л. Урошевић, 367.

[51] Видети *supra*, под 36.

[52] У КЗ-у је било само девет инкриминација које су имале и особито тежак случај, а чини се да је избор тих дела био произвољан и непринципијелан. Више у М. Чубински, 170.

[53] Ф. Чулиновић, 88.

[54] *Службени гласник СРС, бр. 26/77, 28/77 – испр., 43/77- испр., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 41/89 и 21/90, Службени гласник РС, бр. 16/90, 26/91 – Одлука УСЈ 197/87, 75/91 – Одлука*

уведено новелама из 1990. године. То не значи да до тада није било правне заштите, пошто је овакво понашање било могуће квалификовати као кривично дело принуде.[55]

Основни облик овог дела састојао се у принуђивању женског лица на закључење брака (чл. 113а). Начин на који је дефинисана радња дела упућује на неколико закључка. Прво, принуђивање, као што је уобичајно, подразумевало је примену силе или претње, при чему сам садржај претње није био одређен. Требало би поменути да се у ондашњој правној теорији могло наћи и мишљење да је принуђивање обухватало и примену обмане,[56] али оно није било општеприхваћено. Друго, како је употребљен трајни глагол, под исто дело се могла подвести вишекратна активност, без конструисања стицаја. Треће, за постојање дела није било нужно да је принуда заиста и довела до закључења брака, тражило се само да је примењена са циљем да утиче на доношење одлуке везане за склапање брака. Другим речима, инкриминисана је сама радња принуђивања, тако да је дело било свршено њеним предузимањем, независно од тога да ли је она постигла жељене ефекте или не. У случају да је до брака заиста и дошло настало би тзв. материјално довршење дела, значајно за одмеравање казне.

Извршилац је могло бити било које лице, иако је у пракси то најчешће био мушкарац који жели да закључи брак са пасивним субјектом.[57] Пасивни субјект је искључиво женско лице, према којем се предузимају делатности принудног карактера, а пошто је у квалификованом облику дело постојало ако је жртва малолетна, следи да се код основног облика радило искључиво о пунолетној женској особи.

Субјективни супстрат дела чинио је умишљај, који је код тежег облика требало да обухвати и свест о старости жртве.

За основни облик била је запрећена казна затвора до једне године, а за квалификовани казна затвора од шест месеци до три године. Када се већ помиње законска казнена политика, занимљиво је упоређење са кривичним

УСРС 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02 – испр., 80/02 – др. закон, 39/03 и 67/03.

[55] По Кривичном закону из 1951. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 13/195*) принуда је настајала када учинилац силом или озбиљном претњом принуди другог да нешто учини, не учини или трпи, за шта је била прописана новчана казна или затвор до две године (чл. 149). Кривични закон СРС је на исти начин дефинисао принуду, мада је предвиђао строжу казну (затвор до три године), као и квалификовани облик у случају претње убиством или тешком телесном повредом, запрећен затвором од шест месеци до пет година (чл. 62).

[56] Зорица Кандић-Поповић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1991, 116.

[57] Љубиша Јовановић, Војислав Ђурђић, Драган Јовашевић, *Кривично право, Посебни део, треће измењено и допуњено издање*, Београд, 2004, 216, Бора Чејовић, Видоје Миладиновић, *Кривично право, Посебни део, шесто измењено и допуњено издање*, Београд, 1999, 251.

делом принуде из чл. 62 Кривичног закона, које наводи на закључак да је принуђивање на закључење брака било само његов привилеговани облик, што је веома упитно. Пре ће бити да је питању неоправдана неусаглашеност, настала недовољно промишљеним мењањем законског текста, која би дошла до изражаја у случају принуђивања мушкарца на закључење брака. Пошто је искључиво жена пасивни субјект дела из чл. 113а, правна квалификација би тада морала бити дело из чл. 62 Кривичног закона. Ако је интенција законодавца била, како се може између редова закључити, појачана заштита жена, она је остала потпуно неостварена, због неусаглашене казнене политике.

7. ПРИНУДНО ЗАКЉУЧЕЊЕ БРАКА У ПОЗИТИВНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Принудно закључење брака је постало саставни део важећег кривичног законодавства 2016. године, услед усаглашавања са Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.[58] Основни облик овог дела у Кривичном законику Републике Србије настаје када се употребом силе или претње принуди друго лице да закључи брак, за шта је прописана казна затвора од три месеца до три године (чл. 187а ст. 1).

Сила представља примену физичке, механичке или друге снаге, хипнозе или омамљујућих средстава са циљем да се неко против своје воље доведе у несвесно стање или онеспособи за отпор. Законска формулација омогућава да се под неправо дела подведу и оне ситуације када је она непосредно примењена према пасивном субјекту, али према другом лицу и према стварима, уз претпоставку да се ради о стварима од велике вредности или од посебног значаја за принуђивано лице. Претња се састоји у предочавању неког зла, а њен садржај у оквиру овог дела није детаљније одређен, те може бити у питању било које зло, уз уобичајне захтеве да претња буде могућа, озбиљна, садашња и неотклоњива. Између силе и претње и онога на шта се лице принуђује (у овом случају закључења брака) мора да постоји узрочна веза. Уколико принуда није произвела последицу, тј. оно дешавање на које је била управљена, постојаће покушај овог кривичног дела, који у овом случају није кажњив.

Не може остати непримећено да је овакво решење битно другачије од претходног. Раније је радња била дефинисана трајним глаголом – ко *принуђује*

[58] По Истанбулској конвенцији, принудни брак се састоји у присиљавању одраслог лица или детета да ступи у брак, при чему је посебно постављена обавеза за стране уговорнице да као радњу дела предвиде и намамљивање одраслог лица односно детета на територију стране државе, која не представља државу њиховог боравишта, с циљем да их принуде да ступе у брак (чл. 37).

другог, док је за позитивноправно одређење искоришћен свршени глалол – ко *принуди* другог, из чега следи да раније за постојање дела није било потребно да је дошло до закључења брака, већ само да је примењена сила или претња у поменутом циљу. За разлику од тога, постојеће решење сугерише да је дело свршено тек ако је дошло до закључења брака, што значи да је заштита која се раније пружала била шира, јер се сматрало да је пасивни субјект у довољној мери угрожен већ у фази покушаја.

Из законског описа следи да учинилац дела може бити било које лице. Тако се у овој улози се може појавити лице које ће са принуђеним закључити брак, али и било ко други, рецимо неки од сродника будућих супружника, што се вероватно често дешава код бракова које на овакав начин закључују малолетници. Ни пасивни субјект није одређен неким посебним својством, како је законодавац искористио неутралну формулацију „*друго лице*“. Овде би требало направити паралелу са делом из ранијег законодавства које је, због формулације „*принуђивање женског лица*“ диктирало да се као пасивни субјект појављује само жена, те је у овом домену правна заштита потпунија. Заправо, могло би се рећи да је прихваћеним решењем учињен радикалан раскид са традиционалним поимањем принудног закључења брака као појаве која погађа искључиво жене.[59]

Поред наведних, елемент бића анализираног дела представља и умишљај учиница. С обзиром на то да учинилац има одређени циљ због којег примењује принуду, јасно је да субјективни супстрат ове инкриминације представља само директни умишљај.

Принудно закључење брака има и привилеговани облик, који настаје када учинилац друго лице одведе у иностранство ради закључења принудног брака, или када га у истом циљу наведе да оде у иностранство. Навођење треба тумачити на уобичајан начин, као сваку делатност подобну да код другог створи или учврсти одлуку, овде да оде у иностранство. Фактички се навођење може остварити на различите начине, и то не нужно применом принуде, већ и другим методама – убеђивањем, представљањем или нуђењем какве користи, довођењем у заблуду, одржавањем у заблуди и слично. Одвођење означава прелазак у иностранство, тј. у другу државу у којој пасивни субјект нема пребивалиште или боравиште. То значи да, ако би се десило да је неко лице одведено из свог места у неко друго место на територији Србије ради закључења принудног брака, ово дело не би постојало. Штавише, такво поступање било би потпуно изван криминалне зоне, осим ако је одвођење извршено применом принуде, када би се могло квалификовати као отмица.

---

[59] О мушкарцима-жртвама принудног закључења брака више у Душица Миладиновић-Стефановић, *Криминолошки аспекти принудног брака*, зборник Усклађивање права Србије са правом ЕУ (ур. Саша Кнежевић), Ниш, 2018, 85 и надаље.

Привилеговани облик је свршен самим предузимањем наведених радњи, тј. иако није дошло до закључења принудног брака. Отуда су у праву малобројни теоретичари који су се бавили овим проблемом у домаћој теорији, да је лакшим обликом инкриминисано само припремање принудног закључења брака.[60]

8. ЗАКЉУЧАК ИЛИ МОГУЋИ ПРАВЦИ ДАЉЕГ РАЗВОЈА

Претходно излагање је показало да кривичноправна заштита од принудног закључења брака има веома дугу традицију у српском праву, која сеже чак до периода средњег века. Она је најпре остваривана кроз „хибридно" дело, са елементима отмице и принудног закључења брака, што је представљало одговор на обичајну праксу која се веома дуго задржала, да би тек у другој половини XX века била оформљена посебна, самостална инкриминација. Основни печат принудног закључења брака као кривичног дела оставља чињеница да је, у свом дуготрајном постојању, оно било предвиђено искључиво као механизам за заштиту жена, да би тек од 2016. године, због неутрално одређених субјеката, било омогућено да се њиме заштите и мушкарци од недозвољених притисака у овом домену.

С обзиром на то како је нормативно постављено у позитивном праву, принудно закључење брака оставља известан простор за интервенције *de lege ferenda,* а будуће измене би могле да се крећу у више праваца. У ранијем излагању је поменуто да важеће решење не омогућава кажњавање за покушај, на чему Истанбулска конвенција инсистира (чл. 41 ст. 2), што се може остварити или повећањем прописане казне, тј. подизањем посебног максимума са три на пет година, или постављањем посебне одредбе о кажњивости покушаја. Међутим, прихватање било којег од наведених решења, могло би да наиђе на извесне критике, посебно у поређењу са принудним заснивањем ванбрачне заједнице. Пошто би принудно заснивање ванбрачне заједнице морало да се третира као кривично дело принуде из чл. 135, њен покушај не би био кажњив, за разлику од покушаја принудног закључења брака. То може бити спорно због изједначености брака и ванбрачне заједнице по Уставу,[61] али и из криминално-политичких разлога, јер је општепознато да се у пракси, посебно код појединих мањинских заједница, веома често јављају случајеви принуде усмерене на успостављање неформалне заједнице живота, а не на формално склапање брака. У том смислу, епилог критике могао би бити и

[60] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика, шесто измењено и допуњено издање*, Београд, 2017, 606.

[61] Видети чл. 62 Устава РС, *Службени гласник РС, бр. 98/06.*

стварање новог дела, у чијем окриљу би се нашло и принудно заснивање ванбрачне заједнице.

Једна од могућих интервенција могла би се односити и на то да се дело уместо садашње последичне форме, преведе у делатносну, о чему је раније већ било речи.

Надаље, могло би се размишљати и у правцу увођења квалификованог облика, који би постојао ако жртва малолетно лице. Чињеница је да сама Конвенција то не тражи, али се поменута допуна не би могла сматрати неоправданом, пошто је у складу са савременим интенцијама посебне заштите малолетних лица у кривичном праву, али и због тежине и далекосежности последица које ово дело оставља на живот малолетних лица.[62]

У ширем смислу, потпунија заштита жртава принудног закључења брака требало би да буде остварена и извесним изменама које се не односе на само дело из чл. 187а, већ на трговину људима из чл. 388. Директива 2011/36/ЕУ захтева да се као један од облика експлоатације у оквиру трговине људима изричито предвиди и принудно закључење брака,[63] што важећим Кривичним законом није обухваћено. Иако тренутно питање усаглашености домаћег законодавства са наведеном Директивом није актуелно, због чињенице да Србија још увек није чланица Европске уније, оно ће у будућности у очекиваном процесу приступања сигурно доћи на дневни ред.

На будући развој инкриминације могле би да утичу и одређене промене у грађанском праву, прецизније потенцијално увођење истополних заједница или регистрованог партнерства. Права која их садрже, на пример аустријско, имају и редефинисано принудно закључење брака.[64] Чини се да је, за сада, овај правац измена најмање известан. Иако је Акционим планом за примену стратегије превенције и заштите од дискриминације за период од 2014. до 2018. године[65] предвиђено доношење закона о регистрованим истополним заједницама до октобра 2019. године, то се није десило. Томе треба додати да ни Преднацрт Грађанског законика[66] не предвиђа овај тип заједнице, јер је радна група стала на становиште да би то било противуставно.

---

[62] Више у Д. Миладиновић-Стефановић, 91 и надаље.

[63] Видети чл. 11, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF, приступ 14.08.2019. године.

[64] Чл. 106а Казненог законика Аустрије, Strafgesetzbuch, https://www.legislationline.org/download/id/8407/file/Austria_CC_1974_am2019_de.pdf, приступ 14.08.2019. године.

[65] *Службени гласник РС, бр. 107/14*.

[66] Чл. 2214 Преднацрта грађанског законика, https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf, приступ 14.08.2019. године.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Вулетић Александра, *Брак у Кнежевини Србији*, Београд, 2008.

Dolenc Metod, *Tolmač h Kaznesketu zakoniku Kraljevine Jugoslavije*, Ljubljana, 1929.

Живановић Тома, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804. до 1865. године*, Београд, 1967.

Живановић Тома, *Основи кривичног права Краљевине Југославије*, *Посебни део, I књига, св. 1*, Београд, 1938.

Законоправило или Номоканон Светога Саве: Иловички препис из 1262. године (приредио и прилоге написао М. М. Петровић), Горњи Милановац, 1991.

Јовановић Љубиша, Ђурђић Војислав, Јовашевић Драган, *Кривично право, Посебни део, треће измењено и допуњено издање*, Београд, 2004.

Кандић-Поповић Зорица, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1991.

Кривични законик за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, Београд, 1929.

Марковић Биљана, *Кривично дело отмице девојака и жена у законодавству цара Стефана Душана*, Историјски часопис, књ. LVI/2008, 241-260.

Миладиновић-Стефановић Душица, *Криминолошки аспекти принудног брака*, зборник Усклађивање права Србије са правом ЕУ (ур. Саша Кнежевић), Ниш, 2018, 77-96.

Милаш Никодим, *Правила православне цркве с тумачењима*, Београд-Шибеник, 2004.

Николић Драган, *Древно руско словенско право*, Београд, 2000.

Николић Драган, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш, 1991.

Новаковић Стојан, *Законик Стефана Душана цара српског*, Београд, 2004.

Новаковић Стојан, *Матије Властара Синтагмат*, Београд, 1907.

Синтагма Матије Властара, Извори српског права (превод Т. Суботин-Голубовић), Београд, 2013.

Смиљанић В. Манојло, *Отмице, добеглице и трагови куповине девојака у српског народа*, сепарат, Глас СКА LXIV, 1901, 171-244.

Соловјев Александар, *Историја словенских права & Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд, 1998.

Стефановић Караџић Вук, *Српски рјечник, истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима, четврто државно издање*, Београд, 1935.

Стојановић Зоран, *Коментар Кривичног законика, шесто измењено и допуњено издање*, Београд, 2017.

Суђеска Авдо, *Неке особености кривичног права у југословенским земљама за време Турака*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1974, 243-253.

Тарановски Теодор, *Историја српског права у немањићкој држави*, Београд, 2002.

Урошевић Лаза, *Судски требник, II, Кривични законик са коментаром,* Београд, 1929.

Фостиков Александра, *Жена – између врлине и греха*, зборник Приватни живот у српским земљама средњег века (прир. Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић), Београд, 2004.

Чејовић Бора, Миладиновић Видоје, *Кривично право, Посебни део, шесто измењено и допуњено издање*, Београд, 1999.
Чубински Михајло, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије од 27. јануара 1929. године (Посебни део)*, Београд, 1930.
Чулиновић Фердо, *Жена у нашем кривичном праву*, Београд, 1934.
Шаркић Срђан, *Средњевековно српско право*, Нови Сад, 1996.
Шаркић Срђан, Поповић Драгољуб, Николић Драган, *Историја српског правосуђа (XII-XIX век), књига прва*, Београд, 1997.

Прописи

Акциони план за примену стратегије превенције и заштите од дискриминације за период од 2014. до 2018. године, *Службени гласник РС, бр. 107/14*
Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting its victims, and Replacing Council Framework Decision 2002/629/jha, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF, приступ 14.08.2019. године
Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/13*
Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71.*
Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/71.*
Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/81.*
Конвенција УН о пристанку на брак, минималним годинама за закључење брака и регистрацији брака од 7. новембра 1962. године, http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/convention.pdf, приступ 14.08.2019. године
Кривични законик РС, *Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05-испр., 107/05-испр., 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19*
Кривични закон ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ, бр. 13/19*
Кривични закон СРС, *Службени гласник СРС, бр. 26/77, 28/77 – испр., 43/77- испр., 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 41/89 и 21/90, Службени гласник РС, бр. 16/90, 26/91 – Одлука УСЈ 197/87, 75/91 – Одлука УСРС 58/91, 9/92, 49/92, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02 – испр., 80/02 – др. закон, 39/03 и 67/03*
Породични закон, *Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11 –др. закон, 6/15.*
Strafgesetzbuch, https://www.legislationline.org/download/id/8407/file/Austria_CC_1974_am2019_de.pdf, приступ 14.08.2019. године
Универзална декларација о људским правима, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/cnr.pdf, приступ 14.08.2019. године
Устав РС, *Службени гласник РС, бр. 98/06*

Dušica D. Miladinović Stefanović, Ph.D., Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
dusica@prafak.ni.ac.rs

Forced Marriage in Serbian Legislation – between Legal Tradition and New Legal Challenges –[67]

Abstract: *The right to freely decide on the conclusion or dissolution of marriage traditionally falls into the corpus of human and civil rights which are guaranteed both at the international and the national level. In Serbian legislation, the implications of being deprived of this right, particularly as a result of coercion or duress, are two-fold: in the sphere of civil law, it is one of the legal grounds for voidability of marriage (Art. 38 of the Family Act) while, in the field of criminal law, it is qualified as a special criminal offence of forced marriage (Art. 187a of the Criminal Code). The initial text of the Criminal Code did not contain the incrimination of forced marriage, it was introduced by novelties in 2016, during the process of harmonising domestic legislation with the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (the Istanbul Convention), which was signed and ratified by the Republic of Serbia. Thus, Serbia assumed an obligation to adjust and enhance its system for the protection of victims of violence. The author in this paper seeks to examine the criminal protection from forced marriage in its historical vertical, analyzing earlier criminal-law responses to this phenomenon, critically considering the capacities of positive law, but also dealing with possible directions for its further development.*

Keywords: *forced marriage, Serbian criminal legislation.*

Датум пријема рада: 15.12.2019.

[67] This paper has been presented at the International Scientific Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, held on October 3rd and 4th, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

Прегледни чланак 342.8(37)
doi:10.5937/zrpfns54-24413

Др Наташа Љ. Деретић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Милан М. Милутин, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

ПОКУШАЈ ЗАКОНСКОГ РЕГУЛИСАЊА „*AMBITUS*-А“ (АГИТОВАЊА ЗА РИМСКЕ ИЗБОРЕ) У ПЕРИОДУ РИМСКЕ РЕПУБЛИКЕ*

***Сажетак**: Појава агитовања пред изборе, која је у римској држави имала и свој посебан назив – ambitus, је надживела векове, па ту појаву срећемо и у данашње време. Бити играч у политичком животу Рима (као и у садашњем политичком животу), значило је постати још финансијски моћнији и стећи још већи друштвени углед. На питање, да ли је агитовање пред изборе врста корупције, покушаћемо да дамо одговор након анализе закона из периода Републике. Дефинисање ambitus-а није нимало лак задатак. Веома широка дефиниција била би: коришћење незаконитих метода да би се убедио гласач да гласа за одређеног кандидата. Ова дефиниција се примењује за читав период републике, али и касније, до краја римске историје. У покушају да разумемо значење ambitus-а, није потпуно јасно, која средства су незаконита? Да ли је то врбовање гласача, уцењивање, подмићивање, давање поклона, чињење или обећавање услуга, организовање бесплатних гозби, организовање јавних игара и сл.? Која је била казна? Ко је могао бити кажњен? Ове ствари су варирале како у периоду Републике, тако кроз читаву римску историју.*

***Кључне речи**: криза морала, социјалне разлике, изборни систем, придобијање гласача, куповина гласова...*

---

* Рад је посвећен Пројекту: „*Правна традиција и нови правни изазови*.” чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

УВОД

Прва три века републиканског Рима оправдано се сматрају за херојско доба римског народа. Опште је познато да у раном периоду Републике, када су владали морални и честити људи, врлине (част и поштење) су стављане у службу заједничког идеала, у коме индивидуалне људске потребе играју малу улогу. Јавне функције су обављане бесплатно, хонорарно, из почасти. Тада су Римљани освојили Италију и поставили темеље новој сили на Средоземљу, захваљујући којој су створили светску империју. Са територијалном експанзијом римске државе, расте и финансијска моћ оних који претендују да се баве политиком; приватни интерес преовладава над јавним интересом; част и поштење губе на значају – то више нису врлине, него мане. Отпочиње социјална диференцијација Римљана; ствара се све већи јаз између богатих Римљана и оних који то нису.

У периоду Републике на власти су уместо краља – магистрати, виши и нижи.[1] Римљане су у великој мери издржавали приходи од пореза из страних провинција и од плена који су у име државе генерали освајали у иностраним ратовима. Неки од римских прокуратора, управитеља провинција... постају временом корумпиране аутократе; подразумевало се да могу да стичу иметак израбљујући покорени народ којим су управљали. [2] Ово уопштено гледано није било нетипично за Стари век.[3] Да би то могли несметано да раде, јако им је било стало да буду изабрани за неку од високих функција (магистратура), где ће им бити доступна благајна, провинције, дужности, слава и тријумфи. У томе су предњачили еквестри (новообогаћени слој плебејаца) којима су у периоду Републике већ биле доступне магистратуре. Отпочињао је „обилазак" будућих гласача, на шта указује и етимолошко значење речи „*ambitus*" (*ambo re* – „обилазак").[4] „Многи од најважнијих државних послова зависили су од гласова народа; а како је народ имао јако мало прилике да се упозна са самом садржином ствари у односу по питању власти, своје гласове је углавном поклањао према личној популарности кандидата. Политичари

---

[1] Термин *magistratus* је у латинском језику, истовремено означавао и јавну службу и лице задужено за вршење јавне службе. Етимолошки, изводи се од речи „*mac* „, што значи, „нешто више од редовног", односно у пренесеном значењу, „човека који може да заповеда, да командује"... Нав. према Иво Пухан, *Римско право,* Београд 1977, 36.

[2] Вид. Наташа Деретић, „Суптилна и неодољива примамљивост корупције у политичким круговима Рима", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017, Том I, 767-791.

[3] Вид. Наташа Деретић, „Корени политичке корупције у старом веку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1295–1313.

[4] Тако је од израза *ambo re* – обилазити (бираче) настала реч „амбиција" (*ambitio*). Везана је, дакле, за предизборни политички жаргон. Вид. Жика Бујуклић, *Форум Романум*, Београд 2006, 553.

остају без моралних принципа и прибегавају свакаквим средствима не би ли прибавили личну популарност: подмићују људе утицајне у народу да их подрже, обећавајући им мање важне послове, услуге, или им дајући директне новчане донације."[5] Како је те масе људи било сувише много да би јој се платило функцијама или златом, угађано им је организовањем бесплатних гозби, приређивањем представа, спектакала и јавним приредбама сваке врсте.

Избори за магистратуре су се одвијали сваке године, тако да се непрекидно водила кампања придобијања гласача. Римски магистрати су бирани на три гласачке скупштине: *comitia centuriata, comitia tributa* и *concilia plebis.* Скупштине су биле уређене тако да није било једноставно остварити већину гласова. Кандидат је морао бити сигуран да је фаворизован од стране гласача у довољном броју центурија или трибуса.[6] Иако су избори за магистратуре одржавани сваке године, предизборна кампања кандидата за магистратуру одвијала се без прекида (са мањим или већим интезитетом). У пракси су се кандидати морали довијати на разне начине како би привукли гласаче не презајући ни од најразличитијих манипулација, као што је и купопавање гласова (*largitio*). Исто се обављало уз ангажовање посредника: једни су „уговарали" непоштени посао (*interpretes*), други су чували новац намењен за ту сврху (*sequestres*), а трећи су обављали директну исплату (*divisores*), желећи да тако заштите најпре себе од одговорности, али и оне који су продавали своје гласове.[7]

У раном периоду Римске Републике, још једна категорија гласача је била занимљива за амбитус. То су били тзв. „инфериорни грађани" које је изнедрио „патронатски однос" између патрона (угледног римског грађанина) и клијента (*clientelae*), ослобођеног роба или способног перегрина – странца. Ти, како су их називали, „инфериорни грађани" су дуговали послушност и верност

[5] Jacob Abbott, *Julije Cezar* (превод Марко Круповић), Beograd 2005, 39-40.

[6] *Comitia centuriata* је бирала конзуле и преторе, *comitia tributa* је бирала курулске едиле, квесторе и војне трибуне, а *concilia plebis* је бирала плебејске трибуне и едиле. Због основне карактеристике римских скупштина да се у њима при гласању, не појављује грађанин као појединац са својим гласом, већ у оквиру групе којој припада, прво курије, а потом центурије и трибе – свака од наведених група је вредела један глас, без обзира на број грађана које у себи укључује. *Comitia tributa* је била скупштина римског народа чија је организација заснована на територијалној подели грађана на трибусе, по којој су становници Рима били уписани у 31 сеоски трибус и 4 градска трибуса. Богатији слојеви људи били су уписивани у сеоске трибусе (с обзиром на то да је припадност трибусу зависила од тога да ли неко има или нема земљу) па су имали и много већи број гласова од сиромашнијих, беземљаша, који су били укључени у градски трибус. Процедуре гласања у *comitia tributa* и *concilia plebis* су практично исте. Да би био изабран, кандидат је морао да освоји 18 од 35 трибуса. У *comitia centuriata* победник је био први кандидат иза чијег имена би остало 97 центурија. Вид. Tammo Wallinga (Валинга), *Ambitus in the Roman Republic*, SIHDA conference in Oxford, 1993 (Revue Internationale des droits de l'antiquite, Tome XLI) 1994, 412.

[7] Ж. Бујуклић, 136-137.

свом патрону, али и подршку у политичкој каријери. Због те околности, било је вероватно могуће, да се придобије неопходна подршка неговањем политичких пријатељстава са људима који су имали велики број клијената, који су лако могли бити контролисани. Кандидат за неку магистратуру, без пријатеља, најпре је морао напорно да ради да би нашао неопходну подршку. У *Commentariolum consultas petitionis* који се приписује Квинту Цицерону, може се наћи упутство за кандидате који метод да примене да би били изабрани.[8] Верује се да је поменути приручник за изборну кампању, написао Квинт Цицерон, брат познатог говорника и политичара Марка Тулија Цицерона, у форми писма у коме му саветује како да води своју изборну кампању за конзула 63. године пре н.е.[9] Тако, брижни брат, саветује Цицерона да свако јутро понавља реченицу, попут неке мантре: „Ја сам нови човек (*hominus novi*), кандидујем се за конзула, ово је Рим"; то из разлога јер Цицерон није имао најјачи адут који неко може да има у кампањи – угледно порекло.[10]

1. ВАЖНИЈИ ЗАКОНИ ИЗ ПЕРИОДА РЕПУБЛИКЕ У ВЕЗИ СА *AMBITUS*-ОМ

С обзиром на дуги период трајања Републике (траје од 509. до 27. године пре н.е.), законодавство против *ambitus*-а се може поделити у три групе: период 432-314. пре н.е; два изолована закона из 181. и 159. године пре н.е. и највећи број закона из периода првог века пре н.е. Постоје и неки закони који немају директне везе са *ambitus*-ом, али су вредни помена зато што су битни за изборни поступак. Осим закона, постоје и интересантне s*enatus consulta*-е о *ambitus*-у, као и предлози закона који никада нису усвојени; они ће такође бити узети у обзир.

Не изненађује чињеница да већину закона о амбитусу налазимо у периоду опадања Републике. Постојала је жестока борба за политичку моћ, у којој ништа није забрањено и ривалски кандидати за магистратуре, користили су све могуће начине да утичу на гласаче. Наравно, постојали су напори да се томе стане на пут, или бар да се утиче на овакав развој догађаја, али без неког великог успеха.

---

[8] Dante Nardo, *Il 'Commentariolum petitionis', La propaganda elettorale nella 'ars' di Quinto Cicerone*, Padua 1970, 239-277. Приручник је преведен на све светске језике и верује се да је после две хиљаде година најчитанији такав приручник, јер није изгубио на својој актуелности. Вид., Ивана Јарамаз Рескушић, Самир Аличић, *Изборни приручник са говорима М.Т. Цицерона о изборној корупцији*, Сарајево 2018.

[9] И. Јарамаз-Рескушић, С. Аличић, 13.

[10] *Ibid*, 15.

1.1. *Lex de ambitu* из 432. године пре н.е.

У периоду ране Републике, Римљани још увек држе до части, поштења, али ипак налазимо трагове радњи које ће касније прерасти у криминалну форму амбитуса. Тако је забележено да је 432. године пре н.е, на предлог плебејског трибуна, донет *Lex de ambitu* који је између осталог забрањивао бељење тога (хаљина, одеће) оних који су били кандидати на изборима. Обичај да се римски грађани (*cives*) при појављивању на јавним местима (током суђења, скупштинских заседања, расправа у сенату...) облаче у посебну одећу – тогу, која је била у различитим бојама, означавала је статус онога који је носи. Закон међутим, није могао да потпуно забрани устаљену навику Римљана да носе посебну тогу – *toga candida* (вунени огртач посебно избељен) која је чинила посебно упадљивим оне који су се надметали у предизборној кампањи. Од назива за ову врсту тоге (*candidus –бео*) настао је и термин „кандидат" (*candidatus*). Грађанин (кандидат) који је претендовао да буде изабран за обављање одређене магистратске функције, за време предизборног периода, појављивао се обучен у посебну, белу тогу, праћен гомилом клијената, робова и пријатеља, да би агитовао за свој избор.

Забуну код тумачења овог закона уноси околност да су доиста плебејци предложили овај закон, како би спречили патриције да користе своје беле тоге, у агитовању за изборе. То из разлога што је тешко разумети зашто би оваква забрана имала утицаја на патриције, пошто тоге нису биле одевни предмет који су искључиво носили патрицији. [11] А посебно је дискутабилно за поједине ауторе, да ли су народни трибуни (*tribuni plebis*) могли да доносе законе за целокупну популацију Рима већ 432. године. Тако Т. Валинга инсистира на чињеници „да у 433. и 432. години нису бирани конзули, него су постојали *tribuni militari consulari potestate.* За разлику од конзула из тог времена, овај магистрат је био отворен за плебејце. Упркос томе, патрицији су изабрани оба пута. Уопште говорећи, очекивало би се од патриција да контролишу гласаче кроз своје *clientelae*, нарочито у овом периоду историје, тако да овај резултат није неочекиван. Они би имали мало разлога за агитовање, а мера која би га забрањивала, у ствари била би више усмерена ка плебејским кандидатима. Стога има основа за тврдњу да су трибуни који су предложили закон војни трибуни (*tribuni militarum*). Они су вероватно, за разлику од народних трибуна, могли да предлажу законе који су обавезујући за читаву популацију. Ово би значило да је закон усмерен против плебејских скоројевића (еквестри) који су кроз активно агитовање, постајали могућа претња

[11] Тога (вунени или лагани огртач који се пребацивао преко левог рамена и обавијао се око тела претходно прекривеног платненом кошуљом до колена (туника), по правилу је била беле боје. Поред беле боје, тунике су носили и у сивој односно црној боји, лица која су била у жалости за умрлим и окривљени у суду.

патрицијима.[12] Поменути аутор се даље пита да ли је овај закон уопште закон против *ambitus*-а, што потврђује и мишљење неких романиста, који сматрају да Ливије у њему види само безначајну ствар и једва достојну озбиљне расправе (*parva res et vix serio agenda*).[13] Односно, Ливије јасно указује да 432. година означава, први зачетак римске дискусије о томе шта јесте, а шта није дозвољено у контексту избора.[14]

1.2 *Lex Poetilia* из 358. године пре н.е.

Уобичајено се у литератури овај закон везује за забрану подмићивања гласача и агитацију током пазарних дана у граду и на сеоским вашарима.[15] Међутим, дубљом анализом извора видимо да је овај закон донесен на предлог плебејског трибуна Петилија (*C. Poetilius*-а) уз овлашћење сената, а забрањивао је агитовање ван града, које је било практиковано од стране новообогаћеног слоја плебејаца (*homines novi*). О томе сведочи Livije у свом делу *Ab urbe condita:* „*...eaque rogatione novorum maxime hominum ambitionem, qui nundinas et conciliabula obire soliti erant, comressam credebant*", што преведено значи: „веровало се да ће овим законом сузбити обичај врбовања гласача, пре свега код скоројевића који су ради тога обилазили вашаре и друге скупове".[16] Неки аутори сматрају да позадина овог закона није толико генерално гледање са висине на *homines novi* од стране патриција или чињеница да је конзулство било омогућено плебејцима од 366.[17] Позадина овог закона, по мишљењу Т. Валинге, пре би се односила на околност да је тадашњи плебс био веома заинтересован за оснивање новог трибуса, што је заправо представљало претњу постојећем патрицијском систему политичких односа. Нови трибуси *Pomptina* и *Publilia* основани су 358. године и били су први лоцирани на одређеном растојању од Рима. Наравно, ово је отворило могућност за плебејце да успоставе сопствену политичку подршку како би представљали противтежу већ постојећој *clientelae* патриција; патрицији су узвратили ударац тако што су агитовање изван града ограничили овим законом.[18] Иако је Петилије и сам био плебејац, он је несумњиво био на страни сената. У периоду од 360. до 341. године, петнаест плебејских конзулата попуњено је са само пет различитих особа, а међу њима је био и Петилије, који је био конзул

---

[12] T. Wallinga, 414-415.

[13] Liv. 4.25.13-14. У раду је коришћен превод Мирославе Мирковић, Историја Рима од оснивања града, Београд 2012.

[14] T. Wallinga, 415.

[15] Ж. Бујуклић, 137.

[16] Liv. 7.15.12.

[17] Georges Chaigne, *L' ambitus et les moeurs electorales des Romains*, Paris 1911, 121.

[18] T. Wallinga, 416

360, 346. и 326. године; он је очигледно био један од одабране групе плебејаца којима су патрицији веровали.[19]

1.3. *Edictum dictatoris Maenii* из 314. године пре н.е.

Истражујући даље судбину овог, практично монополског статуса неколицине плебејаца, Т. Валинга нас упознаје да је томе дошао крај око 341. године пре н.е; нови плебејци су успели да буду изабрани за конзулат. Један од њих, Меније (*C. Maenius*, конзул од 338. године) изабран је за диктатора 314. године, да би истражио заверу у Капуи.[20] Сазнајемо да је његов посао тамо брзо био окончан када је један од завереника извршио самоубиство, а Меније је преусмерио своју истрагу ка Риму, где је објавио едикт у коме је тражио имена свих оних који су ковали заверу против римске државе (*in universum quicumque coissent conirassentve adversus rem publicam*). Уследила је велика конфузија; Меније и његов *magister equitam M. Folius* били су оптужени за заверу (*coire*), након чега су обојица поднели оставку да би им судио *quaestio* (истражни суд) који су управо они успоставили и били тријумфално ослобођени. *Quaestio* је накнадно постао жртва интрига због којих је и установљен (*coitiones adversus quas comparata erat*).[21]

Наведени диктаторов едикт, иако није био *lex de ambitu* у строгом смислу, очигледно је настојао да нешто уради поводом завереника (*coitiones*-а) везаних за изборе. Т. Валинга инсистира на томе да значај овог едикта је остао прилично нејасан осим што се „пред крај Републике на *coitio* гледа као на партнерство између два кандидата који су покушавали да остваре узајамну корист од својих следбеника и гласача; можда је ово био састанак са не-кандидатом који је имао пуно клијената."[22]

У овом периоду историје, још увек нема трага подмићивању које је у каснијим временима постало врло битан елеменат *ambitus*-а. Закони који су покушавали да инкриминишу одређене аспекте кандидатових *petitia* (нападања, тражења) представљају део борбе између патриција и плебејаца око компетентности ових последњих за магистратуру.

---

[19] Вид. T. Wallinga, 417.

[20] Како су у тој години сви били неверни Риму, и у Капуи је била искована завера првака. Када је о томе јављено Сенату, ствар није никако била занемарена: одређен је суд и одлучено је да се изабере диктатор који ће водити истрагу. Именован је Гај Меније, а за команданта коњице Марко Фолије. Ова магистратура је изазвала велики страх. Било да их је на то натерао страх или грижа савести, Калавији, Овије и Новије, који су стајали на челу завере, спасли су се од суда, тако што су пресудили сами себи.

[21] Liv. 9.26.22.

[22] T. Wallinga, 418.

1.4. *Lex Cornelia Baebia; lex Cornelia Fulvia* из 181. године пре н.е.

Ливије говори да је први од ова два закона, *lex Cornelia Baebia*, предложен 181. године од стране конзула *P. Cornelius Cothegus*-а и *M. Baebius Tamphilius*-а *ex auctoritate senatus.* Други закон, *lex Cornelia Fulvia*, предложили су 159. конзули *Cn. Cornelius Dolabella* и *M. Fulvius Nobilior.* Т. Валинга, када говори о садржају тих закона и казнама које су биле предвиђене, позива се на Полибија који у својим радовима пишући о овом периоду, сведочи да је за давање поклона људима како би били изабрани за одређену магистратуру, предвиђена смртна казна, што је била уобичајена пракса у Картагини.[23] Т. Валинга се позива на Плинија Старијег (*Gaius Secundus Plinius – Maior*) који пише о могућим облицима агитовања кроз „*Q. Coponium invenimus ambitus damnatum, quia vini amphoram dedisset dono ei, cui suffragi latio erat*" тј. „... неке игре се помињу, затим давање поклона у виду вина и уља, новца, јавних оброка, ручкова... све су то средства агитовања."[24]

Да бисмо у потпуности сагледали позадину ових закона, морамо се вратити на крај трећег века пре н.е, када је уведена серија нових гладијаторских игара,[25] која је пружала амбициозним магистратима могућност да утичу на гласаче организујући им гладијаторске игре о свом трошку: „*Ludi Plebeii* 220. године, *Apolinares* 212. године, *Megalenses* 204. године, *Ceriales* 202. године, *Florenses* 173. године. Не само да се број игара повећао, већ и њихово трајање: у почетку су трајале један дан, а касније до четрнаест дана, и ако је било неопходно, увек се могао наћи неки религијски пропуст да би се почело испочетка. Нарочито су едили користили игре за унапређење својих каријера,"[26] из разлога што су спектакуларна крвопролића привлачила градски плебс и претварала се у раскошну свечаност која је најбоље промовисала њеног финансијера за будућу функцију.[27]

---

[23] Poliybius 6,56,4. Вид.: T. Wallinga, 420.

[24] T. Wallinga, 420.

[25] Утицај на гласаче се остваривао честим организовањем гладијаторских игара које су се јавиле у трећем веку пре н.е. Тада је то био приватни религиозни обред, пореклом из Етрурије, једна врста приношења људске жртве душама мртвих. Тако је и први назив гладијатора био *bustraii* (људи посмртне ломаче). Шесторица мушкараца су се 264. године пре н.е. борила у славу оца Брута Пера, затим четрдесет четворица на сахрани Марка Емилија Лепида, 216. године пре н.е; Цезар је 65. године пре н.е. понудио народу 246 гладијаторских игара; Август је током своје владавине приредио десет хиљада, а Трајан исто толико за само четири месеца, 107. године. У доба царства гладијатори (осуђеници, ратни заробљеници или добровољци) сматрани су херојима, мада су по свом статусу били одбачени. Обучавани су у посебним школама и условљени су били да се боре на живот и смрт; ако избегну смрт, добијају слободу. Вид. Жан-Ноел Робер, *Стари Рим* (превод Мима Александрић), Београд 2009, 206.

[26] T. Wallinga, 420-421.

[27] Ж. Бујуклић, 137.

Поред игара, утицај на гласаче се остваривао и даривањем на почетку, *congiaria*[28] вина, уља, а касније и новца, што је уведено на *Ludi Romani* 213. године пре н.е. од стране Сципиона Африканца, који је тада био *aedil*,[29] и који је ово прекопирао од хеленских краљева; практиковане су и јавне гозбе (*epilae*), одржаване за време игара, али и после сахрана и тријумфа.[30]

Катон старији (*Cato maior*) угледни римски политичар, војсковођа „старог кова", конзервативних погледа и строгих моралних начела, обављајући функцију цензора, такође је покушао да се бори против ових нових појава. Држао је говоре о амбитусу, па се *Lex Cornelia Baebia* из 181. може сматрати као покушај да се предупреде овакве појаве. С обзиром на то да поменути закон није сачуван у целини, већ само његов део, не могу се изводити никакви закључци, осим да је и сам Катон старији био против агитовања у време избора; у изворима се могу наћи подаци да су и политички противници Катона старијег, конзули – присталице Сципиона, такође били свесни овог проблема; били су против ових новина.[31]

Да су скупе игре и *congiaria* наставиле да служе сврси у развијању политичке каријере, може послужити као доказ *Senatusconsultum* из 182. године п.н.е, а потврђен 179. године и зна се да су избори 166. године спроведени *ambitiosissime* (најамбициозније могуће).[32] Т. Валинга нас даље упознаје са околношћу „да је године 159. усвојен је *lex de ambitu*, вероватно да би се побољшао онај из 181. године; о њему се не знају никакви детаљи, али се зна да су Сципиони били веома заступљени у римској политици: два конзула 160. и 159. године била су из ове фамилије, као и цензор 159. године (који је претходно био конзул кратко време током 162. године, али је морао да абдицира зато што је био изабран супротно формалним условима (*vitio creatus*). Овај цензор, *Publius Cornelius Scipio Nasica Corculum*, био је човек сличан Катону, по томе што је преферирао старе римске (моралне) вредности, иако се противио Катоновој идеји о уништењу Картагине, јер је сматрао да је Риму потребан снажан непријатељ који би га одржавао на опрезу и будним. Он је вероватно имао великог утицаја на доношење овог закона".[33]

---

[28] Посуда (суд) у који је стајао један *congies*, јединица мере запремине која је била једнака 3,27 литара.

[29] Курилски едили су били римски магистрати (по рангу између претора и квестора), са основном дужношћу да се старају о управљању јавним зградама, приређивању игара, о јавном реду и миру и о снабдевању града Рима. Ово последње је подразумевало да воде бригу о пијацама где су контролисали мере и ваге, и водили бригу о продаји стоке и робова...

[30] T. Wallinga, 421.

[31] *Ibid*, 421.

[32] *Ibid*, 421

[33] *Ibid*.

1.5. *Leges tabullariae* (139-107. године пре н.е.)

Након напред наведених закона уследио је период током ког није донесен ниједан закон против амбитуса. Постоји, међутим, неколико закона који су били директно везани за процедуру избора; било их је четири и сви су они предложени од стране плебејског трибуна.[34] Тако је године 139. *lex Gabina* увео принцип писменог гласања за све магистратуре у скупштинама; *Lex Cassia* из 137. увео је писмено гласање на свим суђењима, пред *comitia*, са изузетком *perduelio* случајева (издаја); *lex Papiria* уводи писане гласове у законодавним скупштинама; 107. године донесен је *lex Colia* као додатак *lex Cassia* из 137, с којим је проширен принцип писменог гласања и на судске поступке за *perduellio* (издају). [35]

1.6. *Lex Maria de suffragis ferendis* (119. године пре н.е)

Ефекти *leges tabullariae* су по мишљењу Т. Валинге били такви да отежају нобилима проверу да ли су њихови клијенти заиста гласали на начин на који се од њих очекивало. *Nobiles* су покушали да се боре против овога тако што су стајали на *pontes* (врста моста) које су водиле до урни са гласачким листићима.[36] Против ове праксе испречио се закон *lex Maria de suffragis ferendis* из 119. пре н.е. Овај закон је учинио да се уклоне *pontes*, како би се осигурало да не постоји место за стајање за нежељене аутсајдере.[37] Након тога није више било речи о проблемима око писменог гласања, и изгледа да је то постала опште прихваћена процедура до краја века.[38]

1.7. *Quaestio perpetua de ambitu* (122. године пре н.е.)

Још једна новина која се тицала процедуре избора, јесте установљење сталног кривичног суда (*quaestio perpetua de ambitu*). Претпоставља се да је то учињено 122. године пре н.е. као резултат *lex Semporia iudiciaria*. Што се тиче *questio perpetua de repetundis* зна се да је установљен због великог броја суђења.[39] „Околност да постоје докази, за само једно суђење између 134. и 116. године, баца сумњу на ефикасност овог суда, па сходно томе се изводи закључак да је вероватније да је *quaestio perpetua de ambitu* био део ширег

---

[34] *Ibid*, 422.
[35] *Ibid*, 423.
[36] Cicero, *De legibus*, 3,38.
[37] *Ibid*, 3,39.
[38] T. Wallinga, 423.
[39] Erich Stephen Gruen, *Roman Politics and the Criminal Courts*, 149-78 B.C, Cambridge 1968, 11-15.

развоја казненог права и да су пример *questio de repetundis* следили и у већем броју других злочина."[40]

1.8. Lex Cornelia Baebia (81. године пре н.е.)

Ово је први закон садржао је санкцију за *ambitus*, и она се састојала у „десетогодишњој забрани учествовања у кампањама оних који су осуђени за амбитус".[41] Овај закон се у изворима везује за Сулу, тог озлоглашеног конзула, који је иначе творац „листе проскрибованих људи" који су стављани ван закона, на основу *lex Cornelia de proscriptione* из 82. године. Особе (углавном имућне и угледне) са те листе је свако могао да убије и да за то још буде награђен. Имовина проскрибованих била би конфискована у корист државе.

За период пре 68. године водећи канадски научник двадесетог века, Браутон (T.R.S. Broughton), позивајући се на Плутарха – спомиње забрану *nomenclatoresa*, казивача, људи који су помагали кандидатима тако што су их подсећали на имена битних људи које би срели на улици, а које су кандидати ословљавали по имену, дајући им на важности; при томе претпоставља да ова забрана датира од пре Катонове кандидатуре за војни трибунал 68. године.[42]

1.9 *Rogatio Cornelia* и *lex Calpurnia de ambitu* (67. године пре н.е.)

У време владавине Корнелија Суле (82-79 г.п.н.е.) честе су биле изборне крађе, од стране претендената на неку политичку функцију. Сула је предложио озбиљан закон *lex Cornelia de falsis* којим су санкционисани као кривично дело (*crimen falsi*): изборна крађа, изнуђивање поклона (*repetundae*), али и давање поклона, фалсификовање потписа... Казна је била прогонство, а у тежим случајевима и смртна казна.[43] Међутим, сенат је наложио конзулима да предложе мање строг закон, зато што тешке казне не би имале смисла, а служиле би само да одврате сваког од тога да иступи као тужилац. И доиста, донет је мање строг закон који је добио име по једном од тих изабраних конзула – *Calpurnius Piso*. Поменути закон је предвидео следеће забране: људи оптужени за амбитус губили су своју магистратуру и своје место у Сенату; губили су право да се поново кандидују за функцију и кажњавани су високим новчаним казнама.[44] Осим кандидата за магистратуру, овај

[40] T. Wallinga, 424.

[41] Ж. Бујуклић, 137.

[42] Thomas Robert Shannon Broughton, *The magistrates of the Roman Republic,* II, New York 1952, 147.

[43] А. Ромац, 195.

[44] Ж. Бујуклић, 137.

закон је такође кажњавао и *divisores* – трибусове благајнике, из разлога што су конкурентски кандидати и њих прозивали као саучеснике у недозвољеном послу агитовања. Изгласавање овог закона није ишло лако; покушај *Pisoa* да стави предлог закона на гласање, завршен је тако што је од стране противика овог предлога закона, избачен из Форума; предлагач закона се вратио са наоружаном пратњом и закон је био изгласан. [45]

1.10. *Lex Fabio de numero sectatorum* (64. године пре н.е.)

О извесном *Fabius*-у који је предложио закон, не зна се ништа. Зна се да овај закон није прави закон о *ambitus*-у, али припада законима који се баве изборима. Тако се овим законом ограничава број *sectatores,* људи који су пратили кандидате за неку магистратуру на улицама. Не може се са сигурношћу тврдити да ли је овај закон санкционисао кандидате или њихове пратиоце, или и једне и друге, као што је и сама казна непозната. Цицерон нам говори да је плебс био против овог закона, јер је исти одузимао, ускраћивао могућност исказивања наклоности ка неком политичару.[46] Пре ће бити, да је плебс, ускраћивањем „хлеба и игара", био забринут око губитка могућег извора прихода.[47] Да се није одустајало од организовања гладијаторских игара у време избора, потврђују подаци да је 65. године пре н.е. Цезар понудио народу 246 гладијаторских борби.

1.11. *Lex Tullia de ambitu* (63. године пре н.е.)

Овај закон је донет за време конзулства Цицерона, сведока бурних грађанских ратова, савременика Цезара.[48] Цицерон је био *homo novus* (нови човек) на политичкој сцени. Без породичних веза, као скоројевић, да би успео у изборној трци у недостатку најважнијег адута – познатог порекла, морао је искористити друге квалитете које је поседовао: бављење ораторством, адвокатуром, вештином вођења судских спорова, наклоност пријатеља, личне везе, врађање и клеветање политичких противника.[49] Да је веома

[45] Ж. Бујуклић, 137.

[46] Cicero, *Pro Lucius Murena*, 71.

[47] T. Wallinga, 427.

[48] Отприлике, од 67. године пре н.е. Цезар је девет година провео углавном у Риму, заузет сталном борбом за власт. Био је успешан у својим настојањима, стално се уздужући на све утицајније и на све часније позиције, док није постао, све у свему, најистакнутији и најмоћнији човек у граду. Гласови народа су му и те како помогли у томе, па се није либио да употреби свакојака средства како би прибавио личну популарност у народу: подмићивао је људе утицајне у народу да га подрже. Несебичан је био у пружању „хлеба и игара" и заштите народу јер је сматрао да су то легитимни циљеви власти у то доба. Вид. J. Abbott, 40.

[49] Једном речју, Цицерон је само требао да искористи савете свог брата који су садржани у већ помињаном *Commentariolum petitionis.* Вид. И. Јарамаз Рескушић, С. Аличић, 15-19.

озбиљно радио на својој политичкој каријери, доказује и следећи податак: „када је планирао своју кампању за избор у звање конзула, Цицерон је у план путовања укључио и посету намеснику Цисалпијске Галије (долина реке По) јер ће „ова област вероватно играти велику улогу у гласању" говорио је Цицерон. То из разлога што су цензори у изборну утакмицу унели један нови елеменат: право гласа, након Савезничког рата, добили су и Италици, након чега су уврштени у тридесетпет римских трибуса. Кандидати за функцију су морали да рачунају на шире изборно тело, јер је неко од имућних Италика могао да помисли да вреди отићи до Рима и гласати. Тако да је и Цицерон на њихове гласове озбиљно рачунао". [50]

Цицерон је у својим говорима дочаравао верну слику једног система у којем су се гласачима на разне начине делили богати поклони, од бесплатних места на играма до буквалног мита. У својој познатој оптужници против Гаја Вера, коме се судило за корупцију док је био намесник на Сицилији,[51] Цицерон описује како је Вер користио своје непоштено стечено богатство, да спречи избор Цицерона за едила.[52] Очито је да је ова повећана конкуренција у стицању звања, коју су наметнуле Сулине мере, довела до тога да је сада људима који нису имали сенаторско порекло, било теже, него раније, да добију више звање. Успињући се на политичкој лествици, Цицерон је желео да постане едил (звање између квестора и претора) јер су они имали надлежност над државним зградама у граду, као и над спортским спектаклима и представама које су приређиване у њима. То је била још једна прилика да постане популарнији у народу, што је био важан адут у изборној кампањи. Није се задржао само на томе; напредује у својој каријери и на функцији конзула, 63. године п.н.е, доноси закон против амбитуса – *Lex Tullia de ambitu*. Поменутим законом биле су предвиђене, поред напред набројаних санкција (из 67. године), и следеће санкције за актере амбитуса: *nobiles* који су били осуђени за *ambitus* протеривани су на 10 година (*aquae et ignis interdictio*); уз то, лицима која су желела да буду кандидати за неку функцију није било дозвољено да организују игре у години у којој су се кандидовали за неку функцију, нити у години пре тога, осим ако нису били обавезни да то ураде на основу рока одређеног тестаментом (*ex testamento praestituta die*); постојала је и тешка казна (*poena gravior in plebem*) вероватно усмерена против *divisores*; кажњавани су они кандидати који су били изабрани, иако су већ били оптужени за амбитус, а користили су *morbi excusatio* (имунитет од процесуирања) за избегавање суђења тј. одлагали су суђење до почетка ступања на власт.[53]

---

[50] Вид. Џон Бордман, Џастер Грифин, Озвин Мори, *Оксфордска историја римског света* (превод Слађана Танасијевић), Београд 1999, 101.

[51] Вид. Н. Деретић (2017), 767.

[52] Џ. Бордман, Џ. Грифин, О. Мори, 101.

[53] T. Wallinga, 428.

Иако се Цицерон консултовао са сенатом, он је заслужан за доношење *Lex Tullia de ambitu* мање више против своје воље. То из разлога што је познато да је Цицерон, иначе, хвалио делотворност политике клијентског система: праксу препорука и горљиву заштиту посебних интереса, циљано даривање, пружање помоћи сиромашним људима у правним питањима, давање савета... Све то је и те како доприносило расту сопствене моћи и стицању наклоности широких маса, до које му је итекако било стало. Он је био заговорник идеје да препоруке за неког „кандидата" за неку државну функцију нису доводиле ни до каквих лоших примисли у расуђивању.[54] Тако он 46. пре н.е. пише Бруту препоруку: „Луције Кастроније Пето, несумњиво је најистакнутији човек у граду Лука, поштен је, поуздан, брижљив, савршено беспрекоран, ако то може имати неку вредност; осим тога велики ми је пријатељ, до те мере да немам већи обзир за било кога другог из нашег града. Зато ти га препоручујем као свог пријатеља и као достојног твог пријатељства. Ако га на било који начин помогнеш, сигурно ће учинити ствар која ће те обрадовати и која ће мени бити угодна".[55] Треба истаћи да је та пракса „препорука" настављена и у каснијим периодима римске историје. Тако, у периоду принципата створен је појам *candidatus principis.* То је била особа коју би принцепс препоручио за избор на одређену функцију; та „препорука" је била налог који се увек извршавао.[56]

1.12. *Senatusconsulta* и *rogatio Aufidia* (61. године пре н.е.)

У изворима наилазимо и на две *senatusconsulta* из 61. године п.н.е. које су биле уперене на спречавање *ambitus*-а; првом сенатском одлуком је дозвољен претрес кућа магистрата, а друга је прогласила *divisores*-е противницима републике (*adversus rem publicam*).[57] *Rogatio Aufidia* је предложио плебејски трибун *Aufidius Lurcoa* с циљем да се само плаћање трибуса прогласи незаконитим, али не и обећање о плаћању; преступник би био кажњен тако што би морао да плати 3000 сестерција сваком трибусу годишње, до краја свог живота. Овај предлог никада није постао закон.[58]

1.13. *Lex Licinia de sodaliciis* (55. године пре н.е.)

Има аутора који тврде да је овим законом кажњаван организован облик корупције уз помоћ плаћених појединаца (*sodales*).[59] „Дубљом анализом из-

[54] Карло Алберто Бриоски, *Кратка историја корупције* (превод: Сузана Рукавина), Београд 2007, 39.

[55] К. А. Бриоски, 40.

[56] Анте Ромац, *Речник римског права*, Загреб 1975, 87.

[57] *Divisores* су били трибусови благајници који су раније били сумњичени за саучесништво у недозвољеном послу агитовања (фалсификујући потписе, на пример). T. Wallinga, 429.

[58] *Ibid*.

[59] Ж. Бујуклић, 137.

вора произилази да овај закон није против *ambitus*-а у ужем смислу, јер се тиче организације гласача (*sodalicia*) подељених на *centuriae*, чије је постојање знатно олакшало практиковање *ambitus*-а. До тада су њихови гласови практично били на продају; гласали би за онога са највећом понудом. Тим организацијама гласача („плаћеним појединцима") нису страна ни застрашивања и физичко насиље на политичкој сцени".[60] Када је све то измакло контроли, сенат је покушао да нешто предузме и доноси једну сенатску одлуку 56. године, која предвиђа казну за насиље: политичка удружења и организације се гасе, при чему им се поставља услов да ко год не оде, биће одговоран као за насилну побуну (*ut sodalitates decuriatique discederent lexque de iis ferrtuer, ut, qui non discessissent, ea poena quae est de vi tenerentur*.[61] Након те сенатске одлуке, која и није имала неког посебног ефекта, донет је закон *lex Licinia* (интервенцијом Краса у време његовог конзулства). Закон је предвидео казну протеривања, а можда и новчану казну, за особу која би била осуђена за амбитус.[62]

Процедура пред поротницима који су чинили *iudicis editicii,* била је следећа: тужилац би изабрао четири трибуса, а један од њих би могао бити одбијен од стране туженог, након чега би поротници били изабрани од три преостала трибуса; намера је била да тужилац изабере оне трибусе који су наводно били корумпирани од стране оптуженог.[63] Ово и није тако чудна идеја, као што на први поглед изгледа, зато што поротници не би били истог друштвеног статуса као и чланови организације гласача (*sodalicia*).[64] Циљ је вероватно био да се добију поротници који су имали информације из прве руке, због познавања трибуса, како би суђење мање зависило од доказа које би тужилац изнео.[65]

1.14. *Lex Pompeia de ambitu* (52. године пре н.е.)

Први тријумвират је изабран 60. године пре н.е. и чинили су га: Помпеј, Цезар и Крас. Пре него што је изабран, Помпеју није било страно и да новцем лобира како би био изабран на неку високу државничку функцију. „То је иначе и тада била редовна појава: људи који су желели да добију какав виши положај у држави, износили су своје столове на трг и без икаквог стида, бираче поткупљивали. Народ је за паре ишао на биралиште и ту се за свог добротвора није борио гласовима него стрелама и мачевима, па је крвљу

[60] T. Wallinga, 429-430.
[61] Cicero, ad Q. fratrem 2.3.5.
[62] Theodor Mommsen, *Römiches strafrecht*, Leipzig 1899, 873.
[63] T. Wallinga, 431.
[64] Pierre Grimal, „Ciceron*", Discours. Tome XVI, Paris 1976*, 23-24.
[65] T. Wallinga, 431.

и мртвим главама често била говорница попрскана“. [66] Када је дошао на власт, Помпеј је променио начин деловања. У својим говорима је између осталог осудио корумпиране намеснике провинција и пороту састављену од сенатора који их нису кажњавали. Поставши конзул, вратио је законодавну власт плебејским трибунима и тако је коначно завршен *census* без ометања са њихове стране.[67] Број уписаних грађана са римским држављанством у цензорски списак, био је скоро удвостручен у односу на онај из 86. године и велик број италијанских аристократа мора да је дошао да се региструје по први пут.[68]

Помпеј је предложио закон с намером да се спречe изборне злоупотребе, с обзиром на то да су и „даље присутни скандали са обележеним гласачким куглицама и случајеви када се нудио велики мито; то су били греси од којих сенаторски судови нису могли да се оперу“.[69] Закон се концентрише углавном на процедуру: казне које је предвиђао биле су врло оштре. Тако је казна за *ambitus* повећана на доживотно протеривање, уместо на десет година; максимално трајање суђења је одређено на пет дана, при чему је тужилац добијао два сата, а одбрана три сата говора; закон је требало применити ретроактивно до 70. године пре н.е; сведоци су могли бити испитивани само током прва три дана суђења...“[70]

Иако је ово био последњи закон Републике против *ambitus*-а, још дуго након тога неће бити слободних избора у Републици.

ЗАКЉУЧАК

Бити играч у политичком животу Рима, значило је постати још финансијски моћнији и стећи још већи друштвени углед. Од времена када бављење политиком постаје плаћена функција, кандидати за поједине магистратуре, лишавају себе свих моралних обзира у тежњи да стекну моћ која ће им омогућити да себи осигурају што бољи финансијски положај у друштву. Имућни Римљани којима је до још веће политичке славе, као и обогаћени еквестри из редова плебејаца, почињу да активно учествују у „предизборној кампањи“ како би били изабрани за неку магистратуру. Усредсређују се ка грађанима који су имали право гласа, али су живели под притиском сиромаштва, опте-

[66] Плутарх, *Савремени ликови антике*, Нови Сад 1978, 233.

[67] Након Савезничког рата (од 91. до 89. пре н.е.) додељено је римско грађанство свим становницима Италије јужно од реке По. Повећан је број римских грађана али они нису били уписани у цензорске спискове. Тај посао је завршен тек у време Помпеја.

[68] T. Wallinga, 437.

[69] Ц. Бордман, Ц. Грифин, О. Мори, 100.

[70] T. Wallinga, 431.

ређени службом у легијама.[71] Такви људи су постајали или робови или градски плебс који је живео од „хлеба и игара“ пред изборе. Постајали су мета похлепних политичара који су их уцењивали како би добили њихов глас у предизборној кампањи. Ради придобијања гласача, предузимају се недопуштене радње које добијају и посебно име *ambitus*: врбовање гласача, подмићивање, давање поклона, чињење или обећавање услуга, организовање јавних игара и сл.

Из напред анализираних закона из периода Републике, произлази да нигде нема јасно одређене норме која би санкционисала *ambitus*, тако честу појаву пред изборе. Прва три закона (из 432, 358. и 314) јесу најранији нама познати закони, јер нема писаних извора савременика из тог периода. Ова прва два су контроверзна у том смислу што су магистратуре биле доступне плебејцима (нпр. војни трибуни), али су изабрани патрицији; док су 358. за конзула бирани само они плебејци којима се верује. Едикт из 314. године дефинитивно није био закон против *ambitus*-а у правом смислу речи. Иако су Римљани сматрали ове законе за праве примере закона против *ambitus*-а, у теорији има мишљења да се ови закони могу тумачити тек као још један облик борбе плебејаца за политичку еманципацију. Оно што је важно и интригантно је чињеница да су активности забрањене овим законима постале апсолутно нормалне и прихваћене у каснијим вековима, до данашњих дана.

Не треба да изненађује то што се *ambitus* не појављује до 181. године пре н.е. Око 300. године пре н.е. политичка интеграција плебејаца је почела да поприма све реалнији облик. Неколико десетина плебејаца успело је да се домогне функције конзула, а са *Lex Hortensia* из 287. године пре н.е, одлуке донесене на плебејској скупштини (*plebiscita*) постају обавезне за целокупну римску популацију. Ово је у довољној мери испунило политичке захтеве плебејаца; стара подела између патриција и плебејаца полако је нестајала, стварајући нову, владалачку елиту, *nobilitas*, који су покушали да монополизују конзулат на *homines novi.*

Први век пре нове ере нуди нам импресивну серију покушаја увођења мера против нежељених начина утицаја на изборе. На то указују тенденције тадашњег законодавства: постепено пооштравање казни за *ambitus*; увођење казни за помагаче и сараднике у *ambitus*-у; прецизнија дефиниција кривичног дела *ambitus*-а. И укључивање у њега неколико претходно дозвољених понашања у пракси: ограничавање броја *sectatores*-а и евентуална забрана *nomenclatores*-а.

[71] Рат је одвлачио ситне земљопоседнике са њихових имања. Када би им жетва била лоша, а дажбине пристигле, они су били присиљени на позајмицу, не би ли тако прибавили неопходне залихе хране и преживели. Многи су тада губили земљу, своју једину сигурност и она је постајала власништво њихових богатих поверилаца, који су захтевали да им се дуг исплати уз високе камате (до 12%) јер је тако било законима одређено.

Чини се да је до 70. године пре н.е. *ambitus* био прилично ограничен концепт, који је вероватно обухватао само подмићивање од стране кандидата лично у облику *congiaria* и других *largitiones*, и то само непосредно у контексту избора. Прва забрана *nomenclatores*-а повезана је са Катоновом кандидатуром за војног трибуна 68. године п.н.е; *lex Calpurnia* из 67. године п.н.е. је вероватно укључивао прве мере против *divisores*-а; растући број *sectatores*-а решен је са *lex Fabia* из 64. године пре н.е. Цицеронов *lex Tullia* се обрачунао са организацијом игара и гозби од стране кандидата, па чак и будућих кандидата, очигледно зато што *lex Calpurnia* није успео да пружи коначно решење. *Lex Licinia* је обичан *ambitus* проширио тако да обухвати и *crimen sodalicum*. У веома кратком периоду, значење *ambitus* се знатно проширило.

Два су могућа фактора која су имала улогу у све већој распрострањености *ambitus*-а и повећању обима законодавства везаног за *ambitus* након 70. године пре н.е. – новац и поремећен патронатски однос. Повећано подмићивање и друга незаконита понашања у контексту избора, били су последица све већег прилива новца, који је почео крајем трећег века пре н.е. Можда је баш то позадина доношења закона из 181. године пре н.е, који предвиђа смртну казну у случају подмићивања. Новац постаје важан фактор код опредељења за политичког кандидата. Новац је можда био и разлог да се тзв. патронатски однос клијента и патрона поремети. Уколико патрон (заштитник) не контролише гласаче, и ако је све мање гласача везано за патрона, они постају слободни за онога ко може да им понуди највише; нови начин финансирања се тражи преко организованих група као што су *centuriae* и *sodalitates.* Да ли је све то утицало на повећање обима законодавства везаног за *ambitus* након 70. године пре н.е. у теорији нема опште сагласности.

Како *ambitus* имплицира коришћење незаконитих метода да би убедили гласача да гласа за одређеног кандидата – мора да је био најуспешнији код гласача који нису били нарочито везани ни за кога – иако је било могуће наговорити гласача (занимљивим обећањима или издашним поклонима) да промени своју лојалност. Тако се ти „слободни“ гласачи регрутују из редова бивших клијената који више нису лојални свом патрону и из редова нових гласача који ће дати свој глас кандидату који буде најиздашнији у својим обећањима. У теорији се наметнуо закључак да је и упис у цензорски списак био преломна тачка да се озбиљније крене у обрачун са актерима *ambitus*-а. Велики број гласача коначно уписаних у цензорски списак (70-69. године п.н.е.) и те како је имао утицаја на повећање незаконитих радњи и покушаја да се исте спрече.

Из свега напред реченог нисмо сигурни да ли у дефинисању *ambitus*-а има елемената кривичног дела. То је пре „незаконито понашање у контексту избора“. Границе између законитог и незаконитог су се померале, нарочито у првом веку пре н.е. али је појам остајао исти. Све ово показује, да је безу-

спешно покушавати да се *ambitus* дефинише као јасан злочин у римском кривичном праву. Из тога произлази да *ambitus* и није облик корупције јер норма за *ambitus* није довољно јасно успостављена ни у једном моменту у периоду Републике. И оно што је сигурно јесте то да су постојали дупли стандарди. Чини се да је било важније за кандидата да има праве пријатеље, него да поштује норму везану за *ambitus*.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Извори

Плутарх, *Савремени ликови антике*, Нови Сад 1978.

Тит Ливије, *Историја Рима од оснивања града* (превела Мирослава Мирковић), Београд 2012.

Cicero, *Ad Q. fratrem*.

Cicero, *De legibus*

Cicero, *Pro Lucius Murena*

Литература

Бордман, Џон, Грифин, Џастер, Мори, Озвин, *Оксфордска историја римског света* (превод Слађана Танасијевић), Београд 1999.

Бриоски, Карло Алберто, *Кратка историја корупције* (превод: Сузана Рукавина), Београд 2007.

Бујуклић, Жика, *Форум Романум*, Београд 2006.

Деретић, Наташа, „Корени политичке корупције у старом веку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1295–1313.

Деретић, Наташа, „Суптилна и неодољива примамљивост корупције у политичким круговима Рима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2017, Том I, 767-791.

Јарамаз Рескушић, Ивана, Аличић, Самир, *Изборни приручник са говорима М.Т. Цицерона о изборној корупцији*, Сарајево 2018.

Пухан, Иво, *Римско право,* Београд 1977.

Робер, Жан-Ноел, *Стари Рим* (превод Мима Александрић), Београд 2009.

Ромац, Анте, *Речник римског права*, Загреб 1975.

Abbott, Jacob, *Julije Cezar* (превод Марко Круповић), Beograd 2005.

Broughton, Thomas Robert Shannon, *The magistrates of the Roman Republic*, II, New York 1952.

Chaigne, Georges, *L' ambitus et les moeurs electorales des Romains*, Paris 1911.

Grimal, Pierre, *„*Ciceron*“, Discours. Tome XVI,* Paris 1976, 23-24.

Gruen, Erich Stephen, *Roman Politics and the Criminal Courts*, 149-78 B.C, Cambridge 1968.

Mommsen, Theodor, *Römiches strafrecht*, Leipzig 1899.

Nardo, Dante, *Il ‚Commentariolum petitionis‘, La propaganda elettorale nella ‚ars‘ di Quinto Cicerone*, Padua 1970.

Wallinga, Tammo, *Ambitus in the Roman Republic*, SIHDA conference in Oxford, 1993 (Revue Internationale des droits de l'antiquite, Tome XLI) 1994, 411-442.

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

An Attempt at Legal Regulation of *Ambitus* (Canvassing Before Roman Elections) in the Period of the Roman Republic[72]

Abstract: *The emergence of pre-election canvassing, for which the Roman state had a special term – ambitus – has outlived centuries, so that we find this phenomenon even today. We shall here try to answer the question as to whether the campaigning before elections is a type of corruption after analyzing laws dating from the period of the Roman Republic. Defining ambitus is no easy task. A very broad definition would define it as the use of illegal methods to persuade a voter to vote for a particular candidate. This definition applies to the entire period of the Republic, and even later, to the end of the Roman history. In an attempt to understand the meaning of ambitus, it is not completely clear what means are illegal. Is it recruiting voters, blackmailing, bribing, giving presents, rendering or promising favours, organizing free feasts, staging public games, etc.? What was the punishment? Who could be punished? These things varied both during the period of the Republic and throughout the entire Roman history.*

Keywords: *moral crisis, social differences, electoral system, voter acquisition, vote buying.*

Датум пријема рада: 13.12.2019.

[72] The paper has resulted from research on the Project Legal Tradition and New Legal Challenges carried out by the Faculty of Law of the University of Novi Sad.

Прегледни чланак 34.046
doi:10.5937/zrpfns54-26200

Др Драгана М. Ћорић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Coric@pf.uns.ac.rs

О ПОКРЕТУ *PLAIN ENGLISH*[1*]

Сажетак: *Стварање права је сложен процес и проистиче из сталног учења и усавршавања познавања права – како теорије, тако и праксе, као и из познавања друштвене стварности и ставова и намера чланова друштва, али и саме државе. Крајњи исходи стварања права се упућују обичним грађанима, на разумевање и поступање у складу са својом садржином. Ако резултат тог процеса претворимо у јасна, прецизна и уобичајеним језиком исписана правила понашања, која просечан грађанин може брзо разумети, и процес стварања права и његови резултати ће бити крајњим корисницима прихватљивији за примену.*

Употреба одређене правне терминологије или друге стручне терминологије у актима и правилима која регулишу односе међу адресатима је нужна, но не мора бити једини и искључиви начин комуникације нормотворца и адресата. Домаћи најпознатији теоретичари права, као што су Р. Лукић, Д. Митровић и други, стално истичу потребу коришћења свакодневног, живог, народног језика и дозирану употребу стручне терминологије, уз одговарајући „превод“ исте те терминологије у сваком акту на свакодневни језик просечног човека. Једино тако ће право постати разумљивије, више прихваћено од стране адресата и више поштовано.

У овом раду представљамо покрет Plain English за коришћење управо што једноставнијег речника приликом писања правних аката, само на енглеском говорном подручју. Неке препоруке и смернице које проминентни представници овог покрета дају својим правницима су већ присутне у нашем правном систему, а неке могу тек наћи своје место и значај у њему.

---

[1] Под термином *Plain English*, у наставку текста, подразумевамо једноставни, свакодневни и уобичајени енглески језик. Такође, у тексту се наводи *Plain English* у овом облику, када се означава назив покрета, и *plain english* – када се означава стил писања.

[*] Овај чланак је резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“, који финансира Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Кључне речи: *Plain English, стварање права, једноставност, прецизност, разумљивост.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Професор **Ричард Видик**, писац уџбеника *Plain English for Lawyers*, који се користи на многим правним факултетима у САД управо за предмет номотехнике, уџбеник почиње признањем :

> *„Ми, правници не користимо једноставан енглески језик. Ми користимо осам речи да бисмо објаснили оно што можемо и са две речи. Користимо вишеречне синтагме да изразимо идеје које су опште познате. Тежећи да будемо прецизни постајемо нејасни и конфузни. Да бисмо показали отрез у изражавању, употребљавамо превише речи*[2]*. Наше реченице представљају фразу унутар фразе, при чему само умртвљујемо наше читаоце и додатно их збуњујемо. Резултат је стил који је оптерећен са превише речи, нејасан, помпезан и досадан“*[3].

Са њим се у потпуности слаже професор номотехнике и предавач на курсевима *Plain English*, **Брајан Гарнер :**

> *„Писати једноставно и потпуно јасно је заправо тешко. Известан број људи уопште не зна да пише, и ни факултетска диплома им није помогла да се побољшају, сматрају неки амерички аутори. То што сте признати и познати доктор, адвокат, професор, не значи и да сте вешти са речима. Неки су, рецимо, вештији у говорном стилу док су неки, само у писаном. Ретки су своју вештину изражавања уједначено довели до високог нивоа у оба начина изражавања. Тај једноставни, народни, свакодневни и разумљивији језик, који се у оквиру англо- америчког правног система назива „Plain language„ није уопште некњижевни, а још мање противкњижевни, није мање интелектуалан, несофистициран, лош, ружан, нити детињаст“*[4].

Критика усмерена на начин писања и изражавања правника није уопште нова, нити је резервисана само за подручје англосаксонског правног система. Сличне језичко-стилске изазове имају и правници у европско-кон-

[2] Језичка појава која се у енглеском језику назива *verbose*. Према:*https://www.merriam-webster.com/dictionary/verbose,* датум приступа: април 2020.године.

[3] Richard C. Wydick, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic press, Durham, North Carolina, 2006,12.

[4] Garner, Bryan A., *Legal writing in plain English : a text with exercises*, The University of Chicago Press, Ltd., London 2001. Слично мисли и: Joseph Kimble, “What Plain Language Is Not”, *Plain Language-Michigan Bar Journal*, December 2015, 42.

тиненталном правном систему. Такви изазови постоје и у српском праву, и повећавају се, у поступку интеграције у ЕУ и због прихватања европске правне терминологије[5]. Зашто су ови језички изазови толико битни за само право и његову примену?

Закон треба да буде прецизан да би његове поруке биле схваћене и правилно примењене. Овај општи став није довољан сам по себи. За сам процес писања закона значајнија су питања: „Да ли треба да постоји разлика у погледу језичког изражавања правних правила у различитим гранама? Како треба да се поступи у оквиру истог закона са изражавањем најопштијих норми, а како у погледу осталих конкретних? Да ли на систематику закона и начин излагања треба да има утицај то, и у којој мери широке народне масе познају правна правила?"[6] Сматра се да законодавац треба да се придржава свакодневног, живог, народног језика и да од њега не одступа сем у оправданим ситуацијама[7], при чему под народним језиком подразумевамо једну од дијалекатски доминантних варијанти језика, која је узета за основу књижевног језика. Народни језик увек најбоље изражава мисао и свест једног времена, он се „увек прилагођава променама у мишљењу, прати их и настаје у процесу спонтаног колективног стварања"[8]. **Радомир Лукић** је сматрао, да се:

> *„1. Треба користити језик који је што ближи народном и да се уз његову помоћ објашњавају правни појмови. Објашњавање правних појмова другим, сродним или различитим правним појмовима који су једнако неразумљиви и несхватљиви адресатима је контрапродуктивно.*
>
> *2. Мисли које се желе изрећи прво интерно што више појасне, да би се исте могле касније изрећи кратким реченицама. Ако нама није јасна нека мисао коју промишљамо, ни њен језички, спољни облик нам неће бити јасан, чак и да се користи свакодневни, народни говор.*

[5] У Приручнику за превођење правних аката Европске уније, у одељку 2.1.3.5.2 наилазимо на формулацију, *„Комисији треба поверити спроведбена овлашћења"*чиме је преведен термин *„implementing powers should be conferred on the Commission"*. Сам термин „спроведбена" није у духу српског језика, иако је јасна намера преводиоца енглеског дела текста да се нађе термин једнаке дужине од две речи као и у енглеском оригиналу. *„Спроведбени"* је придев изведен од глагола, и стриктно гледано, јесте иста врста речи као и *„implementing"* (од глагола *implement*, исто придев изведен од глагола). Ипак, прихватљивији би био израз *„овлашћења за спровођење„* јер одговара више духу српског језика. Издавач Приручника: Република Србија,Влада,Министарство за европске интеграције, Београд, 2019, 66. Доступно на: https://www.mei.gov.rs/upload/documents/prevodjenje/prirucnik_prevodjenje_eu_19.pdf. Приступ: мај 2020. године.

[6] Милијан Поповић, „Белешке о језику и правној терминологији са изабраном библиографијом радова писаца народа Југославије", *сепарат Зборника за друштвене науке Матице Српске* бр. 56 /1971,163.

[7] М. Поповић, 162.

[8] Меша Селимовић, *За и против Вука*, Београдски издавачки графички завод Свјетлост, Београд 1990, 92-93.

3. Треба прецизно одредити понашање адресата и адресаната у зависности од тога на кога се норме односе. Овај захтев је повезан нераскидиво са претходним, тачније што јасније и прецизније одређење мисли, самим тим и заповести, учинимо, тим пре ће језички спољни облик бити јаснији и применљивији.

4. Изврши провера разумљивости језика, путем претходног показивања обичном грађанину и проверити се пре коначног стављања у законодавни поступак тог предлога акта, његова разумљивост"[9].

Изазови су нама правницима, без обзира на припадност различитим правним системима, исти. Због тога је упознавање домаће стручне јавности са покретом *Plain(Legal) English* значајно јер нам може помоћи да увидимо (номотехничке) грешке које (можда) чинимо и у нашем правном систему и дати нам нове идеје како да те изазове превазиђемо.

2. КРАТАК ИСТОРИЈАТ НАСТАНКА ПОКРЕТА *PLAIN (LEGAL) ENGLISH*

Историјат ових напора не почиње 70-их година 20. века, када је забележена прва јасно изречена државна подршка овом покрету, већ много раније. После Другог светског рата, искључиво правни и неразумљиви жаргон је назван *Gobbledygook*[10] – језик који је неразумљив, у коме има превише апсурдних техничких израза који се чине битнима и тајновитима – заправо бесмислен језик. Већ 1946. године, писац **Орсон Велс** је у свом есеју под називом „Политика и енглески језик" јавно истакао опасност употребе „ружног и неправилног" енглеског језика. Дефинисао је једноставна правила употребе језика, која гласе[11]: „Никад не користите метафору, аналогију или неку

[9] Радомир Лукић, *Методологија права*, Правни факултет, Београд 1987, 53.

[10] Термин је „сковао" Маури Маверик 1944. године, иначе члан Представничког дома Конгреса САД у периоду од 1935-1939године. Овим термином је дефинисао све оне наредбе упућиване током Другог светског рата, које су биле написане „тешким" за разумевање стилом, уз коришћење пуно речи и посебно техничких термина нејасних обичним људима. „Меморандуми морају бити написани онолико кратко колико им то потреба за јасноћом дозвољава. Поморски официр који је известио да је „ подморница примећена, иста потопљена" је испричао целу причу, без употребе сувишних речи. Тај Gobbledygook стил изражавања само прави људе будалама. Престаните да "финализирате уговоре", „указујете на програме" уместо да их извршавате". Изјава објављена у :The Pittsburgh Press – March 31, 1944, p.2. Доступно на: *https://news.google.com/newspapers?nid=1144&dat=19440331&id=Lwke-AAAAIBAJ&sjid=mUwEAAAAIBAJ&pg=6649,4291444*. Датум приступа : мај 2020. године.

[11] George Orwell: Politics and the English Language,First published: *Horizon*. – GB, London. – April 1946. Доступно на: https://www.orwell.ru/library/essays/politics/english/e_polit/.Приступ: мај 2020. године.

другу стилску фигуру коју бисте иначе у усменом говору користили; никад не користите неку дужу реч када већ и краћа реч може довољно објаснити предмет; кад год је могуће, избаците речи које су сувишне; никад не користите пасив када можете актив(глагола); никад не користите страну реч, научни израз или жаргонску реч ако их је могуће заменити енглеским (свакодневним) речима.“ Орсон Велс је сматрао да кршење било ког од ових правила саму комуникацију чини варварском.

На захтев Ризнице Његовог величанства, 1948. године, **Сир Ернест Говерс** је написао приручник за запослене у Ризници, у циљу спречавања коришћења до тада службеног, компликованог енглеског језика[12]. Овај приручник је добио и свој наставак 1951. године, у виду новог приручника под називом *The ABC of Plain Words in 1951.*

У САД, покрет *Plain english* је 1963. године започео **Дејвид Мелинкоф**, професор на Правном факултету Универзитета у Лос Анђелесу (*UCLA School of Law)*, својом књигом под називом „Језик права“ (*The Language of the Law*). У њој се поставио као искључиви противник коришћења компликованог правничког жаргона за писање правних аката намењених широком кругу људи и првенствено неуким странкама.[13] Мелинкоф је сматрао да правници посматрају свој компликован језик као део сопственог идентитета, и да сматрају да би његовим упрошћавањем једноставно изгубили свој идентитет правника. Књига професора Мелинкофа је покренула широку јавну расправу у САД о овој теми, а прва победа је извојевана 1.1. 1975. године, када је Градска банка Града Њујорка представила своју (потрошачку) меницу написану управо *plain english* стилом. Тим стручњака из области права, економије и лингвистике је претходну верзију менице, коју су сматрали прилично нечитљивом и неразумљивом, прерадио тако да може постати једноставнија за употребу[14]. Две године касније (1977), држава Њујорк је била прва федерална државау САД која је захтевала да сви купопродајни и уговори о закупу буду написани *plain english* стилом.

И председници САД су се активно укључили у кампању промовисања *plain english* стила писања правних аката. Председник САД Ричард Никсон је захтевао писање правних аката „лаичким језиком“ (*for lay people*). Председник Картер је 1978. године изјавио да државни акти морају бити писани језиком који ће давати већи и бољи ефекат и бити једноставни за разумева-

[12] Sir Ernest Gowers, Prologue, from The Complete Plain Words, доступно на:http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/gowerse/complete/chap1.htm. Приступ: мај 2020. године.

[13] Последње издање ове књиге је изашло постхумно 2004. године, 4 године након смрти професора Мелинкофа.

[14] Наводи о овом догађају према: Carl Felsenfeld, The Plain English Movement: Panel Discussion, CanadianBusiness Law Journal, 6/1981-1982, 408-446.

ње онима на које се односе[15]. Ипак је професор **Џозеф Кимбл**, са *The Thomas Cooley Law School* започињањем посебне колумне у стручном часопису адвокатске коморе Мичигена 1984. године, дао прави подстрек у употреби једноставног енглеског језика. Колумна постоји и данас, а као колумнисти се поред професора Кимбла појављују и други истакнути заступници ове идеје.

Још један значајан извор подршке *plain english* стилу писања правних аката, поред свих до сада набројаних, је часопис *Clarity*[16]*из* Аустралије, чији издавач је истоимена међународна организација, усмерена такође на промоцију *plain english* стила, и то не само у праву. Највише су, ипак, усмерени на једноставност изражавања и писања правних текстова (правних аката, пресуда, чак и научних чланака). У ту сврху организују бројне семинаре, спроводе кампање и имају посебно акредитоване програме и ауторски заштићен систем писања правних аката на овај начин.[17]

Покрет за примену једноставног енглеског језика у праву последњих деценија узима маха и мења слику о праву, његовом настанку и примени[18] на један другачији начин. Доста факултета у САД је, увидевши његов значај, уврстило овакве курсеве у своје програме редовних студија као обавезне[19]. Приметан је и тренд поновног писања – неких судских пресуда коришћењем овог једноставнијег језичког алата, да би се степен разумљивости правила повећао међу студентима и правницима практичарима. У ту акцију су се укључили и сами највиши државни органи у неким државама, увидевши да не могу адекватно да спроводе правила које не разумеју они којима се заправо и обраћају, а неретко их ни сами правници не разумеју.

Са друге стране, многи старији правници, адвокати, судије, правни и лингвистички стручњаци[20] оштро се опиру увођењу овог „новитета“, јер га

---

[15] Наводи према : Joanne Locke, A History of Plain Language in the United States Government (2004),доступно на: https://www.plainlanguage.gov/about/history/plain -language-in-the-government/. Приступ: мај 2020. године.

[16] На сајту : https://clarity-international.net/clarity-journal/the-clarity-journal/ је доступна архива свих бројева овог часописа, почев од првог броја објављеног 1983. године. Датум приступа линку: мај 2020. године

[17] Emilia Boleszczuk, “Plain Language Solutions to the Problems of Legalese- a case study of Wills“, C*omparative Legilinguistics*5/2011, 68.

[18] Mark Adler ,“The Plain Language Movement“, у:*The Oxford Handbook of Language and Law,*Eds. Lawrence M. Solan and Peter M. Tiersma, Oxford, 2012,34-38.

[19] У Аустралији се, примера ради, одржавају такви курсеви већ 20 година. Неки аутори сматрају да је одувек било правника који су се залагали за једноставан и јасан начин изражавања, само да их у времену иза нас –није било довољно. Michele Asprey, *Plain Language for Lawyers*, The Federation Press March, 2010, 17.

[20] Односи се на правнике, адвокате и судије у САД, и остатку енглеског говорног подручја. Иако их лично не именују, већ наводе као носиоце највиших судијских функција, о њима говоре и Б. Гарнер, и Р.Видик у својим делима које смо споменули у раду, на више места. Ипак, упућујемо на следеће радове, који су изузетно критички усмерени према овом покрету: Rabea Assy,„Can the Law Speak Directly to its Subjects? The Limitation of Plain Lan-

сматрају уназађивањем професије. „Инертност, некомпетентност, статус, осећај моћи који добијају коришћењем „језика“ који само они разумеју, трошкови и ризик бржег завршавања спорова“ су кључни разлози задржавања правне неразумљиве терминологије и начина писања[21]. Заправо не постоји у 21. веку више ниједан довољно разуман или друштвено прихватљив разлог да се задржи реликт прошлости који отежава комуникацију, у ситуацијама када треба достићи правду, а не показати вештину баратања неразумљивим речима.[22] Правда је, кажу, спора, али на спорост не треба да утиче број речи употребљених у некој пресуди, нити време потребно за разумевање диспозитива пресуде[23].

Неке америчке судије сматрају да је потребно бити прво добар, савестан и пажљив читалац да бисте могли бити једнако такав и писац. Стицање ове вештине се не одвија по стриктним правилима, јер ни стваран живот који се претвара у правне формулације није увек по прописаним правилима. Потребно је развити посебан унутрашњи осећај за проналажење правих речи и реченичних конструкција којима се може прецизно и кратко објаснити ситуација, мишљење или пресуда; где једном прочитано, може бити лако запамћено, препричано и прецизно пренето даље, сматра судија **Џон Робертс[24]. Са мишљењем судије Робертса у потпуности се слажемо.**

Поред овог, назваћемо га унутрашњег елемента писања правних аката, који почива на одговору на питање *како треба писати правне акте*, постоји и спољни елемент писања правних аката. Основу овог спољног еле-

guage“, Journal of Law and Society (2011) Volume 38 pp 376-404; Jack Stark,„Plain Language,“ доступно на: *https://www.ncsl.org/legislators-staff/legislative-staff/research-editorial-legal-and-committee-staff/june-2012-plain-language.aspx;* Crump, D,“Against Plain English: The Case for a Functional Approach to Legal Document Preparation“,33 Rutgers L.J. 713 (2001-2002)и многи други. Робин Пенман, на пример, је чак осам година спроводила са својим тимом истраживања о ефикасности аката који су писани „редовним“, правним компликованим језиком и *plain english* стилом са друге стране. Узевши као примере приручника за станодавце, тим истраживача са Института за истраживање комуникације у Аустралији је закључио да је приручник писан „редовним“ уобичајеним правним речником помогао процентуално већем броју станодаваца и закупаца станова, него онај приручник писан једноставнијим језиком. Robyn Penman, „Plain english,Wrong solution to an important problem”, Australian Journal of Communication, vol. 19, 3/1992, 1-18.

[21] Такав језик се назива *legalese,* извор: https://www.merriam-webster.com/dictionary/legalese. Датум приступа : април 2020. године.

[22] Carol M. Bast,“Lawyers should use plain language“, Florida Bar Journal 10/95, 12.

[23] Можемо овде додати и време потребно за разумевање образложења неке пресуде. Док је за пресуде у европско континенталном правном систему карактеристично више навођење чињеница и доказа које суд сматра доказанима, непобитнима и самим тим валиднима за одлучивање и доношење одлуке каква је и донета, у образложењима пресуда из англоамеричког правног система често можемо наћи изношење одређених правних ставова и мишљења поступајућих судија.

[24] „Interview with Chief Justice John G. Roberts Jr.“, Scribes J Leg Writing 13/2010, 39-40.

мента чине уверења, ставови, мишљења правника о томе *зашто нешто треба радити на одређени начин у овом процесу.* Наведена уверења, ставови и мишљења проистичу из теоријског познавања права и истовремено из практичне примене права и личних, стечених искустава тих правника. Нека од тих уверења су се преносила на нове генерације правника, без посебног образложења зашто је садржина тог уверења баш таква. Везана неретко и за историјски контекст настанка тог уверења, нека су можда опстала из разлога поштовања према оним сјајним умовима који су их формирали, иако су се околности у којима се сада поступа значајно промениле.Таква уверења су постали „митови", које је пожељно размотрити са становишта савременог права, друштва и других значајних чинилаца и увидети колико су, заправо, истинити.

3. МИТОВИ И ЗАБЛУДЕ О ЗНАЧАЈУ ПРАВНОГ КОМПЛИКОВАНОГ ЈЕЗИКА

Судија **Џералд Лебовиц**[25] је дефинисао „10 митова" које прате расправу о томе да ли је бољи обичан енглески језик или правни енглески језик (који је језички и структурално компликованији). Неки од тих митова, односно предрасуда, су садржински блиски истим предрасудама које важе и у нашем праву и посебно нашој номотехници. Право које настаје као резултат предрасуда у погледу своје садржине, али и у погледу свог начина стварања, једноставно није добро право, ни за једну страну у том процесу. У даљем тексту наводимо све митове које је препознао судија Лебовиц, желећи да и читаоци нашег рада препознају бар неке од њих у својој правној пракси и окружењу.

Један од првих митова који судија Лебовиц наводи је да „*стил писања није тако важан у правном писању"*. Пракса, наводи он, ипак тврди супротно. Није могуће бити добар правник без јасног начина изражавања сопствених мисли, посебно писаним путем.[26] Када усмено саопштавате своје мишљење и приметите да некоме није јасно, можете га одмах додатно објаснити, користећи и друга средства комуникације, конклудентне радње, тоналитет свог гласа, личну фацијалну експресију.Написано је, већ теже објаснити јер

[25] Судија Џералд Лебовиц је и професор на Фордхам Правном факултету у САД од 2011. Детаљна биографија, као и попис радова и линкови ка њима су доступни на следећој страници:https://www.fordham.edu/info/24260/legal_writing_faculty/5865/hon_gerald_lebovits. Датум приступа: мај 2020. године.

[26] Hon. Gerald Lebovits, "Legal, Writing Myths", *Plain LanguageMichigan Bar Journal*, February 2011, 50.

таквом тексту недостају ти звукови, боје и други знаци који га усмено појашњавају.

Мит бр. 2 гласи: „*Креативност је кључна за добро правно писање*“. У стварности, сем када су у питању тзв. тешки случајеви [27] право не цени креативност, једино цени и награђује логику и искуство. Оливер Вендел Холмс[28] је једном рекао да право није посао којим се могу бавити песници или уметници. То је професија створена за оне који пуно размишљају [29].Они су способни да се одвоје од сопствених емоција и рационално изнесу неко мишљење, тежећи томе да га изразе довољно јасно и прецизно да би било разумљиво другима.

Мит бр.3 гласи: да „*Добри правни писци пишу за себе и да импресионирају друге*“[30]. Наравно, то је грешка. Правни писац пише за своје читаоце, сматра судија Лебовиц. Он трансформише своје идеје у речи и представља их судији и донекле супротној страни. Дакле, права и једина публика сваког адвоката јесте судија, не толико његов колега са друге стране, или у случају писања закона, публика су адресати, сами грађани који не морају уопште бити правно „потковани“, него им је потребно да разумеју одмах шта се од њих тражи и да тако избегну кажњавање. Ако законописац напише дуг и неразумљив и превише стручан текст, просечан адресат ће одмахнути руком, рећи да ништа не разуме, а чим не разуме то онда сигурно не ваља, и неће ни поштовати нова правила.

Судији Лебовицу је посебно интересантан мит бр.4:*“Писати дугачак поднесак је далеко теже него писати краћи (због дужине)“*. Истина је, наводи он, управо супротна: Написати нешто кратко и сажето, што је суштина и не оставља простора било каквој недоумици је заправо теже. Треба порасти до једноставности.

Следећа предрасуда је да *све што сте сазнали о неком случају, све околности и чињенице сместитe у исти текст поднеска*[31]. Ово је једна од највећих заблуда, јер стварност из судница говори да треба оставити нешто и за сам ток усменог поступка, као додатни аргумент у корист ваше странке.

Погрешно је даље сматрати *да се акт мора написати што пре* (чак и када постоји примерени, довољно дуг рок за писање) и наравно, *тако напи-*

[27] Hon. Gerald Lebovits, 51.

[28] Један од најпознатијих судија Врховног суда у САД (1902-1932. на тој позицији), пензионисан у својој 90. години. Искључив правни позитивиста,познат по свом делу *The Path of the Law*, објављеном у *Harward Law Review 10/1897*,и својим бритким, сажетим опаскама које су се односиле како на његове колеге и државнике које је у током свог рада сусретао, тако и на околности случајева којима се бавио.

[29] *“The law is not the place for the artist or the poet. The law is the calling of thinkers.”*Цитат према тексту: Hon. Gerald Lebovits ,“Legal,Writing Myths“, 52.

[30] Hon. Gerald Lebovits, 52.

[31] Ibid.

сано што пре послати.[32] Пракса говори супротно, да је пожељно кренути што пре у процес рада да би имали довољно времена за корекције. Једном написано увек може бити кориговано на боље. Са протеком времена долазе нове идеје и могућности за боље и краће дефинисање или описивање нечега. У вези с тим је и предрасуда да добрим правницима нису потребне корекције већ написаног, јер када правник нешто напише то већ јесте „закон“[33]. Заправо**,** добар правник је онај који је у стању сам себе да исправи и коригује и тиме пружи пример и осталима да сваки акт може бити написан боље, сажетије и јасније од прве верзије. Прву верзију било ког текста (па и научног чланка) најтеже је написати. Корекције су много лакше и увек управљене на бољи квалитет текста.

Време које протекне између писања прве верзије поднеска и оне коју ћете послати суду, или законодавног органу или адресату, кључно ће утицати на квалитет вашег акта, управо због претходно наведених разлога. Протек времена даје могућност емотивног одвајања од написаног и треба га користи што ефикасније.

Неке од наведених предрасуда су резултат раније увреженог схватања да квантитет нечега истовремено одређује његов квалитет. Савремени свет доказује управо супротно-да мање постаје више[34], и квантитет је пре показатељ површности и незнања које се маскира логороичним изражавањем. За једноставност је потребно много веће умеће и развијено аналитичко размишљање, од пуког фактицистичког памћења података. Управо зато и формалне образовне установе на енглеском говорном подручју све чешће инсистирају на развоју ове вештине (коришћења и усавршавања једноставног правног језика).

4. ПРЕПОРУКЕ ЗА ПИСАЊЕ ПРАВНИХ АКАТА УПОТРЕБОМ PLAIN ENGLISH И ЊИХОВА ПРИМЕНЉИВОСТ У СРПСКОМ ПРАВУ

Неколико деценија се покушава да се (енглески) правни језик, и самим тим правни акти поједноставе и постану разумљивији читаоцима, адресатима, али и правницима теоретичарима и практичарима. Професор Ричард Видик је дефинисао основна правила употребе *plain English* начина писања

[32] Ibid.

[33] Ibid.

[34] *Less is more*, изрека која се приписује песнику из 19. века Роберту Браунингу а касније и архитекти Лудвигу Миесу фон Рохеу, који је установио архитектонски минимализам. Суштина је иста: направити нешто мање а довољно лепо, или у језику: рећи мало а довољно разумљиво.

правних аката[35]. Наглашавамо да се ова правила односе на употребу енглеског правног језика. Њихово разумевање је праћено примерима из енглеског језика. Нека од тих правила већ постоје у нашем праву, а нека бисмо могли и увести због што боље комуникације између адресата и адресаната.

1.Треба избегавати сувишне речи. Енглески језик познаје две врсте речи, главне речи и речи које иду уз главне речи као што су одређени или неодређени члан, везници и слично(*glue words*[36]*). Главне речи носе значење, док помоћне речи чине целу реченичну конструкцију исправном повезујући речи међусобно. Без њих, реченица би била бесмислена и граматички неисправна. Њихова употреба је, дакле, нужна и неопходна. Ако је њихова пропорција у односу на главне речи велика, онда имамо лоше конструисану реченицу. Заправо, све је једна велика слагалица*[37]*, сматра професор Видик, где треба правилно уклопити сваки део. Такође треба избегавати и одређене врсте идиома (word wasting idioma*[38]), па уместо *the fact that she had died -чињеница да је она умрла*,једноставније је рећи:*њена смрт- her death*[39].

Даље, треба се фокусирати на учесника или учеснике, радњу и на објекат на кога се односи та радња- дакле, упитати себе „ко коме шта тачно ради у овој реченици“, и поново написати реченицу из правног акта усредсредивши се само на ова три основна елемента. Реченица *It is possible for the court to modify the judgement (могућа је да суд измени пресуду)* се може написати тако да *the court can modify the judgement* (*суд може изменити пресуду*[40]).

Употреба синонимних речи или целих израза и синтагми у истој реченици, један за другим, отежава разумевање, продужава читање, а не значи ништа. Употреба фраза *true and correct* (тачно и исправно) и *peace and quiet* (мир и тишина) управо је таква[41].

---

[35] Напомена: основна правила употребе *plain english*начина писања правних аката, као и коментаре и објашњења, наводимо према последњем издању уџбеника професора Видика: Richard C. Wydick, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic press, Durham, North Carolina, 2006.

[36] Број *glue words* у једној реченици је у енглеском језику већи него што је у српском језику, због честе употребе неодређеног члана *a,* одређеног члана *the*, и речи којом се означава партитивни генитив -*of* . R.C. Wydick, 24.Такву ситуацију немамо у српском језику и српској номотехници.

[37] *At that point of time* (у то време)- *then* (тада), *by reason why*(због тог разлога) – *because of* (зато, зато што), *in connection with*(у вези са тим)-*with* (са), *in favor of* (у корист некога) – *for* (због неког, због, за).

[38] R.C. Wydick, 33.

[39] Ibid.

[40] R.C. Wydick, 34.

[41] Професор Видик оправдава овакву употребу синонима историјским разлозима. Правници су раније у Енглеској морали да буду толико јасни и колегама правницима али и обичном народу који је користио народни староенглески. Овакви „ језички двојници“ су потекли управо из те намере и имају алтернативна значења управо у правном енглеском и

2. Користити основне изворне речи, не номинализације[42]. Право је део реалног света у коме живимо и потреба за апстрактним именицама треба да буде мања у правним текстовима. Живот је прилично једноставан – кола се сударају (насупрот *учешћу у судару* или *чињењу судара*), тужиоци туже (иако је устаљен термин *подносити тужбу*, или *утужити*), судије одлучују (уместо што говоримо да *доносе одлуку, спроводе поступак одлучивања*[43]) и слично или пресуђују и слично. Управо су ови глаголи основне речи које треба што чешће користити, а не њихове поименичене облике.

3. Користити глаголе у активу, не у пасиву[44]. У првом случају субјект заиста ради нешто што доводи до неке последице. Са друге стране, реченица у пасиву је и дужа и може бити нејасна и вишесмислена. Ако кажемо да је лопта ударена, нејасно је ко ју је ударио, да ли је заиста ударена, када је ударена, како је ударена, шта се десило после ударца, где је лопта отишла, да ли је некога повредила и слично. С тим у вези је посебан савет, да се приликом писања закона користи презент као глаголско време, и да се свака реч користи у свом облику једнине[45], ако није изричито потребно споменути је у множини[46].

4. Правити кратке реченице.[47] Неки аутори са англосаксонског правног подручја критикују колеге због дужине реченица које имају у својим актима. Као да желе да у једној јединој реченици ономе ко их слуша или чита дају све релевантне информације одједном, па нека читалац одлучи шта ће са њима и како ће их схватити. Препорука професора Видика је да реченица има 25 речи (на енглеском језику, рачунајући и одређене и неодређене чла-

---

староенглеском. Тешко се правници одричу овакових фраза- раније су добро пролазиле и доносиле добре судске исходе па зашто би мењали оно што је успешан рецепт? R.C. Wydick, 44.У српском правном језику немамо таквих језичких дублета.

[42] О овоме говори и: Joseph Kimble, „Hunting Down Nouners". *Plain Language Michigan Bar Journal*, February 2007, 44.

[43] Примери наведени и код R.C. Wydick, 46.

[44] R.C. Wydick, 51. Ово правило налазимо у Јединственим методолошким правилима за израду прописа ("Сл.гласник РС", бр. 21/2010) у чл.41. :*"Глаголи се у пропису употребљавају, по правилу, у садашњем времену и у активном облику.*"Изузетно, може се користити прошло време, када у оквиру пречишћеног текста закона треба исказати рокове за усаглашавање подзаконских аката са прописом (чл. 56. Јединствених методолошких правила за израду прописа).

[45] У енглеском је то праћено и посебном врстом скраћивања- слово *a* може истовремено означавати и број, количину од једног или може означавати неодређени члан, у смислу *неки, било који, један од тих тамо неодређених у мноштву.*Тиме се у енглеском језику реченична конструкција смањује формално за још једну реч, читање исте норме се опет формално временски скраћује а садржина и значење остају исти.

[46] Принцип којег се придржава и домаћа номотехничка пракса.Код нас, иста формулација у Јединственим методолошким правилима за израду прописа у чл.42 : " *Изрази се у пропису употребљавају у једнини,осим ако природа ствари не захтева другачије."*

[47] R.C. Wydick, 60.

нове, везнике и речце), јер је то максимум који се може читати и разумети без поновљеног читања[48].

5. Треба бирати речи са највећом пажњом, тако да њихова комбинација буде најбоља могућа и истовремено најјаснија[49]. Са посебном пажњом треба описати изузетак или изузетке од првобитног правила, или услове за остваривање неког права или обавезе.[50]. Енумерација услова као и изузетака, њихово физичко раздвајање у посебним редовима писања могу визуелно и тематски помоћи у томе[51].

6. Избегавати *shotgunning*-навођење више узастопних израза који су синонимни по свом целом обиму или делом обима свог значења. Навођењем свих синонима се проширује обим значења неког појма.[52] До овога долази углавном због страха законодавца да ће се судија, који поступа у неком случају, веома уско задржати на некој радњи која означава прекршај, и да ће одлучити да та радња није изричито предвиђена као прекршај, нити може бити подведена под било који други израз споменут у акту као прекршај. Наведено се може предупредити навођењем свих тих синонимних израза само на једном месту у оквиру акта, на почетку нпр. закона у оквиру навођења значења посебних термина који се користе у том закону.

7. Избегавати вишеструке негације у реченицама[53], било да су директно исказане или кроз другу реч која има негативно значење. Негација поништава сваку следећу реч, па бисмо ушли у круг рачунања да ли ће на крају опет бити негација или не. Зашто рећи *„није забрањено“,* када је једноставније рећи *„дозвољено је“* или *„могуће је“?*

---

[48] Негде то неће бити могуће, због набрајања неких елемената или врста чињења, на пример. Тада је потпуно оправдано да у низу стоји и више од препоручених 25 речи. R.C. Wydick, 64. У домаћој теорији и пракси не постоји сличан норматив. Ипак, постоји тежња ка саопштавању теме у краћим реченицама, сем када је због набрајања облика неке радње, или елемената неког посла, потребно да се реченица-продужи.

[49] У номотехничкој пракси аутора, било је захтева државних органа да се не употреби нека реч која има негативну конотацију, већ нека друга, синонимна реч или цела синтагма. Тако је приликом стварања аката који се односе на насиље према женама, избегавана конструкција „борба против“, и коришћена „превенција“, „спречавање“- иако су у актима поред радњи превенције били описани и прекршаји и казне за наведене прекршаје. Сматрало се да „борба против“ има негативну конотацију,

[50] Такође треба избегавати и *nested modifiers* – објашњења неког појма која су смештена унутар другог објашњења. Свако објашњење које није потпуно, отвара једну нову петљу размишљања у нашем мозгу. Превише отворених „петљи“, односно прича, успорава или понекад и блокира процес размишљања и у крајњој линији доводи до неразумевања, збуњености и неправилног поступања. R.C. Wydick, 69.

[51] У Јединственим методолошким правилима за израду прописа су овоме посвећени чланови 19-30.

[52] Професор Видик наводи као пример термине: *tortured* (подвргнут тортури), *tormented* (мучен), *bullyed* (малтретиран). R.C. Wydick,80.

[53] R.C. Wydick, 85.

8. Не користити сексистички речник и речник дискриминације, било употребом одређених речи само у једном роду или читавих реченица да би се изразило неко мишљење које може бити дискриминативно, понижавајуће и друго[54]. Употреба једног граматичког рода се не сматра дискриминативном[55].

9. Интерпункција је веома важна[56].У доба првих правних аката, где професор Видикмисли на старе Грке и Римљане, зарезима је означавано место за драмску паузу у говору и да ли се текст даље чита гласно или тише. У енглеском језику капитализација слова[57] у 17. веку је постала важна, јер се именице често у насловима пишу великим словом. У српском правном језику, зарез, односно запета, има значајну улогу и треба бити обазрив са коришћењем исте.[58]

Брајан Гарнер[59] сматра да се сви принципи употребе једноставног правног језика могу груписати у три групе принципа:

– обликовање наших мисли

– претварање мисли у реченице

– избор правих речи

У оквиру прве групе принципа – обликовања наших мисли, овај аутор говори о следећим принципима:

---

[54] Енглески језик има исто термине за означавање мушког или женског рода, с тим да у српским прописима имамо одредницу у последње време, управо из разлога смањења оптерећења текста закона, да све што је наведено у граматичком мушком роду истовремено означава природни мушки и женски род, и да се употребом граматичког рода ни на који начин не понижава женски род. Јединствена методолошка правила за израду прописа то предвиђају у чл.43, а налазимо ову одредбу и у многим другим прописима: Закон о дуалном образовању *("Сл. гласник РС", бр. 101/2017 и 6/2020*) у чл.3. говори о употреби мушког граматичког рода, као и Закон о основама система образовања и васпитања(*"Сл. гласник РС", бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон и 6/2020*) у чл.1.став 6.

[55] У енглеском језику, ознака природног рода се означава са he/she, јер глаголски облици у трећем лицу једнине су идентични и у презенту се завршавају на –s. У српском језику, треће лице једнине би имало разлику наставка глагола на инфинтивној основи само у прошлом времену и гласило би: радио/радила/ радило, или радио/ла.Због скраћивања текстова, примењује се у писању правних аката, посебно општих, граматички мушки род, на начин како је описано у фн. 55 нашег рада.

[56] Richard C.Wydick, 80.

[57] Капитализацијом се овде сматра употреба великог слова, иако није у питању реч на почетку реченице.

[58] У чл. 25. став 3 Јединствених методолошких правила за израду прописа стоји да: „*Одредбе члана и става увек се завршавају интерпункцијским знаком „тачка", а одредбе тачке, подтачке и алинеје интерпункцијским знаком „тачка и запета"или „запета", а на крају текста увек се ставља тачка"*.

[59] Garner, Bryan A. *Legal writing in plain English: a text with exercises*, The University of Chicago Press, Ltd., London 2001.

1. Ако имате нешто да кажете, добро прво промислите шта је то тачно што желите да кажете[60]. Што је вама јаснија порука коју желите другима да пренесете, то ће и њено уобличавање речима бити лакше.

2. Свако писање правног акта поделите у фазе[61]. Структурисање вашег посла на овај начин ће вам већ дати одређени оквир у коме треба да се крећете и дати упутство којим делом овог задатка треба у ком моменту да се бавите. Бети Сју Флауерс (Betty Sue Flowers)[62] је ове фазе рада назвала на следећи инспиративан начин:

(1) *Madman*, лудак, креативни дух који генерише идеје;

(2) *Architect*, архитекта, планер који се труди да цела структура будућег рада односно акта делује безбедно и разумљиво;

(3) *Carpenter*, дрвосеча односно градитељ који почиње рад на терену, поравнава терен, прави прве архитектонске праве углове и спратове;

(4) *Judge*, судија, који проверава да ли је нешто пропуштено или нешто од урађеног може да крене погрешним путем или да се поквари.

Свака од ових улога представља посебну интелектуалну функцију коју писац неког акта треба да има развијену да би посао био урађен ефикасно и ефективно. Примењено на временски период од сат времена писања акта, у првој улози проводите 10 минута као *Madman*, 5 минута као архитекта, 25 минута као градитељ и 10 минута као судија, наравно са кратким паузама између, се одвојили од претходне интелектуалне активности[63]. Посматрање једног акта са различитих гледишта, може само допринети његовом квалитету.

3. Материјал који ћете користити приликом писања поређајте хронолошким редоследом и групишите оне материјале који су међусобно више повезани него са другим материјалима и чињеницама[64]. Тако ћете испричати причу адекватним редоследом, од најопштијег ка посебном и специфичном и читаоца вашег акта адекватно припремити на саму садржину.

4. Користите наслове, поднаслове и друге врсте енумерација да бисте правилно означили шта којим редоследом иде и који поднаслов ком наслову, односно области припада[65]. Наведено је изузетно значајно због цитирања одредаба закона и других правних аката, на које се позива писац другог правног акта, а посебно у оквиру пресуда.

---

[60] B.A. Garner, 22.

[61] B.A. Garner, 25.

[62] Betty S. Flowers, „Madman, Architect, Carpenter, Judge: Roles and the Writing Process“, Proceedings of the Conference of College Teachers of English 7–10 (1979), 44.

[63] Наведено подсећа на тзв. Дизнијеву стратегију креативности, коју је осмислио Волт Дизни, доступно на: https://online.visual-paradigm.com/knowledge/disney-creative-strategy/what-is-disney-creative-strategy/. Датум приступа : јануар 2020. године.

[64] B.A. Garner, 30.

[65] B.A. Garner,32.

Правила за претварање мисли у реченице су према Гарнеру следећа:

5. Избегавајте сувишне речи[66], посебно ако су синоними. Користите само једну реч, која се најчешће користи.

6. Реченица може имати највише до 20 речи (сем ако не мора да садржи неко набрајање, које је пожељно визуелно раздвојити од остатка текста)[67].

7. Реченица мора у себи да има субјекта радње и радњу јасно исказане као и објекат[68]. Све остало је ирелевантно.

8. Користите актив и реченице у активном глаголском времену, не у пасиву[69]. За изражавање у активу је потребно искористити мање речи, лакше се успоставља хронолошки редослед радњи, излази се у сусрет читаоцу те реченице да одмах после субјекта следи радња коју он треба или не треба да учини. Само писање је животније и прихватљивије.

9. Користите речи којима се јасно изражавају идеје[70]. Без метафора, и других стилских фигура. Пожељно је користити речи из свакодневног говора у што већем обиму.

10. Избегавајте вишеструке негације[71].Гарнер се и овде слаже са професором Видиком, да вишеструке негације доводе до збуњености читаоца, да ли нешто треба да уради или да не уради. Зато је боље избегавати их.

11. Завршавајте реченице са емпатијом, посебно ако описујете догађај који је завршио са лошим исходом. У случају смрти неке особе,треба одати почаст жртви, не стигматизовати је још једном.[72] Због тога се посебно судијама налаже да из својих пресуда избаце речи којима живописно описују нпр. механизам усмрћивања неке особе, стање жртве у моменту њеног налажења и слично. Пресуда се базира на фактима и лишена је емоција. Емпатија даје присебан и тон поштовања .

12. Научите да користите поједностављени говор[73]- речи које су довољно правне, али и разумљиве остатку ваших читалаца

13. Користите прецизне речи, смањите број речи које означавају помоћни глагол „бити“[74]. У енглеском језику у оптицају је чак осам облика глагола „бити“; препоручује се употреба само „великих четири“[75] – *је* (треће лице

---

[66] Bryan A. Garner, 37.

[67] Sherman, Lucius Adelno*Analytics of literature: A manual for the objective study of English prose and poetry." Boston: Ginn and Co.,* 1893.

[68] B.A. Garner, 39.

[69] B.A. Garner, 42.

[70] B.A. Garner, 44.

[71] Гарнер наводи као пример синтагму *no fewer than- (не мање од)*, која се успешно мења са речима *at least (најмање*, Bryan A. Garner, 36.

[72] Patrick Barry ,"Editing and Empathy", *Michigan Bar Journal,* May 2018, 46.

[73] B.A. Garner, 45.

[74] B.A. Garner, 47

[75] B.A. Garner,50.

једнине презента), *јесу* (треће лице множине презента), *био и били* (треће лице једнине и множине перфекта) -*is*, *are*, *was*, и *were*. Наведени облици се сматрају довољнима за преношење објективизиране и довољно разумљиве поруке сваком читаоцу, односно адресату.У српском језику је уобичајена примена само два од ова четири облика: *је* (за дефинисање нечега у обавезној једнини) и *су* (за дефинисање нечега у множини).

14. Номинализације односно поименичене глаголе „претворите" поново у именице и глаголе кад год је то могуће[76].Напишите да је неко *прекршио право*, не да је *извршио прекршај права.*

15. Поједноставите и смањите број речи у одређеним фразама[77]**.** У енглеском употреба речи *of* која представља партитивни генитив може бити понекад прекомерна, те се губи концентрација у праћењу садржине текста норме.

Посебно значајне савете Гарнер даје у оквиру правила за избор правих речи:

1. Све што напишете учините једнако изговорљивим[78]. Тестирајте написано тако што ћете га прочитати наглас и чути самог себе како звучите[79] или колико вам то написано уопште има смисла и колико вам је разумљиво[80]. Читљивост текста зависи и од садржинског елемента (комплексности речника коришћеног приликом писања и синтаксе), и његове визуелне презентације (величина фонта, проред, постојање пасуса, неких графичких приказа и слично).Читајте га наглас и у себи и бржим темпом него што иначе читате. Ако јасно чујете и разумете сваку реч, заиста сте написали добру норму (или пресуду).

2. Добро је вашу последњу верзију текста дати „обичним читаоцима" на проверу (који нису правници)[81]. Овако ћете, сматрају заступници покрета *Plain Language*, тестирати разумљивост сопственог акта. Такви читаоци – као што ће бити и читаоци вашег правног акта, најбоље ће вам скренути пажњу на нејасноће у тексту које у даљој ревизији текста можете променити.[82]

---

[76] B.A. Garner,52.

[77] B.A. Garner,58.

[78] B.A. Garner, 59.

[79] B.A. Garner, 63.

[80] Читљивост (разумевање написаног и прочитаног текста) се утврђује помоћу различитих фактора: брзине схватања прочитаног, видљивост текста (визуелна) на даљину, видљивост текста путем периферног вида, видљивост текста путем технике трептаја ока, брзина читања (која се повећава са већим степеном разумевања текста), итд. Више о овоме: William H. DuBay, "The Principles of Readability", 25 August 2004, доступно на:https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED490073.pdf, Датум приступа : јануар 2020. године.

[81] B.A. Garner,64.

[82] Cheryl M. Stephens," Plain Language Legal Writing: Part I – Writing as a Process", March 04, 2014, доступно на: https://www.cba.org/Publications-Resources/CBA-Practice-Link/Young-

Искуство практичара каже да су потребне бар две ревизије основног текста да би он могао бити задовољавајућег нивоа разумевања за читаоце којима је упућен.

5. РАЗЛОЗИ „ЗА „ И „ПРОТИВ“ УПОТРЕБЕ ТРАДИЦИОНАЛНОГ ПРАВНОГ ЈЕЗИКА И ЈЕДНОСТАВНОГ ПРАВНОГ ЈЕЗИКА

Plain language чине једноставне, кратке реченице. Иако га сматрају мање прецизним, због једноставности и свакодневности речи које користи, заправо је много разумљивији и пожељнији преносилац поруке него компликовани правни језик. Пошто употребу правног језика захтевају правни акти, због специфичности појава и односа којима се баве, зато се исти могу и морају објаснити уобичајеним, свакодневним речима[83].

Дужина реченице не значи нужно и постизање веће разумљивости исте. Управо је супротно. Са друге стране, време које се уштеди у току писања једноставним језиком, може бити корисно утрошено на промене првобитног текста, у циљу постизања његове веће разумљивости. Такође, дужа реченица, са повећањем своје дужине повећава и вероватноћу за садржинску или техничку грешку у њој.

Заступници схватања да се традиционални правни језик мора одржати, наводе као разлог његовог одржања да је то језик привилегованих људи, и да га не могу разумети због тога „неуки“људи[84]. Употребом тог језика „учених људи“ исказује се њихова супериорност и потреба за поштовањем њиховог вишег (сазнајног, научног, школованог) сталежа. Они су потребни „неуким људима“ као својеврсни преводиоци садржаја који им се упућује; коришћење *plain English* стила укида потребу постојања правника.

Право се највише обраћа „неуким људима“. Због њихове добробити и настаје, те због тога мора бити и више прилагођен њима. Стручне расправе и „високи“ говор могу бити привилегија доктора наука и оних који се правом баве са научне и истраживачке стране.Такви текстови не одговарају

Lawyers/2014/Plain-Language-Legal-Writing-Part-I-%E2%80%93-Writing-as-a, Датум приступа: јануар 2020. године.

[83] Joseph Kimble,„30 Years and Counting”, *Plain LanguageMichigan Bar Journal*, January 2014, 38. У Јединственим методолошким правилима за израду прописа, у чл. 31 стоји да „у пропису треба употребљавати Речи савременог српског језика у њиховом уобичајеном значењу“. Употреба стручних израза из одређене области је могућа, када то захтева природа прописа (чл.32), као и употреба страних речи, када не постоји адекватна реч у спрском језику (чл.33).

[84] Такав став налазимо код : Jack Stark,Plain Language, доступно на: *https://www.ncsl.org/legislators-staff/legislative-staff/research-editorial-legal-and-committee-staff/june-2012-plain-language.aspx,* Датумприступа: мај 2020. године.

просечном човеку, који је у сталној журби, неки виши ниво образовања му је скуп и недоступан из других разлога и који једноставно жели брзо да сазна шта треба да ради.

Лакше је усмерити понашање људи тако што ћемо им дати текст акта који је јасан, него да то чинимо текстом акта који не разумеју. Људи се обично боје онога што не разумеју. Веома брзо, против онога што не разумеју, почну да се буне, и право губи свој смисао као регулатора друштвених односа[85], а постаје узрочник нових немира.

Последњу подршку у низу, упућену[86] првенствено америчким правницима практичарима да поједноставе језик сопствених аката, упутио је и председник САД Барак Обама, потписивањем акта којим се пропагира управо писање једноставним језиком (The Plain Writing Act of 2010[87]). У овом закону се изричито захтева од свих државних органа да све државне акте пишу употребом *"plain language*," који је дефинисан као *„јасно, прецизно, добро организовано писање правних аката, које следи и друге добре примере праксе адекватне одређеним субјектима и циљаној публици"*[88]. *Најједноставније речено – сваки акт мора бити написан тако да га свако просечно образован може разумети. У том смислу се од 2010. године у САД спроводе континуиране едукације запослених у администрацији на свим нивоима. У сваком државном органу су посебно задужене особе-повереници који надзиру овај процес едукације изнутра, али и примену нових правила писања према спољa.*

Многе велике адвокатске фирме на енглеском говорном подручју имају посебна одељења које називају „plain language units" – одељења за писање једноставним правним језиком, чија је једина улога да све случајеве фирме преводе, тј. преписују употребом „*plain language"*. Истовремено, многа удружења правника као и локалне и регионалне адвокатске коморе на целом енглеском говорном подручју су се укључиле или покрећу самостално посебне едукације за своје чланове како би овладали новом вештином једноставности изражавања и писања. Све чешће се у понуди услуга адвокатских канцеларија налазе и већ унапред створене форме правних аката написаних управо једноставним правним језиком, чиме адвокатске канцеларије на овај начин, дајући услугу која је нова, боре се на изузетно конкурентном тржишту адвокатских услуга. Посебне комисије за реформу правних система

[85] Joseph Kimble, „ 30 Years and Counting", 42.

[86] Joanne Locke, A History of Pla in Language in the United States Government (2004), доступно на: https://www.plainlanguage.gov/about/history/plain-language-in-the-government/

[87] H.R.946 – Plain Writing Act of 2010, доступно на: https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/946

[88] Оригинална дефиниција гласи: *"writing that is clear, concise, well-organized, and follows other best practices appropriate to the subject or field and intended audience."*

одређених држава унутар САД у својим стратегијама и многим другим актима инсистирају на примени овог једноставног језика[89].

Став да је једино стручно и техничко писање правних аката добро потпуно је разумљив. Након година улагања у своје образовање, полагање бројних испита и усавршавања сваки правник, као вероватно и лекар или инжењер, жели да покаже свету, својој околини, супротној страни- колико зна, шта све зна и да на неки начин порази свог противника представљањем величанствености свог знања. Верујемо да постоји овакав „мрачни“ део у сваком правнику, који ће га наговарати да избегне једноставност сопственог изражавања јер би једноставношћу имплицирао своју просечност, а просечност је данас честа и сматра се да води у неуспех. Правна пракса, али и правна теорија све више стоје на потпуно супротном становишту- једноставност је вештина која се посебно мора учити, вежбати и још мукотрпније постизати од пуког гомилања информација којем смо изложени од почетка студија.

Постизање једноставног је заправо много теже него постићи нешто компликовано. Треба много више радити да би своје сопствене мисли довели у ред, поједноставили их прво себи, а онда и другима. Пут до једноставности долази преко планине сувишног, прекобројног, нагомиланог знања, које се временом селектује, одбацује оно непотребно, да би оно најпотребније могло да буде језички уобличено и схваћено у потпуности.

Савети представљени у овом раду, који потичу од представника покрета *Plain Legal English* представљају добру основу и за општу, свакодневну комуникацију, ван оне стручне правне којој су првобитно намењени. Њихова примењивост и корисност су самим тим веће. Неки од њих су одавно имплементирани у нашем правном систему и номотехничкој пракси, као што смо навели у бројним примерима.

Такође, постоји и простор за развој и других вештина битних за несметан проток информација, као што су активно читање и учење (и активно слушање у неком смислу), утврђивање тачних чињеница и њиховог временског следа коришћењем отворених питања, и слично. Развој ових вештина може бити тема неког следећег рада, у контексту побољшања комуникације и преношења порука између стваралаца права и адресаната.

---

[89] Наводе се случајеви Викторије у Аустралији, Новог Зеланда, и Ирске, у делу: Peter Butt, „What is plain language law and why use it? Speaking Plainly: Plain Language Law for Non-Lawyers“, 12th September 2002, текст доступан на : http://www.lawfoundation.net.au/ljf/app/&id=/2FD34F71BE2A0155CA25714C001739DA, датум приступа: април 2020. године.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Mark Adler, ”The Plain Language Movement”, *The Oxford Handbook of Language and Law*, Eds. Lawrence M. Solan, Peter M. Tiersma, Oxford 2012.

RabeaAssy, Can the Law Speak Directly to its Subjects? The Limitation ofPlain Language, Journal of Law and Society (2011) Volume 38 pp 376-404;*;* Michele Asprey, *Plain Language for Lawyers*, The Federation Press, 2010.

Patrick Barry ,“ Editing and Empathy“,*Michigan Bar Journal* May 2018.

Carol M. Bast ,”Lawyers should use plain language”, *Florida Bar Journal*, 10/95

“Interview with Chief Justice John G. Roberts Jr”, Scribes J Leg Writing 39–40 (2010)

Emilia Boleszczuk, “Plain Language Solutions to the Problems…Comparative Legilinguistics 5/2011

Crump, D, Against Plain English: The Case for a Functional Approach to Legal Document Preparation, 33 Rutgers L.J. 713 (2001-2002)

Bryan A Garner,” Legal writing in plain English : a text with exercises”, The University of Chicago Press, Ltd., London 2001.

Bryan A. Garner,“The 20 Most Common Sentence-Level Faults Among Legal Writers“, *Michigan Bar Journal*, February2012 .

Sir Ernest Gowers, Prologue, from The Complete Plain Words, http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/gowerse/complete/chap1.htm

ZsoltZődi,“The limits of plain legal language: understanding thecomprehensible style in law“, *International Journal of Law in Context*,15/2019

Joseph Kimble, “Hunting Down Nouners“,*Plain LanguageMichigan Bar Journal*, February 2007.

Joseph Kimble, “What Plain Language Is Not”, *Plain Language-Michigan Bar Journal* December 2015.

Joseph Kimble,” 30 Years and Counting”, *Plain Language Michigan Bar Journal*, January 2014.

Hon. Gerald Lebovits, “Legal-Writing Myths“, *Plain LanguageMichigan Bar Journal* February 2011.

Радомир Лукић, *Методологија права*, Правни факултет, Београд, 1987.

Beth Mazur, “Revisiting Plain Language”, *Issue of Technical Communication, the journal of the Society for Technical Communication,*May 2000, Vol. 47, No. 2

Robyn Penman, „Plain english, Wrong solution to an important problem”, Australian Journal of Communication, vol. 19, 3/1992, 1-18.

Милијан Поповић, „Белешке о језику и правној терминологији са изабраномбиблиографијом радова писаца народа Југославије“, сепарат *Зборника за друштвене науке Матице Српске*бр 56 /1971

Приручник за превођење правних аката Европске уније, издавачи: Влада, Министарство за европске интеграције, Београд, 2019. https://www.mei.gov.rs/upload/documents/prevodjenje/prirucnik_prevodjenje_eu_19.pdf.

Меша Селимовић, *За и против Вука*, Београдски издавачки графички заводСвјетлост, Београд, 1990.

Carl Felsenfeld, The Plain English Movement: Panel Discussion, CanadianBusiness Law Journal, 6/1981-1982.

Betty S. Flowers, Madman, Architect, Carpenter, Judge: Roles and the Writing Process, Proceedings of the Conference of College Teachers of English 7–10 (1979)
Lucius Adelno Sherman, *Analytics of literature: A manual for the objective study of English prose and poetry." Boston: Ginn and Co.*,1893.
Richard C. Wydick, *Plain English for Lawyers*, Carolina Academic press, Durham, North Carolina, 2006

Интернет извори:

Peter Butt, "What is plain language law and why use it? Speaking Plainly: Plain Language Law for Non-Lawyers", 12th September 2002, http://www.lawfoundation.net.au/ljf/app/&id=/2FD34F71BE2A0155CA25714C001739DA
Дизнијева стратегија креативности, https://online.visual-paradigm.com/knowledge/disney-creative-strategy/what-is-disney-creative-strategy/.
William H. DuBay," The Principles of Readability", 2004,https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED490073.pdf
Joanne Locke, „A History of Plain Language in the United States Government "(2004), доступно на: https://www.plainlanguage.gov/about/history/plain-language-in-the-government/
Merriam-webster, https://www.merriam-webster.com/dictionary/verbose
George Orwell: Politics and the English Language, First published: Horizon. — GB, London. — April 1946., https://www.orwell.ru/library/essays/politics/english/e_polit/.
Jack Stark, Plain Language, доступнона: https://www.ncsl.org/legislators-staff/legislative-staff/research-editorial-legal-and-committee-staff/june-2012-plain-language.aspx
Cheryl M. Stephens ,"Plain Language Legal Writing: Part I – Writing as a Process", March 04, 2014,https://www.cba.org/Publications-Resources/CBA-Practice-Link/Young-Lawyers/2014/Plain-Language-Legal-Writing-Part-I-%E2%80%93-Writing-as-a
Peter Tiersma, "The Plain English Movement",:http://www.languageandlaw.org/PLAINENGLISH.HTM
https://clarity-international.net/clarity-journal/the-clarity-journal/
The Pittsburgh Press – March 31, 1944.:https://news.google.com/newspapers?nid=1144&dat=19440331&id=LwkeAAAAIBAJ&sjid=mUwEAAAAIBAJ&pg=6649,4291444.
https://www.fordham.edu/info/24260/legal_writing_faculty/5865/hon_gerald_lebovits

Правни акти:

Закон о дуалном образовању,"Сл. гласник РС", бр. 101/2017 и 6/2020
Закон о основама система образовања и васпитања,"Сл. гласник РС", бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон и 6/2020
Јединствена методолошка правила за израду прописа,"Сл. гласник РС", бр. 21/2010
H.R.946 – Plain Writing Act of 2010, доступно на:https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/946

Dragana M. Ćorić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Coric@pf.uns.ac.rs

About the Plain English Movement

Abstract: *Creating law is a complex process. It stems from the constant learning and refinement of knowledge of law – both theory and practice; from recognizing social reality and attitudes and intentions of members of society, but also knowing the state itselffrom the inside. The ultimate outcomes of the process of creation of law are "sent" to ordinary citizens, in order to understand them and act according to their content. If we translate the result of this process of law-making into clear, precise and common language written rules of conduct that the average citizen can quickly understand, both the law-making process and its results will be more acceptable to end-users.*

The use of specific legal terminology or other professional terminologies in the legal acts and rules governing the relations between the addressees need not necessarily be the sole and exclusive channel of communication between the law makers and the addressee. Domestic best-known law theorists constantly emphasize the need ofuse everyday, lively, folk language, with properly "dosed"use of professional terminology,with appropriate" translation "of the same terminology in every act into the everyday language of the average person. Only in this way, law will become more understandable, more accepted by the addressee and more respected in the society.

In this paper, we introduce the Plain English movement, inspired by use of the simple vocabulary when writing legal acts (only in English-speaking countries). The recommendations and guidelines that prominent representatives of this movement make to their lawyers can be applied also in our, domestic law and in the process of creating our law.

Keywords: *Plain English, law making, simplicity, precision, intelligibility.*

Датум пријема рада: 18.04.2020.

Прегледни чланак 796.06:351.74(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-23518

Bojan D. Janković, Ph.D., Assistant Professor
University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade
bojan.jankovic@kpu.edu.rs

THE ROLE OF STEWARDS AT SPORTS EVENTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *The traditional view that only the police are responsible for security at sports events has largely been abandoned in the sense that stewards have more important place. This is also recognized in the Serbian legislation, in the standards of the Law on Private Security (LPS), the Law on the Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events (LPVMSE), the Law on Public Assembly, and the international regulations of sports federations. The Council of Europe Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events – No. 218. (CETS 218), together with the Recommendation REC (2015) 1, and its annexes, which supersedes all previous recommendations, resolutions and statements, has also contributed to defining the role of stewards. Recommendation has become an integral part of the Convention (CETS 218). Common to all the aforementioned regulations is that the stewarding operations can be handled by persons who have completed special training. Unlike international regulations that provide extensive training for stewards, the existing programs in Serbia envisage very few hours of training. The work of stewards would certainly be aided by the improvement of certain legal regulations governing this area. The Republic of Serbia is not yet a signatory to the Convention (CETS 218), and it is necessary for the authorities to accede to its signing and ratification in order for Serbia to adopt the newly established European standards in this field as soon as possible.*

Keywords*: stewards, sports events, the Republic of Serbia*

1. INTRODUCTION

Hooliganism at sports events in Serbia is a decades-old problem, which has been primarily attempted to be addressed by repressive police action and severe punishment policy, and the public has often criticized this approach for lack of

results.[1] Only in recent years in Serbia has it been noted that this problem must be addressed in another way, by applying preventive measures[2], new proactive police tactics[3] and engaging other entities in problem solving. First of all, the organizer of the sports event[4] and stewards, as well as maintaining their cooperation with the police[5]. The traditional view that the police are solely responsible for the security largely leaves in the sense that the private security and stewarding personnel have an increasingly significant place.[6] Concern for the security of public spaces has become increasingly important over the last thirty years for both the police and private security.[7] Despite contemporary trends in developed countries, primarily all the opportunities and benefits of cooperation of the police and private security has not been recognized in the Republic of Serbia.[8]

The delegation of the Standing Committee if the Council of Europe on the Prevention of Spectator Violence during a consultative visit to the Republic of Serbia in 2009 found that there was insufficient coordination between various levels of public authority and other persons responsible for preventing violence at sports events.[9] One of the recommendations to state authorities was of particular importance to the work of stewards, to enact specific laws on security officers and stewards that did not exist in Serbia at the time.

---

[1] Milojević Saša, Janković Bojan, „Proactive approach of police in combat against football hooliganism", *Archibald Reiss Days,* 2011, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 737.

[2] See Janković Bojan, „Prevencija nasilja na sportskim priredbama" [Prevention of violence at sports events], *Glasnik prava,* 3/2010, 129-154.

[3] Milojević Saša, Mijalković Saša, Janković Bojan, „Determinantna obelezja adolescentnog člana navijačke grupe" [Determinant features of an adolescent member of a fan group], *Teme,* 1/2017, 230.

[4] See. Đurđević Nenad, Otašević Božidar, „Obaveza organizatora da prijavi sportsku priredbu" [Obligation of the organizer to register a sports event], *Pravni život,* 9/2017, 599-616.

[5] Đurđević Nenad, Otašević Božidar, „Redarska služba na sportskim priredbama" [Stewarding personnel at sports events], *Pravni život,* 9/2016, str. 550.

[6] Stajić Ljubomir, Mandić Goran, „Neke kontroverze Zakona o privatnom obezbeđenju" [Certain controversies of the Law on Private Security], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2/2014, 132.

[7] Stajić Ljubomir, „Prevencija kriminala sa aspekta dizajniranja javnog prostora i uloge privatnog obezbeđenja" [Crime prevention in terms of public space design and the role of private security], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,* 1/2015, 76.

[8] Lončar Zoran, Radivojević Nenad, Radošević Ratko, Mirković Vladan, „Saradnja policije i privatnog obezbeđenja u vanrednim situacijama u Republici Srbiji – stanje i mogućnosti" [Police and Private Security Cooperation in the Republic of Serbia – State and Opportunities], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 1/2019, 115.

[9] Đurđević Nenad, „Obaveza organizatora sportske priredbe da obrazuje odgovarajuću redarsku službu" [The obligation of the organizer of a sporting event to form an appropriate stewarding service], *Bezbednost*, 1/2012, 155.

2. LEGAL REGULATIONS OF THE REPUBLIC OF SERBIA REGULATING THE STEWARDING OPERATIONS

A part of recommendations related to stewarding was adopted in normative acts of the Republic of Serbia, the Law on Private Security (LPS)[10], The Law on Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events (LPVMSE)[11], the Law on Public Assembly[12], as well as by-laws.

The obligation of the organizer to establish the stewarding service at sports events stems from the norms of the Law on Public Assembly (Art. 11, Par. 1, item 1) stating that the organizer is obliged to engage the stewarding service, but it neither stipulates how this should be done, nor stipulates powers of stewards. A similar obligation is stated in the provisions of the LPVMSE, where the organizer of a sports event is obliged to establish appropriate stewarding personnel or to hire a legal person or entrepreneur to perform physical security tasks and maintain order at a sports event (Art. 8 Par. 1). In the case of international sports events, high-risk sports events or sports events of the highest rank of national team sports competitions, the organizer is obliged to engage a legal person or entrepreneur to do the business of private security for the performance of stewarding activities (Art. 8 Par. 2). The difference between these sports events is that in the first case, the organizer of a sports event may set up the stewarding personnel from natural persons who have a Stewards Licence in accordance with the LPS (Art. 11 Par. 2) and legal entities and entrepreneurs who hold a Licence to conduct the business of physical and technical protection without weapons (Art. 9 Par. 1 item 2). In the second case, due to the importance of sports competitions, risk assessment, the number of spectators, etc., only a legal entity or an entrepreneur can be hired for these jobs. This attitude is also confirmed in the provision of Art. 40 Par. 1 of the LPS, which states that legal entities and entrepreneurs for private security can perform order maintenance jobs at sports events, while exceptional order maintenance can be performed only by stewards at school events and certain sports events when a peaceful assembly can be ensured in this way. When stewarding is formed by a legal person or an entrepreneur, then for every three employees of the security service in the stewarding personnel, additional 10 licenced security officers or stewards may be hired temporarily (Art. 40 Par. 4). An additional explanation regarding stewards should be given here. Namely, the latest amendments to the LPS (Art. 8 Par. 2) provide that stewarding may be performed by natural persons holding a Stewarding Licence issued by the Ministry of Interior (MoI). The same amendment defines that a steward is a natural person who is

[10] *Official Gazette of the RS*, No. 104/2013-8, 42/2015-3, 87/2018-31.

[11] *Official Gazette of the RS*, No. 67/2003-1, 101/2005-28 (state law), 90/2007-10, 72/2009-53 (state law), 111/2009-48, 104/2013-8 (state law), 87/2018-23.

[12] *Official Gazette of the RS*, No. 6/2016.

trained to perform stewarding operations, who holds a MoI licence to carry out these duties, and to which the provisions of the LPS relating to private security officers apply accordingly (Art. 3, Par. 1, item 15).

The duties and powers of stewarding personnel at sports events are determined by the LPS and LPVMSE. The first law stipulates that security officers and stewards carry out stewarding without weapons (Art. 40 Par. 3). Here again it should be emphasized that the security service can be performed by security officers, if a legal entity or entrepreneur is involved in securing a sports event, and in the other case, a natural person or a steward may be hired. The earlier provisions of the LPS did not specify the special powers of stewards, but they were in line with the powers of security officers during the exercise of physical protection without weapons. Recent amendments to the LPS have found that stewards cannot use gas spray, restraints and handcuffs, specially trained dogs and firearms (Art. 46 Par. 7). Accordingly, the steward is authorized to: 1) issue a warning or order to a person or prohibit a person from entering and staying in a protected facility; 2) check the identity of the person; 3) stop and inspect the person, objects or means of transport; 4) temporarily seize items; 5) temporarily detain a person; 6) and to use only physical force as a coercive means (Art. 46). When a legal person or entrepreneur is hired to secure a sports event, the security officer may exercise the same powers as the steward and also additional coercive means – restraints and handcuffs and the gas spray (Art. 46 Par. 1 item 6). The Ordinance on the Use of Coercive Means in the Performance of Private Security Operations[13] provides that a security officer may use coercive means only when necessary and in proportion to the resistance or attack provided by another person, in order to achieve lawful objectives, in the manner and under the conditions prescribed by the LPS and the aforementioned Ordinance, so that the task is performed with the least detrimental effect on the person against whom that force is used (Art. 2).

However, in accordance with the provisions of the LPS, in the concluded security contract, i.e. on the performance of stewarding activities, which the legal entity and the entrepreneur in the field of private security concludes with the user of the service, the contractual powers are specified (Art. 46 Par. 3). In any case, the contracted powers may not exceed the legal framework, that is, they may be either the same or smaller than the legal powers.

Stewards who perform activities during sports events act not only in accordance with the provisions of the LPS but also with other laws. Thus, the provisions of the LPVMSE (Art. 8a) prescribe duties of stewards at a sports event. Stewards are obliged to: 1) prohibit access to the venue where the sports event is held to persons under the influence of alcohol or other narcotic substances, or from their conduct it may be inferred that they are prone to violence or misconduct; 2) separate the

[13] *Official Gazette of the RS*, No. 30/2015.

visiting fans by directing them to the specific entrances and exits of the sports facility and the special part of the sitting area designated for them; 3) ensure that the spectator is seated in a specific place; 4) prevent the spectators from entering the sports field and prevent their transition from one part of the sitting area intended for fans of one club to another; 5) prevent the introduction or sale of alcoholic beverages in a sports facility; 6) prevent the introduction of items that can be used in violent acts (pyrotechnics, poles, bottles, etc.), or which may interfere with the course of the sports event (mirrors, laser pointers, high-power sound devices), banners or signs by which racial, religious, national or other intolerance and hatred is encouraged, that is, the content of which is offensive or obscene, etc. into the sports facility; 7) prevent the introduction and featuring the fan symbols that are larger in size and may interfere with the work of officials, except flags, scarves, hats and jerseys with club features into the sports facility; 8) warn or send out the spectator who by his / her behaviour or omission of a certain action may cause violence at a sports event, endanger the safety of participants of a sports event or interfere with its flow. There may be a problem with the application of the aforementioned powers because they are not sufficiently clearly defined, nor the procedures for their implementation are determined. In case of the first aforementioned authorization, a question may already been asked: how will stewards determine if a particular fan is under the influence of alcohol or other intoxicants? What is the allowable concentration of alcohol in blood with which a fan is allowed to enter the stadium? When relying on the subjective judgment of stewards in identifying persons under the influence of alcohol is in question, the most obvious disadvantage of this aspect of the applicable regulations lies in the fact that not all stewards are equally able or willing to recognize the different signs of intoxication in persons consuming alcohol.[14] In contrast to Serbia, e.g. in the Republic of Croatia, stewards have been authorized by the Amendments to the Law on Prevention of Riots at sports events from 2009 and 2011 to determine the presence of alcohol in the body, i.e. to prohibit access to a sport facility to a person in a state of intoxication.[15] The lower limit for alcohol was initially set at 0.8 ‰ in the body, and in 2011, it was lowered to 0.5 ‰.

When a legal entity or an entrepreneur is hired to secure a sports event, according to the LPS, security officers must be in uniform during the execution of stewarding activities and be provided with uniform jackets or vests with light reflective straps and the words "Security" in Serbian and English, while hired stewards are required to wear vests with light reflective straps and the inscription

[14] Šuvalija Mustafa, Pustahija Almir, „Uvođenje testiranja koncentracije alkohola u krvi kao korak ka unapređenju prevencije nasilnog ponašanja posjetilaca sportskih takmičenja u Bosni i Hercegovini" [Introducing blood alcohol testing as a step towards improving the prevention of violent behavior in sports competitions in Bosnia and Herzegovina], *Kriminalističke teme,* 1-2/2015, 68.

[15] *Ibid* 69.

"Steward" in Serbian and English (Art. 42). While performing stewarding activities, the security officer and the steward are not allowed to regulate traffic outside the boundaries of the protected area.

Pursuant to provisions of the LPS (Art. 41), when a legal entity and a private security entrepreneur provides the security service, that is, when a public meeting organizer organizes a stewarding personnel, if he hires more than ten security officers or stewards, he is required to draw up a security plan, which the organizer, together with the application or notification, delivers to the competent police station in the territory where the sports event is held. The law amended an earlier ruling that stipulates the plan to have an obligation to specify the powers that stewards can apply, which the professional public did not agree with,[16] because the Law has already defined them. Also, unlike the previous legal solution where there was an obligation to make a plan only if a legal entity or an entrepreneur was involved in the security, there is also an obligation to create the plan for the organizer who establishes stewarding activities provided by stewards. LPVMSE and the Law on Public Assembly do not contain an explicit obligation for the organizers of a sports event to have a written security plan. However, as an obligation, it may exist in sports associations' regulations. The problem is that such an obligation exists exclusively in the Rulebook on safety and security at football matches of the Football Association of Serbia[17] within the obligation to have a plan of preventive action of the home club.[18]

A prerequisite for the proper performance of stewarding activities at sports events is the completion of training for these jobs. The training program for security officers, who can perform stewarding activity, as well as stewards themselves, is prescribed by the Rulebook on Programs and Methods of Conducting Professional Training for Private Security and Stewards[19]. Unlike the previous Regulations, there are now two programs in addition to the Regulations: Annex 2 – Physical and Technical Protection Training Program and Annex 3 – Stewarding Activities Program. The stewarding activities program provides a total of 28 hours of theoretical and practical training (11 + 17), with five topics: 1. Regulations in the field of public assembly, 2. Powers of the steward, 3. First Aid, 4. Emergency and Evacuation, and 5. Training in the Deployment of Physical Forces and Self-Defence Techniques. Interestingly, there is no specific topic related to stewards' duties at sports events. Only the first topic (Regulations in the field of public assembly),

---

[16] Stajić Ljubomir, Mandić Goran, „Neke kontroverze Zakona o privatnom obezbeđenju" [Certain controversy concerning the Law on private security], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,* 2/2014, 138.

[17] *Official Gazette of the FAS*, No. 1/2007.

[18] Đurđević Nenad, Otašević Božidar, „Redarska služba na sportskim priredbama" [Stewarding personnel at sports events], *Pravni život,* 9/2016, 560.

[19] *Official Gazette of the RS*, No. 15/2019.

which is scheduled for a total of 2 hours of lectures, among other numerous titles, mentions measures to prevent violence and misbehaviour at sports events, duties of organizers and stewards at sports events. The range of topics for the training of security officers is broader, as is the number of hours (90), but the number of hours related to the security of public gatherings is also very small. The topic covered by officers is under number 4 – Securing Public Assembly (Jobs and duties of stewards at public gatherings, Special duties of stewards at sports gatherings, Security plan: drafting, form and content of the plan) and is scheduled for a total of 6 hours.

Taking into account all the specificities and complexities of securing sports events, especially those at risk of violence and misconduct of participants, it is more than a modest training program to be mastered by persons who will be engaged as stewards at sports events. Practically, the maximum of 2 hours can be devoted to stewarding at sports events.

3. INTERNATIONAL REGULATION RELATING TO STEWARDING OPERATIONS

The year of 1985 can be taken as the beginning of a new approach to confront the problem of hooliganism at sports events and the problem of fan violence in Europe, when the European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches was adopted[20]. Since its adoption, various recommendations, resolutions and statements have been made that also relate to a new approach to the problem. However, the current Convention could not be the basis for facing the new challenges that have arisen since its enactment. Therefore, in 2013, the Committee of Ministers of the Council of Europe decided not to update the existing Convention, but to draft a completely new document and asked the Standing Committee to start drafting a new Convention.[21] The Standing Committee unanimously adopted the draft text of the Convention in December 2014. Following that date, it was upgraded with best practice examples for the past 30 years, and finally on 3rd July 2016, it was opened for signature at the stadium in Saint-Denis, near Paris, during EURO 2016 in France. The Convention entered into force on 1st November 2017 after ratification by three States (France, Monaco and Poland). It is called the Council of Europe Convention

[20] Law Ratifying the European Convention on the Violence and Misconduct of Spectators at Sports Events, Especially at Football Matches, Official Gazette of SFRY-MP, No. 9/1990-15.

[21] Primorac Damir, Pilić Marko, „Sigurnost i zaštita na nogometnim utakmicama i ostalim sportskim priredbama prema rješenjima Vijeća Europe No. 218“ [Security and protection at football matches and other sports events according to Council of Europe decisions No 2018], *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu,* 2/2019, 405.

on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events (CETS 218)[22].

In addition to the adoption of the Convention (CETS 218), the Standing Committee noted that earlier recommendations were at odds with the current situation on the ground, and in 2015 adopted a new Recommendation REC (2015) 1[23], replacing all previous recommendations, resolutions and statements adopted by the Standing Committee by that date. The recommendation became an integral part of the Convention (CETS 218). In addition to the main text of the Recommendation, it also contains the accompanying schedules, annexes of recommended good practice A – Safety[24], B – Security[25] and C – Service[26]. Of particular interest is the annex A – Safety, which contains Chapter 41 that relates to the work of stewards.

The term used in Annex A for stewarding at sports events is *"Steward"*, partly for ease of reference, but primarily because the term reflects good European practice and is widespread and accepted in the LPS of the Republic of Serbia (Art. 42). Annex A stipulates the basic duties of a steward, depending on the size and configuration of the sporting facility, and the nature of the sports event, but in principle, the stewards should:

- understand their overall responsibility for the health and safety of all spectators, other stewards, stadium staff, participants and themselves;
- carry out security checks;
- control or direct spectators entering or leaving the playground to help ensure a steady flow of people to and from the viewing area;
- assist in the safe running of a sports event rather than watching the event;
- control entrances, exits, and other strategic points; e.g., fan separation points, exit doors or gates;
- monitor the dynamics of the gathering to ensure the safe allocation of spectators and the prevention of overcrowding, especially in the stands;
- provide assistance to emergency services (police, firefighters, ambulances) if necessary;

---

[22] Council of Europe Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events, *Council of Europe Treaty Series* – No. 218.

[23] Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events.

[24] Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX A on Safety – Recommended Good Practices.

[25] Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX B on Security – Recommended Good Practices.

[26] Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX C on Service – Recommended Good Practices.

- provide emergency first aid;
- respond to emergencies (such as early stages of fire); activate the alarm and take other necessary emergency actions;
- in an emergency, undertake certain duties on their own initiative or upon the instructions of a security officer or an appropriate emergency officer;
- be a contact person for fans, including in cases of discriminatory behaviour by other viewers;
- actively participate in services and strategies of good club hospitality and event management.[27]

Annex A specifically emphasizes that steward training should be conducted by professional, competent individuals or organizations. No steward should be deployed at the stadium until all aspects of relevant familiarization and introductory training have been undertaken. Stewards should not work unaccompanied until they demonstrate that they understand the functions of a steward in organizing events; pass four events as stewards and during them are judged whether they are able to handle accidents and emergencies and control the entry, exit and movement of people in the stadium. All training and assessment records should be complete and fully maintained to ensure that training and assessments can be checked as needed.

Upon completion of the training, the steward should have acquired knowledge and competencies in the following areas:

- the role and responsibility of the steward;
- Stewart Code of Conduct;
- the rules of the stadium and the code of conduct for spectators and prohibited articles;
- the legal rights and powers of the steward;
- search techniques;
- ticket identification and accreditation, anti-forgery checks;
- conflict management and resolution;
- arrest and / or detention (in accordance with national laws and regulations);
- throwing out of the stadium procedures;
- identifying and acting against any discriminatory behaviour, symbols and chanting;
- giving first aid;
- the basis of firefighting and fire response;
- dynamics and mass management;

[27] See Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX A on Safety – Recommended Good Practices.

- use of CCTV;
- communication;
- stadium contingency plans and the role of the steward in an emergency.[28]

In addition to conventions adopted by interstate organizations, international sources of law in the field of sport are represented by numerous general legal acts of international sports organizations.[29] It is especially important that, in addition to national legal solutions, members of the stewarding personnel know the rules of sports associations, which regulate safety at sports events in more detail. The grand international sports federations have also, through special ordinances, regulated the issues of securing sports events, in which the largest part is devoted to the work of stewards. The importance of "good" sports rules is the best example of FIFA and UEFA rules, which have been partially transposed into the sports rules of the Football Association of Serbia. Thus, FIFA[30] stipulates that a steward must be a person over 18 years of age with the formal stewards' training completed.

4. CONCLUSION

This paper discusses national and international regulations governing stewarding operations. Common to all the above-mentioned regulations, both national and international, is that persons who have completed specific training can perform the stewarding operations. However, unlike international regulations that provide extensive training for stewards, the existing programs in Serbia provide very few classes for topics related to stewarding at sports events. Observing modern sports events, especially the top ones, we can conclude that the standards for their security have been raised very high. This requires substantial, intensive and comprehensive stewards' training. Stewarding activities would certainly be helped by the improvement of certain legal regulations governing sports safety. In recent years, good steps have certainly been made by the adoption of legal solutions related to the prevention of violence at sports events, but this should not end here, the existing regulations should be improved in accordance with the situation in the field. It can be observed in particular that there is no code of conduct for stewards, which should be adopted as soon as possible, as in Recommendation REC (2015) and its accom-

[28] See Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX A on Safety – Recommended Good Practices.

[29] Šuput Dejan, „Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama – problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija" [FIFA and UEFA regulations against violence at football matches – the problem of overlapping competencies between the state and sports organizations], *Bezbednost,*1/2012, 167.

[30] FIFA, *FIFA Stadium Safety and Security Regulations*, Zurich 2013, 26.

panying annexes. The Republic of Serbia has not signed the Convention (CETS 218) and its annexes that make recommendations for the improvement of the work of all services dealing with this problem, including the stewarding personnel yet. It is necessary for the authorities to accede to the signing and ratification of the Convention (CETS 218) in order for Serbia to adopt the newly established European standards in this field as soon as possible.

REFERENCES

Council of Europe Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events, *Council of Europe Treaty Series* – No. 218.

Council Resolution concerning an updated handbook with recommendations for international police cooperation and measures to prevent and control violence and disturbances in connection with football matches with an international dimension, in which at least one Member State is involved ('EU Football Handbook'), *Official Journal of the European Union* C *444/1, 29.11.2016.*

Đurđević Nenad, „Obaveza organizatora sportske priredbe da obrazuje odgovarajuću redarsku službu" [The obligation of the organizer of a sporting event to form an appropriate stewarding service], *Bezbednost,* 1/2012, 146-165.

Đurđević Nenad, Otašević Božidar, „Redarska služba na sportskim priredbama" [Stewards at sports events], *Pravni život,* 9/2016, 549-564.

Đurđević Nenad, Otašević Božidar, „Obaveza organizatora da prijavi sportsku priredbu" [Obligation of the organizer to register a sports event], *Pravni život,* 9/2017, 599-616.

FIFA, *FIFA Stadium Safety and Security Regulations*, Zurich 2013.

Janković Bojan, „Prevencija nasilja sportskim priredbama" [Prevention of violence at sports events], *Glasnik prava,* 3/2010, 129-154.

Law on Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events, *Official Gazette of the RS*, No. 67/2003-1, 101/2005-28 (state law), 90/2007-10, 72/2009-53 (state law), 111/2009-48, 104/2013-8 (state law), 87/2018-23.

Law on Private Security, *Official Gazette of the RS*, No. 104/2013-8, 42/2015-3, 87/2018-31.

Law on Public Assembly, *Official Gazette of the RS*, No. 6/2016.

Law Ratifying the European Convention on the Violence and Misconduct of Spectators at Sports Events, Especially at Football Matches, Official Gazette of SFRY-MP, No. 9/1990-15.

Lončar Zoran, Radivojević Nenad, Radošević Ratko, Mirković Vladan, „Saradnja policije i privatnog obezbeđenja u vanrednim situacijama u Republici Srbiji – stanje i mogućnosti" [Police and Private Security Cooperation in the Republic of Serbia – State and Opportunities], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad,* 1/2019, 113-151.

Milojević Saša, Janković Bojan, „Proactive approach of police in combat against football hooliganism", *Archibald Reiss Days,* 2011, The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade, 737–749.

Milojević Saša, Mijalković Saša, Janković Bojan, „Determinantna obeležja adolescentnog člana navijačke grupe" [Determinant features of an adolescent member of a fan group], *Teme,* 1/2017, 227-241.

Primorac Damir, Pilić Marko, „Sigurnost i zaštita na nogometnim utakmicama i ostalim sportskim priredbama prema rješenjima Vijeća Europe br. 218" [Security and protection at football matches and other sports events according to Council of Europe decisions No 2018], *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2019, 401- 419.

Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events.

Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX A on Safety – Recommended Good Practices.

Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX B on Security – Recommended Good Practices.

Recommendation Rec (2015) 1 of the Standing Committee on Safety, Security and Service at Football Matches and other Sports Events – ANNEX C on Service – Recommended Good Practices.

Rulebook on safety and security at football matches of the Football Association of Serbia, *Official Gazette of the FAS*, No. 1/2007.

Rulebook on Programs and Methods of Conducting Professional Training for Private Security and Stewards, *Official Gazette of the RS*, No. 15/2019.

Rulebook on the Use of Coercive Means in the Performance of Private Security Operations, *Official Gazette of the RS*, No. 30/2015.

Stajić Ljubomir, „Prevencija kriminala sa aspekta dizajniranja javnog prostora i uloge privatnog obezbeđenja" [Crime prevention in terms of public space design and the role of private security], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 1/2015, 75-87.

Stajić Ljubomir, Mandić Goran, „Neke kontroverze Zakona o privatnom obezbeđenju" [Certain controversies of the Law on Private Security], *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2/2014, 131-150.

Šuput Dejan, „Propisi FIFA i UEFA protiv nasilja na fudbalskim utakmicama – problem preklapanja nadležnosti države i sportskih organizacija" [FIFA and UEFA regulations against violence at football matches – the problem of overlapping competencies between the state and sports organizations], *Bezbednost,*1/2012, 166-179.

Šuvalija Mustafa, Pustahija Almir, „Uvođenje testiranja koncetracije alkohola u krvi kao korak ka unapređenju prevencije nasilnog ponašanja posjetilaca sportskih takmičenja u Bosni i Hercegovini" [Introducing blood alcohol testing as a step towards improving the prevention of violent behavior in sports competitions in Bosnia and Herzegovina], *Kriminalističke teme,* 1-2/2015, 63-74.

Др Бојан Д. Јанковић, доцент
Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд
bojan.jankovic@kpu.edu.rs

Улога редарске службе на спортским приредбама у Републици Србији

Сажетак: *Традиционално схватање да је само полиција одговорна за безбедност на спортским приредбама увелико се напушта, у смислу да редарска служба има све значајније место. То је препознато и у законским прописима Србије, у нормама Закону о приватном обезбеђењу (ЗПО), Закону о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама (ЗСНСП), Закону о јавном окупљању, као и међународним прописима спортских савеза. Дефинисању улоге редарске службе допринела је и нова Конвенција Савета Европе о интегрисаном приступу безбедности, заштити и услугама на фудбалским утакмицама и другим спортским догађајима (ЦЕТС 218), заједно са Препоруком REC (2015) 1, и њеним анексима, која замењује све претходне препоруке, резолуције и изјаве. Препорука је постала саставни део нове Конвенције (ЦЕТС 218). Заједничко за све поменуте прописе је да се редарском службом могу бавити лица која су завршила посебну обуку. За разлику од међународних прописа који предвиђају обимну обуку за редаре, постојећи програми у Србији предвиђају веома мали број часова. Раду редара свакако би помогло и побољшање појединих законских прописа који регулишу ову област. Република Србија још није потписник Конвенције (ЦЕТС 218), те је неопходно да државни органи приступе њеном потписивању и ратификацији како би Србија што пре усвојила ново установљене европске стандарде у овој области.*

Кључне речи*: редарска служба, спортске приредбе, Република Србија*

Датум пријема рада: 8.10.2019.

Оригинални научни рад 343.26(497.11)“2019“
doi:10.5937/zrpfns54-26134

Др Иван Д. Милић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

НОВИНЕ У ОПШТЕМ ДЕЛУ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА*

Сажетак: *Првог децембра 2019. године ступио је на снагу Закон о изменама и допунама Кривичног законика. Владајуће је мишљење да је његова највећа новина увођење казне доживотног затвора. Супротном таквом мишљењу, аутор сматра да ће остале измене и допуне КЗ да погоде највећи број учинилаца кривичних дела, те да ће се „осуђеничка популација у казненим заводима“ повећати.*

Кључне речи*: Кривични законик, доживотни затвор, условни отпуст, условна осуда, поврат.*

УВОД

Кривични Законик који је донет 2005. године, а ступио на снагу 1. јануара 2006. године више пута је мењан и допуњаван. Пре 2019. године последње интервенције (измене и допуне) у КЗ биле су 2016. године.[1] С тим у вези, са правом се у науци наводи да кривично законодавство није више стабилна грана права каква је била још пре неколико деценија.[2] Последњих година српско кривично право и право кривичног поступка пролази кроз веома динамичан период развоја. Нацрти, предлози измена, допуна или

* Рад је написан у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“. Пројекат бр. 179079 који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[1] Пре 1. децембра 2019. године на снази је био Кривични законик, *Службени гласник РС,* бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. У овом раду предмет *ранијих решења* јесте, управо, наведени Кривични законик са изменама и допунама закључно са 2016. годином. (у даљем тексту и КЗ).

[2] Zoran Stojanović, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013, 120.

промена, или потпуно нови законски текстови су чести и тешко је одупрети се утиску да смењују једни друге великом брзином.[3]

Приметно је и да се неретко након учињених „најтежих кривичних дела“ доносе нови закони или се мењају постојећи, што никако не заобилази Кривични законик. Поред нове садржине закона, увек се поставља и питање побуда, мотива из којих је тако значајан закон какав је кривични донет, као и питање да ли његова (нова) садржина одговара тим мотивима.[4] То се често чини под утицајем опште јавности, а када је реч о кривичном законодавству приметно је да измене иду у правцу заоштравања репресивног приступа криминалитету.[5]

Закон о изменама и допунама Кривичног законика[6] који је ступио на снагу 1. децембра 2019. године, има 42 члана. Најважнији разлог, како се то говорило у стручној и општој јавности, за његово доношење био је увођење казне доживотног затвора. У општој јавности владајуће је мишљење да је, управо, казна доживотног завора највећа новина ЗоИДКЗ. Такође се и у образложењу ЗоИДКЗ наводи да најзначајнију измену Кривичног законика представља увођење доживотног затвора.[7]

Ми ћемо у овом раду предочити да ће казна доживотног затвора да *погоди* мали број учинилаца кривичних дела. Затим ћемо указати на то које ће остале измене и допуне у Општем делу ЗоИДКЗ да погоде највећи број учинилаца кривичних дела. Предмет наше пажње неће бити измене и допуне у Посебном делу Законика. Такође, у раду се нећемо бавити свим изменама и допунама у Општем делу КЗ, већ само појединим који су за предмет овог рада, а по нашем мишљењу, од посебне важности.

На самом почетку рада биће речи о казни доживотног затвора и забрани условног отпуста. Затим следи део који се тиче условне осуде. На крају рада указује се на измене и допуне које се тичу рецидивизма.

---

[3] Бранислав Ристивојевић, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, зборник радова – *LV Редовно годишње саветовање удружења* – Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет – Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – Златибор, септембар 2015, 3.

[4] Станко Пихлер, Новеле општих установа у кривичном законодавству (Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005. г.), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2005, 42.

[5] Детаљно о утицају опште јавности вид. Бранислав Ристивојевић, „Пунитивни популизам“ српског законодавца – критичка анализа тзв. Маријиног закона –, *Зборник радова Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу* – 2013, 321-323.

[6] Закон и изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 35/2019. (у даљем тексту и ЗоИДКЗ).

[7] Образложење Закона. Доступно на: https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php на дан: 04. 01. 2020.

1. КАЗНА ДОЖИВОТНОГ ЗАТВОРА

Покушаји за увођење казне доживотног затвора трају *одређено време* у Републици Србији.[8] Пре доношења сада важећег Закона о изменама и допунама Кривичног законика, постојао је Нацрт Закона о изменама и допунама Кривичног законика којим је, такође, била предвиђена казна доживотног затвора.[9] До 1. децембра 2019. године најстрожа/најдужа казна затвора била је 40 година, која се није могла изрећи учиниоцу који у време учињеног кривичног дела није имао навршених 21 годину живота.

Од 1. децембра 2019. када је ступио на снагу ЗоИДКЗ најстрожа казна у Републици Србији је казна доживотног затвора. Према слову закона: За најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела може се уз казну затвора изузетно прописати и казна доживотног затвора. Доживотни затвор не може се изрећи лицу које у време извршења кривичног дела није навршило двадесет једну годину живота. Доживотни затвор се не може изрећи у случајевима када закон предвиђа да се казна може ублажити (члан 56. став 1. тачка 1) или када постоји неки од основа за ослобођење од казне.[10] Казна доживотног затвора је прописана за она кривична дела за која је раније била прописана казна затвора од 30 до 40 година. С тим у вези, како бисмо видели колики број учинилаца кривичних дела казна доживотног затвора потенцијално може да погоди (колико у судској пракси постоји могућност да се казна доживотног затвора изрекне), морамо се вратити неколико година уназад. Морамо видети колико је ранијих година казна затвора од 30 до 40 година изрицана од стране судова. С тим у вези, број осуђених пунолетних лица од 2009. до 2018. којима је изречена казна затвора од 30 до 40 година је следећи:[11]

---

[8] О томе да ли је било потребне за увођењем казне доживотног затвора вид. Емир Ћоровић, Казна доживотног затвора (да или не?), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – *LVIII Редовно годишње саветовање удружења* – Златибор 2018, 194-210.

[9] Вид. Иван Милић, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспект*, Нови Сад, 2017, 199. (докторска дисертација).

[10] Чл. 44а КЗ.

[11] Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019. 63. Доступан на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020. Према „затворским подацима“ у 2009. године на издржавању казна затвора до 40 година затвора налазило се укупно 23 осуђеника. На основу „затворских података“ може се закључити да су то осуђена лица на казну затвора од 30 до 40 година (што свакако укључује и осуђенике на казну затвора у трајању од 40 година затвора). Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину. Доступан на: http://reforma.bezbednost.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/2009-Godisnji-izvestaj-Ministarstvo-pravde-Uprava-za-izvr%C5%A1enje-krivi%C4%8Dnih-sankcija.pdf на дан: 01. 01. 2020.

изречена казна по годинама	2009.	2010	2011.	2012.	2013.	2014.	2015	2016.	2017.	2018.
изречена казна од 40 година	4	10	3	2	1	2	4	5	2	3
изречена казна од 30 до 40 година	20	16	5	12	9	11	13	9	11	7
укупно	24	26	8	14	10	13	17	14	13	10

У овој табели подаци су приказани онако како их води Републички завод за статистику. На основу наведених података из судске праксе може се закључити – *да је била прописана* казна доживотног затвора у периоду од 2009. до 2018. године, она би била изречена, по годинама, према највише 26 учинилаца (2010. године), односно према 8 учинилаца (2011. године). На основу оваквих званичних статистичких података није тешко доћи до закључка да ће казна доживотног затвора погодити мали број учинилаца кривичних дела.

2. УСЛОВНИ ОТПУСТ

Осуђена лица за време издржавања казне затвора имају права и обавезе, која су уређења строгим прописима. Свако право/погодност за осуђеника има донекле различит значај. С тим у вези, једно право за осуђеника може да има немерљив значаја, али да, са друге стране, за другог осуђеника нема никакав значај. На пример, право на посету од стране породице по правилу за осуђеника има немарљив значај, али за оно осуђено лице које нема породицу, или из различитих разлога не прима посете, ово право за њега нема значај. Исто је случај и са правом на брачне посете. Такође, право на пријем пакета нема никакав значај за оне осуђенике којима нема ко да пошаље пакет.

Међутим, ипак се чини да је право на *условни отпуст* „сан сваког осуђеника“. Као највећа привилегија/право/погодност коју може да добије осуђено лице у току издржавања казне затвора јесте условни отпуст.[12] Условни

[12] Детаљно о условном отпусту вид. Драгиша Дракић, Иван Милић, О појединим материјалним, процесним и извршним аспектима условног отпуста, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2019, 405–425; Драгиша Дракић, Иван Милић, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019, 91-93.

отпуст је најважнија и најстимулативнија мера која позитивно утиче на осуђене у прихватању предвиђеног програма пеналног третмана.[13] Основно правило да се *може* условно отпустити осуђени који је издржао *две трећине* казне затвора одавно у нашем кривичном законодавству не важи. Забрана условног отпуштања за поједине категорије осуђеника у Републици Србији се постепено уводи. До ступања на снагу ЗоИДКЗ на издржавању казне затвора налазила су се и осуђена лица која нису имала право на условни отпуст, које можемо поделити у две категорије.

А) Прву категорију чине *недисциплиновани осуђеници*. Такво решење је прописано у КЗ.[14] Осуђени који је два пута дисциплински кажњаван за тежи дисциплински преступ и коме су одузете посебне погодности не може се условно отпустити. Међутим, ова осуђена лица ће, ипак, једног дана и под одређеним условим моћи да се условно отпусте.[15] Дакле, они могу да се *надају* условном отпусту.

Б) У другу категорију спадају осуђена лица на која се примењује Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.[16] За ове осуђенике *не постоји* нада да ће икада бити условно отпуштени.

Са друге стране, ступањем на снагу ЗоИДКЗ важе и посебна правила које се тичу *условног отпуста* уколико је реч о осуђеним лицима на казну доживотног затвора, и то:

1. Уколико је осуђеним лицима изречена казне доживотног затвора због учињеног таксативно наведеног кривичног дела, та осуђена лица *не могу се никад условно отпустити*. Реч је о следећим кривичним делима: тешко убиство (члан 114. став 1. тачка 9), силовање (члан 178. став 4), обљуба над немоћним лицем (179. став 3), обљуба са дететом (члан 180. став 3) и обљуба злоупотребом положаја (члан 181. став 5).[17] За ову категорију осуђеника *не постоји* никаква нада да ће икада „живи“ изаћи из казненог завода применом института условног отпуста.[18]

---

[13] Milan Cvetanović, Uslovni otpust i praksa u Kazneno popravnom domu u Sremskoj Mitrovici, *Drugo savetovanje Udruženja za penologiju SAP Vojvodine*, Subotica, 1979, 7.

[14] Чл. 46 ст. 1 КЗ.

[15] Након брисања дисциплинске мере из евиденције, под условном да и тада остварује услове за условни отпуст.

[16] Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима*, Сл. гласник РС,* бр. 32/2013.

[17] Чл. 46 ст. 5 КЗ.

[18] Могуће је да ће изаћи „пре смрти“ из затвора – на пример путем помиловања. Међутим, могуће је да ће и ова категорија осуђеника једног дана дочекати слободу и то путем добијања условног отпуста. То је могуће уколико дође до измена КЗ у овом делу, тј. уколико се пропише да сва осуђена лица на казну доживотног затвора имају право на условни отпуст. Овде мислимо на могућу ретроактивну примену повољнијег закона.

2. Уколико је реч о осуђеним лицима на казну доживотног затвора који *могу* да се условно отпусте, логично је да не могу да се условно отпусте по општем правилу – након издржане две трећине казне. Ова категорија осуђеника може да се условно отпусти након издржаних *27 година*.[19]

3. Опште је правило да се сматра да је осуђени издржао казну затвора уколико условни отпуст није опозван, а условни отпуст се *може* опозвати најкасније у року од две године од дана кад је истекао. Правило је да условни отпуст траје колико и сама изречена казна затвора. Међутим, осуђеном на казну доживотног затвора (који *може* да се условно отпусти) условни отпуст *траје* петнаест година од дана када је условно отпуштен.

У Републици Србији се не тако мали број осуђеника *условно отпусти*. Тако је на пример у 2009. години са издржавања казне затвора отпуштено 1735 осуђених лица, од тога 1674 осуђеника и 61 осуђеница.[20] Међутим, овај податак нам говори само о укупном броју условно отпуштених осуђеника, тако да на основу њега не можемо да закључимо колики број осуђеника ће погодити забрана условног отпуста коју је увео ЗоИДКЗ. До тог податка ћемо пре доћи ако погледамо колико је осуђених лица на казну затвора од 30 до 40 година и 40 година. Дакле, ова забрана условног отпуштања погодиће само осуђена лица којима ће бити изречена казна доживотног затвора, што значи, ако посматрамо на пример 2019. годину то је укупно *десет* осуђеника. Дакле, ни ова новина неће погодити велики број осуђеника.

3. УСЛОВНА ОСУДА

Сваки учинилац кривичног дела и свако учињено кривично дело има своје специфичности. Учиниоцу, за којег је у судском поступку утврђено да је крив за учињено кривично дело, због којег је против њега вођен кривични поступак, може се под законом прописаним условима изрећи условна осуда. Казнени заводи у којима се издржава казна затвора су *вештачке средине*, у којима није потребно слати сваког ко учини кривично дело. Условном осудом се често може постићи сврха кажњавања, под условом да се у кривичном поступку утврди да је то могуће и да је оправдано њено изрицање.

Условна осуда, као мера упозорења, је кривична санкција која се најчешће изриче учиниоцима кривичних дела од стране судова, а што потврђују и званични статистички подаци. С тим у вези, приказаћемо како изгледају

[19] Чл. 46 ст. 2 КЗ.

[20] Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину. Доступан на: http://reforma.bezbednost.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/2009-Godisnji-izvestaj-Ministarstvo-pravde-Uprava-za-izvr%C5%A1enje-krivi%C4%8Dnih-sankcija.pdf на дан: 01. 01. 2020.

статистички подаци за период од 2009. до 2018. године, у погледу изрицања условне осуде:[21]

изречена условна осуда по годинама	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
укупан број	23382	12833	18110	17169	17152	18307	19290	17541	17948	16880

Овакав приказ укупног број изречених условних осуда по годинама[22] не даје јасну слику о томе колико се ова санкција често изриче. Јасна слике се види тек када се изврши поређење са другим изреченим казнама, и то пре свега са казном затвора и новчаном казном.[23] С тим у вези, изречена *казна затвора* за исти временски период по годинама изгледа овако:[24]

изречена казна затвора по годинама	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
укупан број	9763	5908	8158	10212	11204	13026	8820	9419	8220	7408

Како би се јасније видело колико се условна осуда изриче у пракси приказаћемо и колико је за исти временски период од стране суда изречено *новчаних казни*.[25]

---

[21] Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019, 63. Доступан на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020.

[22] На основу статистичких података не можемо да закључимо колико је изречено условних осуда са заштитним надзором.

[23] Остале казне и мере упозорења – рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе и судска опомена се знатно ређе изричу у поређењу са условном осудом, казном затвора и новчаном казном.

[24] Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019. стр. 63. Доступан на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020. У овај број урачунате су и казне затвора од 30 до 40 година и казна затвора од 40 година. У овај број није урачуната казна затвора које се извршава у просторијама у којима осуђени станује (тзв. кућни затвор).

[25] Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019. стр. 63. Доступан на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020.

изречена новчана казна по годинама	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	2016.	2017.	2018.
укупан број	6753	2406	3665	3138	3141	3119	2722	2581	2731	2628

Евидентно је да је *условна осуда* кривична санкција која се у пракси *најчешће* изриче. Међутим, број осуђених лица којима ће бити изречена условна осуда применом ЗоИДКЗ[26] биће знатно мањи. Реч је о томе да се ЗоИДКЗ уводе и одређене новине у погледу изрицања условне осуде. Наиме, условна осуда се може изећи под законом прописаним условима. Можемо рећи и да се у два случаја условна осуда *не може* изећи, тј. да постоји *забрана* изрицања условне осуде, и то:

1. У првом случају реч је о тежини учињеног кривичног дела. За кривична дела за које је запрећена „строга казна затвора“ не може се изећи условна осуда. До ступања на снагу ЗоИДКЗ услова осуда није могла да се изрекне за кривична дела за која се могла изећи казна затвора у трајању од *десет година* или тежа казна. Сада, према ЗоИДКЗ услова осуда се не може изећи за кривична дела за која се може изећи казна затвора у трајању од *осам година*[27] или тежа казна. Ова измена ће, заиста, погодити велики број учинилаца кривичних дела, и то оне учиниоце који су учинили кривично дело за које је прописана казна затвора *од осам до десет година*, јер им се не може изећи условна осуда.

С обзиром на наведено, надлежни органи на једноставан начин могу да утврде колико ће се оквирно[28] годишње повећати број *осуђеника* који ће казну затвора издржавати у казненим заводима.[29] То је могуће тако што ће се видети колико су се годишње изрицале условне осуде учиниоцима која су учинила кривична дела за која је била предвиђена казна затвора *од осам до десет* година.

2. Друга забрана се односи на одређену категорију учиниоца кривичног дела. Реч је о *повратницима*. До ступања на снагу ЗоИДКЗ услова осуда није могла да се изрекне ако није протекло више од пет година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена *казна затвора* за умишљајно кривично дело. Сада, према ЗоИДКЗ услова осуда се не може изећи ако

[26] Дакле, то ће бити лица која су *учинила* кривично дело *након ступања* на снагу ЗоИДКЗ.

[27] Нејасно је Образложење ЗоИДКЗ које се тиче условне осуде, у којем се наводи: Овом интервенцијом се врши усклађивање Кривичног законика са Закоником о кривичном поступку, тако што се предвиђа да се условна осуда може изећи само за кривична дела за која је Закоником о кривичном поступку предвиђен скраћени поступак.

[28] Оквирно пре свега из разлога што се и стопа криминалитета мења –повећава/смањује.

[29] Јер ће се и казна затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује изећи у одређеном проценту.

није протекло више од пет година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна *затвора или условна осуда* за умишљајно кривично дело.[30] На овакав начин законодавац је увео забрану[31] изрицања условне осуде. Овакво решење законодаваца ће довести до повећања броја осуђеника у казненим заводима.

И у овом случају надлежни органи би могли на једноставан начин да утврде колико ће се оквирно годишње повећати број *осуђеника* који ће казну затвора издржавати у казненим заводима. То је могуће тако што ће се видети колико је у претходним годинама било учиниоца кривичних дела којима је раније била изречена *условна осуда* због умишљајног кривичног дела, а да од правноснажности осуде није протекло више од пет година.

4. ПОВРАТ

Иако је сврха кривичне санкције, између осталог, утицај на учиниоца да убудуће не чини кривично дело, не тако мали број осуђених лица поново учини кривично дело. Постоје многобројна дефиниције (појмовна одређења) повратa, које се разликује, по правилу, у зависности од науке која га дефинише. Важна околност за индивидуализације кривичне санкције јесте *ранији живот* учиниоца кривичног дела. По правилу се ранији живот учиниоца кривичног дела посматра кроз призму раније (не)осуђиваности, те се узима као олакшавајућа околност уколико је реч о раније неосуђиваном учиниоцу, а као отежавајућа ако је реч о раније осуђиваном учиниоцу. Међутим, ранији живот учиниоца је све остало само не ранија осуђиваност,[32] из разлога што КЗ посебно *уређује и вредније* поврат. Међутим, од 1. децембра 2019. године овакав став се *не може* прихватити, с обзиром на измене и допуне које је увео ЗоИДКЗ. У Републици Србији постоји велики број повратника. Према подацима *затворских власти* у 2008. година на издржавању казне затвора било је више осуђеника *повратника* него *примарних* осуђеника, док је статистика са *осуђеницама* другачија. Примарних осуђеника било је 3576, а повратника 4175. Са друге стране, примарних *осуђеница* било је 131, а оних које су раније биле осуђиване 101.[33]

[30] Може се поставити питање зашто законодавац, када је већ пооштрио услове за изрицање условне осуде, није прописао да се условна осуда *не може* изрећи и у случајевима када је раније била изречена и нека друга казна? Можда је разлог тај, што је законодавац у ЗоИДКЗ одлучио да се у том временском периоду (од пет година), не да „друга шанса“ учиниоцу кривичног дела којем је раније била изречена баш условна осуда.

[31] Може се рећи и да је законодавац пооштрио услов.

[32] До таквог решења се долази на основу одредаба нашег КЗ.

[33] Извор: Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину. Доступан на: http://reforma.bezbednost.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/2009-

До ступања на снагу ЗоИДКЗ, поврат је био *факултативна отежавајућа околност*.[34] Суд је у зависности од одређених околности поврат *могао* да цени као отежавајућу околност, али и у том случају, уколико би постојале и олакшавајуће околности, постојала је могућност да се учиниоцу кривичног дела *ублажи* казна.[35] ЗоИДКЗ уводи значајне новине у погледу поврата, на начин што доноси измене и допуне у погледу обичног и вишеструког поврата и даје им „огроман значај" приликом индивидуализације кривичне санкције.

4.1. Обичан поврат

Иако у теорији постоје различите дефиниције поврата, у кривичном поступку потребно је да се утврди које повратник, а то може бити само оно лице којег Кривични законик идентификује као повратника. ЗоИДКЗ уводи „обавезно вредновање" тзв. *обичног повратa*[36]. *Ако је учинилац кривичног дела*

-Godisnji-izvestaj-Ministarstvo-pravde-Uprava-za-izvr%C5%A1enje-krivi%C4%8Dnih-sankcija.pdf на дан: 01. 01. 2020. Сматрамо да, ипак, са овим подацима треба бити опрезан, јер се поставља питање ко се *све убраја* у повратнике? Да ли су то осуђена лица којима је раније изречена било која санкција или само казна затвора. Такође, према доступном Извештају чини се да је реч о броју осуђених лица која су у току 2008. *примљени* на издржавање казне затвора. Постоји неколико дефиниција поврата. Са криминолошког аспекта, рецидивизам постоји када кривично дело учини лице које је раније учинило кривично дело, без обзира да ли је осуђивано. Према пенолошкој дефиницији, рецидивизам постоји када се једно осуђено лице које је издржавало казну у установи, поново издржава казну у некој од установа за извршење казни. Вид. Milo Bošković, *Kriminologija*, Novi Sad, 2007, 510. Такође, вид. В. В. Городнянская, Структура рецидивной преступности (постпенитенциарный рецидив), *Вестник Томского государственного университета*,| № 335. 2010, 105; И. С. Дроздов, Структура криминологического рецидива осужденных без лишения свободы, *Уголовная юстиция,* № 13. 2019, 125. Надаље, поставља се и питање колико је осуђеника требало да се избрише из казнене евиденције (услед законске рехабилитације), али то није учињено, па се и даље воде као повратници. Интересантно је указати и на следеће податке. У 2018. године било је укупно 29750 осуђених лица, од тога 12680 које су били раније осуђивани. Извор: Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019. стр. 84. Доступан на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020. Међутим, на основу ових података не може да се зна да ли је реч о обичним или вишеструким повратницима.

[34] Поврат има вишеструки значај, и то: кривичноправни, кривично процесни, криминолошки и кривично извршни. Б. Н. Телефанко, Потенциал уголовного наказания и его воздействие на рецидив преступлений, *Уголовная юстиция*, № 2 (6). 2015, 11. Око 50% лица која су први пут осуђена на казну затвора, након издржане казне понове кривично дело. Д. С. Чукмаитов, Рецидив преступлений как важнейший критерий эффективности уголовно-правового воздействия, *Право и государство*, No 2 (63). 2014, 88.

[35] Како наводи проф. Стојановић: нарочито је спорно да ли је дозвољено судско ублажавање казне у случају постојања и неке отежавајуће околности. У принципу, постојање неке отежавајуће околности не искључује примену одредаба члана 56 тачке 3. КЗ. Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009, 276.

[36] У Образложењу ЗоИДКЗ се наводи да је овде реч о *обичном повратu*. Опште је прихваћено разликовање поврата на општи и специјални. Вид. Љубиша Лазаревић, *Коментар*

учињеног са умишљајем раније осуђен за умишљајно кривично дело, суд ће ту околност узети као отежавајућу, ако од раније осуде или издржане казне није протекло пет година. Поврат се вреднује само ако је реч о ранијој осуди за умишљајно кривично дело без обзира на врсту изречене кривичне санкције. Такође, потребно је да је ново кривично дело (кривично дело за које се суди учиниоцу) учињено са умишљајем. Законодавац је водио рачуна и о временском периоду. Само ако није протекло више од пет година од раније осуде или издржане казне поврат се узима као обавезна отежавајућа околност. Осим што је суд у обавези да поврат цени као отежавајућу околност, законодавац је увео и одређене *забране*. Наиме, у том случају суд *не може* изрећи казну испод границе прописане законом или блажу врсту казне, изузев ако закон предвиђа да се казна може ублажити или ако закон предвиђа да се учинилац може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне.[37]

4.2. Вишеструки поврат

ЗоИДКЗ уводи и *вишеструки поврат*, и даје му *највећи* значај приликом индивидуализације казне затвора. Наиме, за кривично дело учињено *са умишљајем*, за које је прописана казна затвора, суд ће изрећи казну изнад половине распона прописане казне под следећим условима:

1) ако је учинилац раније *два пута* осуђен за кривична дела учињена са умишљајем на затвор *од најмање једну годину*. У овом случају се, такође, вреднује само ако су раније учињена кривично дела са умишљајем. Такође потребно је да је раније изречена само казна затвора *од најмање једну годину.*

2) ако од дана отпуштања учиниоца са издржавања изречене казне до извршења новог кривичног дела није протекло пет година.

Свакако да је и пре овакве измене суд могао да изрекне казну затвора изнад половине распона прописане казне, на начин што је ценио поврат као отежавајућу околност приликом индивидуализације казне затвора. Оваквим решењем законодавац смањује судијама могућност за индивидуализацију казне затвора.[38]

Кривичног законика, Београд, 2011, 266-267. У науци се говори и о простом и сложеном поврату (рецидиву). Под простим се подразумева лице које је *једном* раније било осуђено, а по сложеним лице које је два или више пута раније осуђено. И. С. Дроздов, Рецидив как критерий эффективности наказаний, не связанных с лишением свободы, *Уголовная юстиция*, № 11. 2018, 202. Такође, постоје и *опасни поврат* и *посебно опасна поврат*. Вид. Уголовный кодекс Российской Федерации, от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 27.12.2019). чл.18.

[37] Сматрамо да у појединим случајевима иако су испуњени сви услови који су наведени суд не сме да поврат цени као отежавајућу околност. Ради се о томе да само ако је учинилац и даље уписан у *казнену евиденцију* може постојати поврат. Када је осуђени избрисан из казнене евиденције или постоје услови за брисање из ње не може постојати поврат учиниоца, па самим тим ни обавезна отежавајућа околност.

[38] Поставља се питање да ли ова *забрана* и *обавеза* погађа и осуђена лица која су осуђена пре ступања на снагу ЗоИДКЗ или и осуђена лице која су пре његовог ступања на

4.2.1. Како ће поврат утицати на повећање броја осуђеника у казненим заводима?

Имајући у виду чињеницу да у Републици Србији постоји велики број осуђиваних лица, интервенција законодавца у овом делу свакако ће довести до повећање броја осуђеника у казненим заводима. Пре свега због *забране* изрицања казне испод границе прописане законом или блаже врсте казне (када је реч о обичном поврату), и *обавезом* изрицања казне изнад половине распона прописане казне (када је реч о вишеструком поврату). Међутим, ово ће се односити само на осуђена лица која чине кривична дела са *умишљајем*.

ЗАКЉУЧАК

У криминолошкој литератури постоје многобројна различита мишљења о узроцима криминалитета. Постојала су и мишљења о непоправљивим учиниоцима кривичних дела. То су осуђеници који се не могу *поправити*, они ће ако се икада домогну слободе поново учинити кривично дело. Када је у Републици Србији покушано увођење казне доживотног затвора, опет се покренула тема о томе да ли постоје непоправљиви учиниоци кривичних дела. Сада, када је прописана казне доживотног затвора без могућности условног отпуста, чини се неспорним да је *законодавац* прихватио да постоје непоправљиви учиниоци кривичних дела. Те учиниоце треба издвојити из друштва и сместити их у казнени завод, у једну вештачку средину, са други осуђеницима, до краја живота. Међутим, казна доживотног затвора ће погодити мали број осуђеника.

Приликом измена и допуна појединих закона није реткост да се стручној и општој јавности *предочава* да се мењају одређене одредбе важећег закона које су *најважније*. Међутим, о одређеним изменама и допунама закона које су *важније* од оних који су предочени јавности сазна се у току *расправе* у Народној скупштини или тек када се закон објави у Службеном гласнику Републике Србије, док за њих грађани, по правилу, сазнају када закон почне *на њих* да се примењује. С тим у вези, иако је општој и стручној јавности предочено да је најважнија новина увођење казне доживотног затвора, а то је наведено и у Образложењу Закона, остале интервенција законодавца у КЗ, које су биле предмет у овом раду, *погодиће* највећи број учинилаца кривичних дела.

снагу осуђена? Одговор на наше питање се налази у члану 41 ЗоИДКЗ, којим се прописује да за кривично дело које је извршено после ступања на снагу овог закона, учиниоцу тог кривичног дела који је раније осуђиван казна се одмерава применом одредаба чл. 8. и 9. ЗоИДКЗ (одредаба које се односе на обичан и вишеструки поврат).

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Bošković Milo, *Kriminologija*, Novi Sad, 2007.

Городнянская В. В. Структура рецидивной преступности (постпенитенциарный рецидив), *Вестник Томского государственного университета*,| № 335. 2010.

Дракић Драгиша, Милић Иван, О појединим материјалним, процесним и извршним аспектима условног отпуста, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2019.

Дракић Драгиша, Милић Иван, *Основи кривичног извршног права*, Нови Сад, 2019.

Дроздов И. С. Структура криминологического рецидива осужденных без лишения свободы, *Уголовная юстиция*, № 13. 2019.

Дроздов И. С. Рецидив как критерий эффективности наказаний, не связанных с лишением свободы, *Уголовная юстиция*, № 11. 2018.

Лазаревић Љубиша, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2011.

Милић Иван, *Индивидуализација казне затвора – криминолошки, кривичноправни и пенолошки аспекти*, Нови Сад, 2017. (докторска дисертација).

Пихлер Станко, Новеле општих установа у кривичном законодавству (Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005. г.), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2005.

Ристивојевић Бранислав, "Пунитивни популизам" српског законодавца – критичка анализа тзв. Маријиног закона –, *Зборник радова Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу* – 2013.

Ристивојевић Бранислав, Истина као главна жртва англоамериканизације домаћег кривичног права: Дарвинов расад у српској шуми, *LV Саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Златибор, 2015.

Stojanović Zoran, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013.

Stojanović Zoran, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009.

Телефанко Б. Н. Потенциал уголовного наказания и его воздействие на рецидив преступлений, *Уголовная юстиция*, № 2 (6). 2015.

Ћоровић Емир, Казна доживотног затвора (да или не?), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу – *LVIII Редовно годишње саветовање удружења* – Златибор 2018.

Cvetanović Milan, Uslovni otpust i praksa u Kazneno popravnom domu u Sremskoj Mitrovici, *Drugo savetovanje Udruženja za penologiju SAP Vojvodine*, Subotica, 1979.

Чукмаитов Д. С. Рецидив преступлений как важнейший критерий эффективности уголовно-правового воздействия, *Право и государство*, No 2 (63). 2014.

* * *

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, *Сл. гласник РС,* бр. 32/2013.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС,* бр. 35/2019.

Кривични законик, *Службени гласник РС,* бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

Уголовный кодекс Российской Федерации, от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 27.12. 2019).

* * *

Годишњи извештај о раду Управе за извршење кривичних санкција за 2009. годину. Доступан на: http://reforma.bezbednost.org/wp-content/uploads/downloads/2012/09/2009-Godisnji-izvestaj-Ministarstvo-pravde-Uprava-za-izvr%C5%A1enje-krivi%C4%8Dnih-sankcija.pdf на дан: 01. 01. 2020.

Образложење Закона. Доступно на: https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php на дан: 04. 01. 2020.

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2018. – Пријаве, оптужења и осуде – Београд, 2019. Доступно на: https://publikacije.stat.gov.rs/G2019/Pdf/G20195653.pdf на дан: 01. 01. 2020.

Др Иван Д. Милич, ассистент – доктор юридических наук
Новосадский университет
Юридический факультет
I.Milic@pf.uns.ac.rs

Изменения в Общей части Уголовного кодекса

Резюме: *С 1 декабря 2019 года вступил в силу Закон о внесении изменений в Уголовный кодекс. По общему мнению, самое большое нововведение – введение пожизненного заключения. Вопреки этой точке зрения, автор полагает, что другие изменения и поправки в УК затронут наибольшее число лиц, совершивших уголовные преступления, и что число «осужденных в пенитенциарных учреждениях» увеличится.*

Ключевые слова*: Уголовный кодекс, пожизненное заключение, условно-досрочное освобождение, пробация, рецидив преступлений.*

Датум пријема рада: 13.04.2020.

Оригинални научни рад 341.218.4(497.113)“1918“
doi:10.5937/zrpfns54-22964

Др Михајло А. Вучић, научни сарадник
Институт за међународну политику и привреду
mihajlo@diplomacy.bg.ac.rs

ОДЛУКЕ ВЕЛИКЕ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ИЗ ПЕРСПЕКТИВЕ САВРЕМЕНОГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА НА САМООПРЕДЕЉЕЊЕ НАРОДА*

***Сажетак**: Право на самоопредељење народа је у протеклих стотину година развијано кроз низ међународноправних аката али и кроз низ различитих ситуација околности у међународним односима. То је утицало на његов данашњи нормативни садржај који није лишен политичке димензије. Аутор у раду идентификује четири критеријума који су по њему кључни да би се савремено међународно право на самоопредељење могло уживати у свом пуном обиму, То су: континуирано и тешко кршење права народа од стране државних органа, слаба централна власт државе на подручју на којем живи дати народ, стварање сопствених органа власти датог народа које могу да ефективно контролишу дату територију, подршка великих сила. Аутор анализира случај опредељења народа Војводине да се присаједине Краљевини Србији кроз призму ових критеријума и закључује да би са становишта данашњег међународног права ово присајединење било савршено законито.*

***Кључне речи**: самоопредељење, Војводина, међународно право, велике силе.*

1. УВОД

Идеја о праву сваког народа да се самостално определи како ће уредити свој политички, економски, друштвени и правни статус једна је од темељних идеја међународноправног поретка више од једног века. Њен развој пратио

* Рад је презентован на Научном скупу Први век од присајединења: друштвени, политички и правни значај, одржаном 14. децембра 2018. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

је развој међународних односа и друштвено-историјских процеса у свету током целог XX и прве две деценије XXI века.

Са почетком I светског рата дошло је до кулминације процеса распада вишенационалних царевина на простору Европе. Ове царевине су под својим суверенитетом окупљале разнородне друштвене групе, у највећем броју случајева неслободне и невољне да буду део тих државних творевина. Водећи политичари у државама демократског уређења, донекле из идеолошких побуда, донекле јер су схватили да им такви ставови могу донети превагу у ратним напорима, почели су да истичу аргументе да, друштвеним групама које одликује заједничко етничко порекло, језик, култура, религија, мора бити дозвољено да слободно бирају своју судбину, државну припадност и положај на сцени међународних односа.[1] Истовремено, победа савезничке коалиције у Првом светском рату створила је нови распоред снага у међународним односима. На месту победника нашли су се и главни заговорници права на самоопредељење. На тај начин су велике силе обезбедиле јединствену политичку и војну подршку на терену за народе који су одговорили на позив ових примамљивих аргумената. Такође, војни пораз вишенационалних царевина довео је до распада централизоване државне власти и стварања прелазних структура власти потлачених народа, које су у многим случајевима подржаване присуством страних трупа на терену. Новостворене власти отказивале су послушност дотадашњим сувереним властима позивајући се на њихове злочине које су чинили према својим поданицима током рата и непосредно пре њега, као и на сталну дискриминацију и обесправљеност коју су подносили у оквиру дотадашњег друштвено-политичког система.

Са почетком процеса ослобођења народа од колонијалне потлачености, у другој половини XX века, идеја самоопредељења је примењена и на случајеве друштвених група које су се политички и оружано бориле да се ослободе од економске експлоатације, политичке доминације, расне и сваке друге дискриминације од стране колонијалног центра. Слабљење колонијалних сила довело је до њихове фактичке немогућности да контролишу огромне територије, и пораза у ратовима које су водили против ослободилачких покрета. Истовремено, две највеће силе тог доба, САД и СССР, подржавале су

[1] Према речима Келија, филозофија и политика самоопредељења у ери I светског рата била је истовремено и револуционарна правна теорија и инструмент за остварење интереса великих сила. Кели у свом делу – Michael J. Kelly, „Pulling at the Threads of Westphalia: „Involuntary Sovereignty Waiver'? Revolutionary International Legal Theory or Return to Rule by the Great Powers?", *Journal of International Law & Foreign Affairs* 10(2)/2005, 361, описује како су политички лидери попут америчког председника Вудроа Вилсона или бољшевичког вође Владимира Лењина користили реторику начела самопредељења за постизање дијаметрално супротних циљева, један да би довео своју земљу до победе у рату и притом дестабилизовао политичке ривале, други да би своју државу бацио на колена и преузео политичку власт.

ослободилачке покрете, јер саме нису имале колоније. Тиме су слабиле своје потенцијалне европске ривале и истовремено рачунале на проширење сфере утицаја у новоформираним самосталним државама Азије, Африке и Латинске Америке.

Процес деколонизације се у једном тренутку завршио, али бројне мањинске групе у постојећим сувереним државама нису престале да оспоравају територијални интегритет својих државних матица. Нестабилност међународних односа коју су овакве активности узроковале претила је да доведе до нарушавања међународног мира и безбедности. Из тог разлога право на самоопредељење је морало некако да се ограничи. Правна теорија и међународна судска пракса дошле су до решења у виду рашчлањивања појма самоопредељења на два његова облика, унутрашње и спољашње самоопредељење.[2] Право на унутрашње самоопредељење према том схватању уживају сви народи, и оно се исцрпљује признавањем и остваривањем широког корпуса мањинских права у оквиру суверених држава који гарантује тим мањинама њихову културну, друштвену, политичку, језичку и верску самобитност. Све док та права не буду повређена од стране државних органа власти, сматра се да ти народи нису дискриминисани и да немају права да угрожавају територијални интегритет матичне државе. Право на спољашње самоопредељење уживају сви дискриминисани народи, чија основна права трпе тешке и континуиране повреде од стране државних органа власти. Међународно право таквим народима теоретски даје могућност да се отцепе од државе која врши повреде њихових права и да прогласе своју независност, или да се присаједине другој држави, обично оној у којој живи језгро њихове етничке групе.

---

[2] Комисија правника коју је основало Друштво народа између два светска рата бавила се питањем Аландских острва и домородачког становништва ових острва под суверенитетом Финске. Становништво је желело да се отцепи од Финске и да се присаједини Шведској. Комисија је у свом извештају констатовала да становништво Аландских острва има право на културну и политичку аутономију у оквиру Финске, али не и право на отцепљење, „The Aaland Islands question. Report of the Committee of Jurists“, *League of Nations Official journal* 3/1920, 3-19; Један од највећих међународноправних ауторитета за питања самоопредељења, Мајкл Шарф, констатовао је у свом делу – Michael P. Scharf, „Earned Sovereignty: Juridical Underpinnings“, *Denver Journal of International Law and Policy* 31/2003, 379 – да постоје различити појавни облици права на самоопредељење у које сврстава аутономију, самоуправу, слободно удруживање и као крајње средство, отцепљење. Унутрашњи судови који су се изјашњавали о праву на самоопредељење такође подржавају ово схватање. Тако, на пример, Врховни суд Канаде, у оцени права становништва провинције Квебек на отцепљење од Канаде, констатује да се мора повући линија разликовања између права на унутрашње самоопредељење које народ Квебека може да изведе у границама савезне државе Канаде, и права на спољашње самоопредељење које би подразумевало и сецесију, види Врховни суд Канаде, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Кажемо теоретски, јер је оваква правна логика у пракси сложених међународних односа тешко примењива. Један правник, који повлачи линију између унутрашњег и спољашњег права на самоопредељење, према овој правној формули само треба да баци поглед на списак повреда мањинских права неке етничке групе од стране државних органа и да закључи да су испуњени услови да унутрашње самоопредељење може да прерасте у отцепљење. Међутим, многи су случајеви у којима су мањинске групе указивале на тешка кршења својих права, покушале да се изборе за своју независност, али су притом наишле на потпуно неразумевање, па чак и отворену опструкцију од стране међународне заједнице.[3] Са друге стране, постоје мањинске етничке групе које су уживале веома широка и међународним стандардима адекватна мањинска права, кршена само ради борбе државних органа против терористичких акција радикалних група у оквиру тих мањина, али је њихово право на спољашње самоопредељење привукло значајну подршку међународне заједнице и на крају успешно реализовано.[4]

---

[3] Кастелино наводи да је поготово то случај са домородачким народима обе Америке. Ове етничке групе су изгубиле своје традиционалне територије, биле потиснуте на друштвене маргине и дискриминисане од стране новоформираних држава на америчким континентима. Међутим, њихова дефиниицја народности није се уклапала у појмове „народа под колонијалном доминацијом“ Европе XX века. Зато су сви њихови покушаји да се политички изборе за отцепљење остали без подршке великих сила. Наравно, централна власт држава у којима су се налазили поменути народи била је више него снажна да се одупре њиховим слабашним и углавном мирољубивим покретима за отцепљење, види Joshua Castellino, „Territorial Integrity and the “Right” to Self Determination: An Examination of the Conceptual Tools“, *Brooklyn Journal of International Law* 33(2)/2008, 556-557.

[4] Не морамо да идемо много далеко у давању примера. Случај Аутономне покрајине Косова и Метохије је више него очигледан доказ ове праксе. Ако се послужимо страним ауторитетима који су се бавили том темом, видимо да, иако они тврде да је режим Слободана Милошевића тешко кршио права албанске мањине на територији Космета, то није било довољно за испуњење критеријума за спољашње самоопредељење. Разлоге налазе у чињеници да је Милошевићев режим био недемократски, те да је и сам свргнут са власти демократским променама, након којих су сва права Албанаца, привремено укинута ради обрачуна са терористима у њиховим редовима, била враћена. Милошевићев режим је био само привремена, тероризмом и недемократским карактером власти условљена, епизода кршења права Албанске мањине, али и већинских етничких Срба, која се временски налазила између периода потпуног уживања свих мањинских права Албанаца у оквиру Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, и несумњиво испољене жеље нове демократске владе да постигне споразум са локалним албанским властима који би поново остварио сва загарантована мањинска права. До остварења те жеље није дошло, међутим, због снажне подршке дела међународне заједнице једнострано проглашеној независној држави Косово и окупације територије Космета од стране међународних војних снага које су онемогућиле законито деловање централних органа власти Републике Србије. Види Milena Sterio, „The Kosovar Declaration of Independence: „Botching the Balkans” or Respecting International Law?”, *Georgia Journal of International & Comparative Law* 37(2)/2009, 287-288

Сматрамо да је, зато, потребно садржински проширити дефиницију права на спољашње самоопредељење критеријумима који нису чисто правни, како би се избегла дефиниција која нема упоришта у реалном животу међународних односа. Према томе, није довољно само показати да је постојало континуирано и тешко кршење права једне етничке групе од стране државних органа власти. Потребно је да та државна власт више не може делотворно да контролише територију на којој живи дата етничка група, дакле да свој номинални суверенитет не може реално да оствари на тој територији. Потребно је, такође, да се услед вакуума слабе државне власти на том простору створе делотворни изворни органи власти саме етничке групен који су подржани у одређеној мери структурама власти које ствара међународна заједница. Коначно, али и најважније, потребно је да борба за право на спољашње самоопредељење ужива подршку најважнијих држава међународне заједнице, оних које обично називамо „великим силама“.

Идеја нашег рада је да применимо ову нормативно-политичку дефиницију права на спољашње самоопредељење на случај одлука које је донела Велика народна скупштина Срба, Буњеваца и осталих Словена у Банату, Бачкој и Барањи у Новом Саду 25. новембра 1918. године, којима је проглашено отцепљење Баната, Бачке и Барање од Угарске и истовремено присаједињење Краљевини Србији. С обзиром да се у овом случају радило о остваривању права на народно самоопредељење у виду отцепљења од дотадашње државе под чијим суверенитетом су ови народи били (Аустро-угарске монархије, односно Угарске), желимо да покажемо да је овај чин отцепљења био у потпуном складу са савременим и реалним схватањем права на самоопредељење као норме међународног права и чињенице међународних односа, с обзиром да је испуњавао све наведене критеријуме. Због тог оствареног склада, овај чин је од великог историјско-правног значаја, јер је већ на почетку развоја концепта самоопредељења у међународноправном поретку поставио преседан према коме су се могли равнати сви будући успешни случајеви остваривања права на спољашње самоопредељење.

Рад је подељен на неколико целина. У првом делу ћемо изложити зашто у досадашњем развоју права на самоопредељење није постигнута јасна дефиниција његове правне садржине (2.1.) и кроз примере успешних и неуспешних отцепљења показати како су ванправни критеријуми у крајњој линији ти који одлучују о успешности или неуспешности једног акта отцепљења да добије потврду у међународном праву (2.2). У другом делу ћемо показати кроз студију случаја права на самоопредељење Срба, Буњеваца и осталих Словена који су живели под суверенитетом Аустро-Угарске на подручју Баната, Бачке и Барање, како су критеријуми наше дефиниције били испуњени у датом случају и како је са становишта савременог међународног права и реалности међународних односа, овај акт био савршено легалан и легитиман.

2. ТЕОРИЈА И ПРАКСА ПРАВА НА СПОЉАШЊЕ САМООПРЕДЕЉЕЊЕ

2.1. Дефиниција права на самоопредељење у међународном праву

Како истиче Бурсаћ, „у теорији се ретко срећу дефиниције права на самоопредељење, иако, по правилу, аутори у својим радовима садрже одељак под насловом дефиниција или садржина права на самоопредељење народа“.[5] Ми у овом раду постављамо дефиницију права на спољашње самоопредељење, „које укључује право народа да слободно одлуче о свом међународном статусу ... да створе сопствену суверену и независну државу, да се удруже са постојећом сувереном државом или присаједине постојећој сувереној држави (зависно од тога да ли је у питању савезна или унитарна држава), или успоставе било који други политички поредак по свом слободном избору“.[6] Право на спољашње самоопредељење је из политичког принципа прерасло у правну норму доношењем Повеље УН, а коначно се уобличава усвајањем Декларације о давању независности колонијалним земљама и народима (1960), Међународних пактова о људским правима (1966) и Декларације о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу с Повељом УН (1970). Међутим, садржина ових правних докумената предвиђа да је отцепљење у складу са међународним правом само ако се врши од стране колонијалних народа или народа који су подвргнути страном потчињавању, доминацији или експлоатацији. С обзиром да су Срби и остали словенски народи населили већ постојеће државне структуре Угарске, које су потом прогласили отцепљеним, очигледно да се ова два случаја не могу применити на Одлуке Велике народне скупштине.

Да ли то значи да је отцепљење као израз права на спољашње самоопредељење у свим другим случајевима противно међународном праву? То питање захтева испитивање околности конкретног случаја, јер неке опште норме о томе у међународном праву немамо. Оно што је сигурно је да ниједним међународноправним извором отцепљење није забрањено.[7] Одлуке Велике Народне скупштине су заправо у контексту међународног права биле израз такозване „ремедијалне сецесије“ или „сецесије из нужде“, која даје народу, чије је политичко представљање у оквиру постојеће владе суверене државе ускраћено, право да се од те државе отцепи.[8] Сецесија из

[5] Slobodanka Bursać, „Pravo na samoopredeljenje naroda“, *Međunarodni problemi*, 62(2)/2010, 277.

[6] Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 106.

[7] Theodore Christakis, „Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea“, *Heidelberg Journal of International Law* 75/2015, 91.

[8] О ремедијалној сецесији види више код James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 118-120.

нужде се не помиње у међународноправним документима изричито, али у државној пракси она је врло заступљена. У случају отцепљења Крима од Украјине, Русија је више пута истицала како је у питању остварење изворног права на самоопредељење народа Крима, права које је предвиђено Повељом УН и осталим међународним изворима које смо горе навели.[9] Русија је изнела и тумачење по коме се право на отцепљење из нужде може извести из Декларације о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава, која се сматра обичајним међународноправним извором. У начелу V, ставу 7. Декларације се наводи:

> „Ништа у претходним ставовима неће бити тумачено тако да овлашћује или подстиче било какву акцију која би имала за циљ да разори, потпуно или делимично, територијални интегритет или политичко јединство суверених и независних држава које се понашају у складу са начелима равноправности и самоопредељења народа формулисаним горе и којима отуда управља влада која представља целокупан народ територије без обзира на разлике у раси, вери или боји коже“.

Русија је сматрала да сецесија из нужде може да се изведе као начело из ове формулације јер се њом условљава начело територијалног интегритета које самоопредељењу стоји директно супротстављено. Тумачењем аргументом *a contrario* може се тврдити да ово начело значи да државе које не поштују право на унутрашње самоопредељење свог становништва губе право на поштовање територијалног интегритета. Губљење права на поштовање територијалног интегритета доводи до легализације једностраног отцепљења.

Тумачење које је Русија изнела у случају Крима заснива се на богатој литератури у правној теорији која подржава ремедијалну сецесију.[10] Међутим, такав став у конкретном случају нису пратиле остале велике силе.[11]

У правној теорији се често наводе три услова која морају да се испуне да би се прибегло ремедијалној сецесији: централне власти суверене државе морају упорно одбијати датом народу право на учешће у влади; колективна народна права тог народа пролазе кроз континуирани процес масовног и систематског кршења; околности које владају у држави искључују сваку

[9] T. Christakis, 80.

[10] Таква схватања је заступао још Бухајт, Lee C. Buchheit, *Secession: the legitimacy of self-determination*, Yale University Press, Yale, 1978; Simone F. van den Driest, „Crimea's Separation from Ukraine: An Analysis of the Right to Self-Determination and (Remedial) Secession in International Law“, *Netherlands International Law Review* 62(3)/2015, 329–363, даје преглед свих аутора који стоје на овом становишту.

[11] Само је неколико држава света признало отцепљење и присаједињење Крима Русији – Јерменија, Никарагва, Авганистан, Киргистан и Демократска Народна Република Кореја.

могућност налажења мирног решења спора у оквиру постојеће државне структуре.[12] По речима Бјукенена:

> „морално је оправдано бранити се против кршења основних људских права. Када је једина алтернатива трпљењу злоупотреба и неправди сецесија, тада право жртава да се бране има јачу правну снагу од права државе на територијални интегритет, што им даје морално оправдање да се заједнички отцепе“.[13]

У правној теорији нема јасних упутстава како се ови критеријуми примењују у пракси. Ни Међународни суд правде у свом Саветодавном мишљењу о једнострано проглашеној независности Косова није допринео тумачењу ових критеријума.[14] Чини се да је правна садржина концепта самоопредељења намерно остављена у магли, јер се тиме државе, као ствараоци међународног права, штите од могућности да им буде нарушен територијални интегритет и суверенитет. Уместо стварања једног јасног општег правила, које би предвидело правно примењиве критеријуме када је право на спољашње самоопредељење, које укључује и отцепљење, дозвољено, а када не, међународна заједница се у неколико случајева покушаја отцепљења са позивањем на самоопредељење понашала различито, у зависности од околности самог случаја.

---

[12] Antonio Cassese, *Self-determination of Peoples*, Cambridge university Press, Cambridge, 1995, 119.

[13] Allen Buchanan, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 354.

[14] О разлозима за оклевање Суда и дометима овог саветодавног мишљења види Duško Dimitrijević, Ivona Lađevac, Mihajlo Vučić, „Preduzete aktivnosti u UN oko rešavanja pitanja KiM“, *Međunarodni problemi*, 64(4)/2012, 447-451. Аутори наводе како је у овом мишљењу Суд прибегао техници тзв. површинског отклањања спора: „Наиме, у ситуацији када у међународној заједници постоји широка подељеност око питања која су обухваћена спором, а од њиховог решавања зависи статус великог броја чланова међународне заједнице, Суд по правилу не улази у суштину спора“, а суштина је била у одређивању важења критеријума права на сецесију. „С обзиром на садржај усвојеног саветодавног мишљења, произлази да се Међународни суд правде није бавио испитивањем оправданости разлога који су довели до унилатералног проглашења независности Косова. Суд није расправљао о питањима легалности последица тог једностраног чина, нити је расправљао о постојању државности Косова и правним ефектима његовог међународног признања. Још мање се Суд бавио меритумом спора који постоји између Србије и привремених косовских институција о питањима попут, могућности остваривања права на самоопредељење Албанаца са Косова и Метохије односно, о могућности отцепљења јужне српске покрајине од Србије. Како су наведена питања превазилазила оквир питања постављеног унутар захтева Генералне скупштине, Суд је сву пажњу усмерио на утврђивање чињеница о легалности декларације о независности Косова. Крећући се искључиво у наведеном правцу, Међународни суд правде прихватио је становиште да декларација о једностраном проглашењу независности не мора бити у директној колизији са међународним правом уколико се њоме утврђују наведена права“.

2.2. Право на спољашње самоопредељење у пракси међународних односа

Поменули смо већ случај Крима. Руски народ на тој територији Украјине решио је да путем референдума прогласи своје отцепљење од Украјине, да би се потом присајединио Руској Федерацији као нова федерална јединица. Проглашење отцепљења је дошло као реакција на државни удар у Украјини, који је на власт довео владу која је дискриминисала руско етничко становништво Украјине, те су се грађани Крима, оправдано уплашени за своје животе и безбедност, обратили Русији за помоћ. Дакле, чин отцепљења је заправо био чин превенције и не може се никако говорити о неком континуираном и масовном кршењу људских права становника Крима. Наравно, Русија није пропустила прилику да обезбеди, путем инкорпорације Крима, своје политичке и војне интересе. Остале велике силе, као што смо поменули, и даље поштују територијални интегритет Украјине и не признају овај чин.

У случају једнострано проглашене независности Косова, дошло је до расцепа у међународној заједници готово на две половине. С обзиром на рат и блокаду преговора између приштинских локалних власти и централних државних власти Републике Србије, косовска независност је дошла као искључиво једностран чин, који су прихватиле само оне велике силе које су истовремено и извршиле агресију на територију Србије, како би је приморале на уступке косовским Албанцима. Русија и Кина, као сталне чланице Савета безбедности УН и две нуклеарне глобалне силе, нису признале једнострано проглашену независност, као и Шпанија, једна од значајних чланица Европске уније и многе друге државе, регионалне силе широм света. Косово тако егзистира у једном правном лимбу, где му се ускраћује могућност чланства у УН и осталим релевантним међународним организацијама.

Пример Јужног Судана показује како је споразум између матичне државе и отцепљене територије легитимизовао сецесију. 2011. године је проглашена декларација независности Јужног Судана од државе Судан, која је уследила након дуготрајног и тешког грађанског рата у коме се становништво Јужног Судана оружано изборило за своју независност. Судан је на крају у виду међународног уговора са Јужним Суданом признао ову независност.[15] Све велике силе су подржале независност Јужног Судана.

Пример Абхазије и Јужне Осетије је сличан случају Крима. Две провинције Грузије већ дуги низ година у пракси функционишу као независне. Грузија је покушала 2008. да их врати под свој суверенитет, али се тај покушај неславно завршио јер је Русија, која признаје независност ове две

[15] Види више код Solon Solomon, „The Quest for Self-Determination: Defining International Law's Inherent Interstate Limits", *Santa Clara Journal of International Law*, 11(2)/2013, 409.

провинције, војно реаговала, уз изговор да грузијске власти врше геноцид над њиховим народом.[16] Осим Русије, ниједна друга велика сила не подржава независност ове две провинције, па иако оне потпуно контролишу своју територију, а грузијске власти одавно немају приступ тој територији коју сматрају својом, није им допуштено да постану чланице УН, или на било који други начин добију легитимно признање од међународне заједнице.

Источни Тимор је насилним путем присаједињен Индонезији 1976. године. Пре тога, ова провинција била је португалска колонија. Међународна заједница је одмах осудила анексију Источног Тимора, јер је индонежанска војна управа довела до масовних и распрострањених кршења људских права и међународног хуманитарног права. Више од 60.000 грађана Источног Тимора је изгубило живот током окупације. Уједињене нације су се умешале у организацију референдума 1999. којим се Источни Тимор отцепио од Индонезије. На основу Резолуције 1264 СБ УН у Источни Тимор је послата мисија плавих шлемова. 2002. године Генерални секретар УН Кофи Анан је пренео овлашћења управе на изворне државне власти Источног Тимора и отада је ова земља стекла своју пуну независност. Неколико месеци касније она је примљена у УН као пуноправни члан.[17]

Како видимо, од свих наведених примера, једине неспорне ситуације вршења права на спољашње самоопредељење су биле оне у којима је постојало претходно континуирано и масовно кршење људских права народа који се отцепио од централне власти, у којима је државна власт фактички изгубила свој суверенитет на отцепљеном подручју пре самог чина отцепљења, у којима су се локални органи власти успели да наметну као фактички суверени (увек уз помоћ споља), и у којима велике силе нису имале разлога да акт самоопредељења оспоравају. Те услове испуњавају од наведених случајева само Источни Тимор и Јужни Судан. Косово не испуњава услов масовног и континуираног кршења људских права, није успело да се наметне као фактички суверено на целини отцепљене територије, и нема признање свих великих сила. Абхазија и Јужна Осетија такође не испуњавају услов масовног и континуираног кршења људских права и немају признање великих сила осим Русије. Случај Крима је донекле посебан, јер је Крим практично отет од стране велике силе другој држави. Иако не постоји услов масовног и континуираног кршења људских права, једини начин да се инкорпорација Крима у Русију оспори била би војна интервенција других великих сила против Русије која би подржала успостављање суверенитета Украјине на Криму. За тако нешто, услови још нису зрели. Међутим,

[16] Види више код Milena Sterio, „On the Right to External Self-Determination: Selfistans, Secession, and the Great Powers' Rule", *Minnesota Journal of International Law* 19/2010, 166-168.

[17] Подаци преузети из: Jani Purnawanty, „Various Perspectives in Understanding the East Timor Crisis", *Temple International & Comparative Law Journal* 14/2000, 61-65.

остаје чињеница да су ЕУ и САД увеле санкције Русији због овог чина, док је Кина остала неутрална. Ова анализа потврђује нашу хипотезу да је отцепљење као акт вршења права на спољашње самопредељење у складу са међународним правом само ако испуњава сва четири услова која смо дефинисали.

3. ПРИМЕНА КРИТЕРИЈУМА ПРАВА НА САМООПРЕДЕЉЕЊЕ НА ОДЛУКЕ ВЕЛИКЕ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ

3.1. Политичка дискриминација и кршења права Срба и осталих словенских народа

Српски народ је на територију данашње Војводине дошао као организована етничка, политичка и верска целина крајем XVII века.[18] Током векова боравка на тлу тадашње Угарске, код њега је сазревала свест о свом посебном положају која се постепено уобличавала у политички програм. „Инвитаторија“ цара Леополда I је послужила Србима као правни основ да затраже територијалну и политичку аутономију и признавање Леополдових привилегија на целом подручју који су населили, а који ће ући највећим делом у састав данашње Аутономне покрајине Војводине. Са друге стране, државни органи Угарске „нису признавали српске привилегије, тумачећи их као нелегитимне, односно, издате мимо Угарског сабора“.[19] Угарска држава је признавала Србе само као верску заједницу, „чиме је остала неиспуњена њихова основна тежња да остваре националну и политичку равноправност у Монархији ... „то је заузврат Бечком двору остављало могућност да, по потреби, мења смисао појединих привилегија и да их најзад и фактички обеснажи“.[20]

У време буржоаских револуција широм Европе средином XIX века и српски се народ одлучио да иступи као самостални политички чинилац. На Мајској скупштини, одржаној у Сремским Карловцима, од 13. до 15. маја 1848. године, српски народ је донео одлуку о стварању Српске Војводовине, на темељу слободе и савршене једнакости.[21] Мађарски државни органи су покушали да у крви угуше овај политички излет српског народа. Грађански

[18] Славко Гавриловић, „О борби Срба у Хабзбуршкој монархији за политичко-територијалну аутономију 1690-1850“, *Присаједињење Војводине Краљевини Србији 1918*, Нови Сад, 1993, 31.

[19] Стеван Симеоновић-Чокић, „Српске привилегије“, *Војводина*, II, Нови Сад, 1939, 57.

[20] *Ibid*, 63-68. Тако је, рецимо, у време Марије Терезије расформирана народна самоуправа у Војној крајини, поједине крајине биле су и потпуно укинуте, а самоуправа српског народа сведена само на црквено-школски домен.

[21] Василије Крестић, *Српско-хрватски односи и југословенска идеја у другој половини XIX века*, Београд, 1988, 84.

рат, у коме су Срби имали подршку бечког двора, завршен је доношењем Царског патента, 18. новембра 1849, којим је образована посебна област, круновина, под називом „Војводство Србија и Тамишки Банат“.[22]

Уследио је период изразите германизаторске политике бечког двора када су за гувернере Војводства постављани искључиво Немци, а немачки је, као званични језик, уведен у администрацију и школство. Коначно, Царским решењем од 27. децембра 1860. године укинуто је Војводство Србија и Тамишки Банат и припојено Угарској, осим румског и илочког среза, који су припали Хрватској. Отада почиње изразита мађаризација српског и других словенских народа на подручју данашње Војводине која се огледала посебно у Закону о народностима, усвојеном у Парламенту Краљевине Угарске 1868, према коме „сви грађани сачињавају у политичком погледу једну јединствену и недељиву угарску націју...“.[23] Коначно, на предлог мађарске владе, 1912. године је цар Фрања Јосиф I ставио ван снаге готово све прописе које су донели црквено-народни сабори и тиме укинуо српску црквено-школску аутономију. Укидање црквено-школске аутономије учврстило је уверење словенских народа на подручју данашње Војводине да „решење свог националног питања и гаранцију свог националног опстанка морају тражити ван граница Хабзбуршке монархије – у оквирима Краљевине Србије“.[24]

Уочи избијања I светског рата, административно-територијална подела Угарске делила је српски етнички простор Барање, Бачке и Баната на Барањску жупанију (са седиштем у Печују), Бачко-Бодрошку (са седиштем у Сомбору), Торонталску (са седиштем у Великом Бечкереку) и Тамишку (са седиштем у Темишвару). Посебан статус имали су слободни краљевски градови, у рангу жупаније, којима је управљао посебни велики жупан и градови у рангу среза који су били под непосредном влашћу великог жупана оне жупаније у чијем су саставу били.[25] Одмах по избијању рата, аустроугарске власти су, у склопу своје ратне политике према Краљевини Србији, а због испољених патриотских схватања српског живља на овим територијама, прибегле организованим, масовним и тешким повредама мањинских права Срба и других словенских народа – забраниле су рад свих мањинских опозиционих партија, укинуле су им штампу и обуставиле активности културних и других удружења. Монтираним судским процесима, несразмерним казнама за политичка кривична дела и другим мерама прогона елиминисане су из јавног национално-политичког живота многе истакнуте личности мањинских народа.

---

[22] *Ibid*, 84.

[23] Милорад Екмечић, *Стварање Југославије 1790-1918*, Београд, 1989, 155.

[24] Чедомир Попов, Јелена Попов, *Аутономија Војводине – српско питање*, Сремски Карловци, 2000, 32.

[25] Миленко Палић, „Преглед административно-територијалних промена у Војводини 1918-1941“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 38/1964, 127-130.

Након првобитних успеха војске Краљевине Србије дошло је, у садејству са савезничким командама, до офанзивних упада појединих српских јединица на територију Срема, Након пораза у бици на Легету, дошло је до повлачења и поновног преузимања контроле редовних аустро-угарских власти над овим пределима. Уследили су тешки ратни злочини према цивилном становништву у виду освете за њихово одушевљено прихватање српске војске. Међутим, карактеристично је да ратни злочини нису вршени спонтано, већ организовано и масовно како би се становништво Срема спречило да убудуће поново пружи добар мостобран офанзивним дејствима српских снага, али и да су територијално захватили и просторе Бачке и Баната. То све заједно говори да су ратни злочини над цивилима Србима и другим словенским мањинама током рата били само наставак политике дискриминације аустро-угарске државе.[26]

На основу наведених података се види да је до кршења мањинских права српског и других народа словенског порекла на територији Баната, Бачке и Барање долазило у једном временском континуитету од неколико векова. Наравно, стање поштовања мањинских права је имало своје успоне и падове, али након оснивања Аустро-Угарске и укидања војних крајина, када су ови народи одслужили своју сврху војних чувара царевине, дошло је до убрзаног и насилног укидања свих институција политичке самоуправе, етничке и верске самобитности, а коначно током I светског рата и личне и имовинске безбедности. У складу са тим био је испуњен први услов законитости вршења права на спољашње самоопредељење који се састоји у тешком кршењу права једне етничке групе од стране државних органа власти.

3.2. Распад државне власти Аустро-угарске монархије

Аустро-Угарска монархија током целе ратне 1918. године делује као тешки болесник на издисају. Клецала је, исцрпљена ратним напорима, привредним, друштвеним и политичким недаћама, постајала све дезорганизованија, док су политичке прилике у покрајинама насељеним живљем словенског

[26] Током „крвавог септембра“ 1914. године у Срему, Бачкој и Банату су изгубили животе на стотине Срба. Потом је тај број само повећаван деловањем преких судова, или од последица интернације. Преживели су свакако пролазили кроз прогон, пљачкање и уништавање имовине. Села су била паљена систематски и у потпуности. Уништавано је културно наслеђе, па је тако страдао и чувени фрушкогорски манастир Фенек. У наставку ратних операција током 1915. године примењена су и „превентивна пресељења“ дуж целе границе са Србијом, али и у дубини војвођанске територије. Становништво тада одведено у интернацију није пуштано све до краја 1917. године. Види за детаљан приказ страдања српског народа у Срему и другим областима АП Војводине, Тоша Искруљев, *Расīеће срīскоī народа у Срему 1914.*, Прометеј, Нови Сад, 2014.

порекла постајале све нестабилније.[27] Револуција је стајала на прагу. Немачки потпуковник Ото Ландфрид је писао како „југословенско становништво пограничних покрајина Монархије постаје опасно“ под утицајем победа српске војске на Солунском фронту.[28] И други војно-политички званичници двогубе монархије шаљу узнемирујуће извештаје са терена: „претња револуције је распрострла своју сенку по целој земљи“ (Карл Дитрих); „у областима северно од Дунава насељеним Србима дошло је до побуњеничких покрета услед српских успеха“.[29]

Паралелно са све већим расулом царско-краљевских власти, формирају се изворни органи самоуправе. На целој територији коју насељавају Јужни Словени долази до формирања „народних вијећа“, која израстају у нове органе власти.[30] На иницијативу члана Радикалне странке Јаше Томића, за територију данашње АП Војводине формира се Велики народни одбор, као носилац националног покрета и својеврсна народна управа. Стратешки задатак Одбора било је организовање слободно изабране народне скупштине која ће одлучити о судбини српског народа у Војводини, на основу права самоопредељења. Српски народни одбор је успео да својом политичком акцијом обухвати већину словенског живља у Војводини – Словаке, Буњевце, Русине, Шокце и Хрвате. У анархичним околностима распада монархије, Одбор је покушавао да сачува ред и имовину, јер се на мађарске војне и полицијске јединице више није могла ослонити ни сама угарска власт. У ту сврху организована је Народна стража, а затим и српска војна полиција.[31] 25. новембра 1918. је Српски народни одбор окупио Велику народну скупштину у Новом Саду на којој је одлучено да се Банат, Бачка и Барања на основу узвишеног начела народног самоодређивања сматрају отцепљеним, како у државно-правном, тако и у политичком и привредном погледу од Угарске. На Скупштини је изабран Народни савет који ће „до коначног организовања наше државе управљати по могућности према постојећим законима и законитим наредбама“. На седници Великог народног савета 27. новембра изабрана је Народна управа за Банат, Бачку и Барању, као орган извршне власти.[32]

---

[27] Андреј Митровић, „Ка југословенској држави“, *Историја српског народа*, VI-2, Српска књижевна задруга, Београд, 1994, 246.

[28] *Ibid*, 248.

[29] *Ibid*.

[30] Bogdan Krizman, *Raspad Austro-Ugarske i stvaranje jugoslavenske države*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.

[31] Драго Његован, *Присаједињење Војводине Србији*, Нови Сад, 2004, 221-225.

[32] Цитате из одлука Велике народне скупштине наводимо према „Записник о раду Велике народне скупштине 25. новембра 1918.“, *Присаједињење Срема, Баната, Бачке и Барање Србији 1918* (ур. Драго Његован), 41-46.

Званичне државне власти Аустро-Угарске нису прихватиле одлуке Велике народне скупштине, оспоравале су законитост њеног рада и залагале се за очување територијалног интегритета Угарске. Настао је период двовлашћа, при чему је мађарска влада настојала да сачува своју управу, судство и школство, да и даље користи привредне потенцијале овог подручја, да наплаћује порезе, па чак и да обавља регрутацију за своју војску. Суспензије мађарских чиновника, због одбијања да положе заклетву Народној управи, влада у Будимпешти сматрала је незаконитим, па је чак именовала функционере са статусом владиног комесара који су јој били директно подређени. Очигледно да и поред континуираних и масовних кршења права мањинског становништван које је довело до проглашења отцепљења, званичне државне власти нису биле спремне да признају да самоопредељење може да претегне над државном сувереношћу и интегритетом државне територије. Било је потребно да дође до спољног подстицаја за тако нешто.

3.3. Спољна подршка

Спољнополитичке околности у времену распада државних органа Аустро-угарске и паралелном стварању изворних народних органа на територији Баната, Бачке и Барање биле су сложене и противречне. Са једне стране, младој и независној државној формацији која се стварала претиле су претензије суседа. Румунија је претила да војном акцијом осигура за себе подручје Баната све до Тисе. Са друге стране, разбијене аустријске и мађарске трупе су се и даље налазиле на терену и претиле су да успоставе нове облике државне власти која би спречила остварење права на самоопредељење словенских народа.[33] Непостојање сопствених оружаних снага онемогућавало је пружање довољног отпора таквим изазовима.

Истовремено, главнокомандујући савезничких снага на Балкану, француски генерал Депере, је 30. октобра 1918. наложио да се одређене српске јединице пребаце преко Саве и Дунава како би се свету могло саопштити да су Антантине трупе прешле на тло Аустро-Угарске.[34] Врховна команда Краљевине Србије је 31. октобра поступила по наређењу, те је пребацивање трупа започето у данима 3. и 4. новембра. До краја новембра српска је војска посела линију Темишвар – Арад- река Мориш – север Суботице – север Баје. Војвода Мишић у својој наредби образлаже разлоге операција као изражавање интересовања за земље у којима живи српски елемент, јер је то историјско право и дужност Краљевине Србије према становништву тих земаља.[35] Такође, само становништво тих земаља је почело да упућује позиве српској

[33] А. Митровић, 251.
[34] *Ibid*.
[35] *Ibid,* 252.

војсци да дође да би заштитила националне територије словенских народа и одржала ред.[36]

Вести о напредовању српских трупа, од пробоја Солунског фронта, септембра 1918. године, па до преласка на територију данашње АП Војводине, муњевито и са одушевљењем прошириле су се међу Србима у Угарској. Идеју отцепљења није могао да спречи ни манифест цара Карла „мојим верним народима“, у коме је обећао преуређење монархије тако да „свако племе на својој територији твори своју властиту државну заједницу“. Убрзо, 25. октобра, Угарска се отцепила од Аустрије. Срби и остали словенски народи Војводине су већ били одлучили да иду другачијим путем, па нису ни реаговали на монархов манифест. Није их поколебала, неколико дана касније, ни понуда лидера Независне странке грофа Михаља Кароњија, који је основао владу од представника мађарских коалиционих странака, а Србима обећао широку аутономију ако остану “у демократски преуређеној, али територијално целовитој Угарској”.

У међувремену, догађају се крупне промене у односу великих сила према праву самоопредељења. Решавање територијалних спорова путем самоопредељења народа постаје концепт који дипломатски промовише председник настајуће супер силе, победнице I светског рата, Вудро Вилсон.[37] Са становишта новоствореног Совјетског савеза, проглашава се доктрина самоопредељења коју ће СССР подржавати и уставно гарантовати до свог краја, иако превасходно као средство које је имало за циљ подржавање класне борбе и социјалистичку револуцију. Вилсон стаје на становиште да концепт самоопредељења треба да послужи као водеће начело приликом одређивања граница држава насталих на сувереним територијама три велика царства нестала у вртлогу I светског рата – Руске царевине, Аустроугарске монархије и Отоманског царства. У говору пред Конгресом САД 1918. године под називом „Циљеви рата и услови мира“ Вилсон је изложио своју визију самоопредељења као средства за остварење добросуседских односа и одржавања дугорочног мира у послератној Европи, такозваних „14 тачака“. Основна идеја је била стварање националних држава као бране будућим империјалистичким сукобима, јер је национална држава основни и природан облик политичког организовања, насупрот вишенационалним царствима у којима су бројне нације вапиле за самосталношћу.

Француска, такође победница рата и водећа земља савезничке коалиције, почела је да успоставља свој политички систем у Европи. Концепт самоопредељења је послужио Француској као политичко средство путем

[36] B. Krizman, 194.

[37] Frederic L. Kirgis, Jr., „The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era“, *The American Journal of International Law* 88(2)/1994, 304.

којег се могло осигурати формирање појаса нових држава као бране поновном расту моћи поражене Немачке, али и нарастајуће моћи комунистичког Совјетског савеза.[38] Велика Британија је у склопу своје традиционалне доктрине „равнотеже снага“ у спољној политици прихватала ове идеје, јер су оне спречавале да иједна европска држава постане сувише снажна и угрози њене колоније и острвско државно језгро.

Тако да је, у дипломатском смислу, пројекту отцепљења Баната, Бачке и Барање од Угарске и истовременом присаједињењу Краљевини Србији, пут био отворен. Аустроугарска се распала и престала да постоји као велика сила, Немачка је била на коленима, Турска је поражена и запала у унутрашње проблеме. За европски територијални простор остале су заинтересоване силе победнице САД, Француска и Велика Британија, које су све подржавале самоопредељење у смислу отцепљења и формирања националних држава, док је СССР, имајући у виду дугорочнију стратегију светске револуције, привремено пристао на овакво решење. Проглашење Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца (1. децембра 1918. у Београду), тако је већ 7. фебруара 1919. добило признање од САД, од Велике Британије 1. јуна, од Француске 5. јуна исте године. Немачка је нову државу признала чином потписивања Версајског уговора 28. јуна 1919, Аустрија мировним уговором у Сен Жермену 10. септембра, Бугарска у Нејиу 27. новембра исте године, док је Мађарска, од које су се територије Баната, Бачке и Барање формално отцепиле, то учинила мировним уговором у Тријанону 4. јуна 1920. Испуњен је био критеријум подршке великих сила који је кључан за међународноправну ваљаност акта спољашњег самоопредељења.

4. ЗАКЉУЧАК

Одлуке Велике народне скупштине Срба, Буњеваца и осталих Словена у Банату, Бачкој и Барањи у Новом Саду 25. новембра 1918. године су представљале израз права на самоопредељење тих народа, становника Угарске, да се отцепе и присаједине Краљевини Србији. У време када су донете, самоопредељење је тек настајало као политички концепт у међународним односима и његова садржина није била довољно разрађена. Сто година касније, иако је самоопредељење од политичког концепта прерасло у правну норму, нисмо одмакли много у прецизирању његове садржине. Оно што је неспорно јесте да међународно право изричито не забрањује право на отцепљење или право на спољашње самоопредељење. Међутим, то истовремено

[38] Erik Hobsbaum, *Doba Ekstrema – Istorija Kratkog Dvadestog Veka 1914-1991*, Dereta, Beograd, 2004, 30-32.

не значи и да је право на спољашње самоопредељење увек дозвољено. Оно је дозвољено под одређеним околностима. Међународноправним изворима донетим под окриљем УН, а који су стекли статус обичајног права, дозвољено је право на спољашње самоопредељење народима који се налазе под колонијалном управом, или који су подвргнути страном потчињавању, доминацији или експлоатацији. Ова два контекста везана су за процес деколонизације, као једне специфичне историјске ситуације која се исцрпла у одређеном временском периоду и ирелевантна је за савремено тумачење права на самоопредељење. Савремено међународно право на самоопредељење формирано је кроз државну праксу и кроз радове правних теоретичара. У тој пракси су се искристалисали неки критеријуми који морају да се испуне да би било дозвољено остварење права на спољашње самоопредељење, као право на отцепљење из нужде (ремедијална сецесија). Ти критеријуми нису лишени примесе политичких елемената у својој примени. Правни елементи тих критеријума своде се на оцену да ли колективна народна права народа који се отцепљује пролазе кроз континуирани процес масовног и систематског кршења од стране државних органа власти. Тиме је свакако обухваћена и чињеница да органи власти суверене државе упорно одбијају датом народу право на учешће у влади. Наводи се и да је потребно да околности које владају у држави искључују сваку могућност налажења мирног решења спора у оквиру постојеће државне структуре.

Слаба тачка ових критеријума је у томе што у међународној заједници не постоји јасно дефинисан арбитар који би утврђивао да ли су они испуњени или не у сваком конкретном случају. Видимо да се и главни судски орган УН, Међународни суд правде, није усудио да, у свом саветодавном мишљењу о легалитету једнострано проглашене независности Косова, преузме улогу тог арбитра. Стога се у једначину законитости међународног права на самоопредељење у нашем раду убацују и чиниоци који су фактичког карактера, али чија испуњеност даје легитимитет отцепљењу. То је чињеница да државна власт више не може делотворно да контролише територију на којој живи народ који се отцепљује, дакле да свој номинални суверенитет не може реално да оствари на тој територији. То је, такође, и чињеница да су се услед слабости или нестанка државне власти на том простору створили делотворни изворни органи власти народа који се отцепљује, који су или подржани у одређеној мери структурама власти које ствара међународна заједница, или прећутно одобрени као легитимни. Коначно, али и најважније, потребно је да борба за право на спољашње самоопредељење ужива подршку најважнијих држава међународне заједнице, оних које обично називамо „великим силама“. Сви успешни примери спољашњег самоопредељења имали су испуњене све ове чиниоце, поред чисто правних, док је оним неуспешним, односно оним који нису успели да стекну већинско признање свога

самоопредељења од држава које чине међународну заједницу, фалило испуњење неког од ових чинилаца.

Анализирајући случај отцепљења Бачке, Баната и Барање вољом Срба, Буњеваца и осталих Словена од Угарске и њеног аутоматског присаједињења Краљевини Србији, са којом се потом ујединила у Краљевство Срба, Хрвата и Словенаца, долазимо до закључка да је то пример успешног спољашњег самоопредељења, јер испуњава све наведене критеријуме. Дугогодишња политичка дискриминација српског и других словенских народа у Угарској држави, у којој је могао да постоји само један политички народ – мађарски, уз масовна кршења људских и мањинских права, злочине против цивила пре и током I светског рата, као и оружани отпор аустро-угарске војске проглашењу народних одбора који су стварали нове изворне органе власти, значио је само једно – отцепљење ових територија од Угарске је било крајње средство и једино могуће у датим условима. Међутим, истовремено је дошло и до урушавања државних власти Угарске на подручју Бачке, Баната и Барање због ратних пораза и општег друштвеног, привредног и политичког расула. У тај вакуум власти улетели су новостворени народни одбори који су довели до сазивања Велике народне скупштине, проглашења и реализације отцепљења и присаједињења. Интервенција српске војске, која је прешла Саву и Дунав и окупирала подручја Угарске насељена српским и другим словенским живљем, подржана савезничким трупама, а по наређењу главнокомандујућег савезничких снага на Солунском фронту, маршала Депереа, подржала је ове органе власти у њиховом послу преузимања ингеренција од дотадашњих државних власти Угарске и у успостављању опште безбедности. Коначно, велике силе победнице Првог светског рата, САД, Француска и Велика Британија, пригрлиле су концепцију самопредељења као инструмент за стварање новог европског политичког поретка који им је обезбеђивао очување ратних тековина, гарантовао мир и стабилност, и пречио продор нових социјалистичких интернационалистичких идеја из СССР-а. Дотадашње велике силе, Немачка, Аустро-угарска, Турска, све три вишенационалне царевине поражене у рату и у фази распада, морале су да прихвате без поговора овакво стање ствари. Русија, која је нестала у вихору револуције, замењена је СССР-ом, новом силом у настајању, која је пригрлила самоопредељење као привремено средство за ширење бољшевичке револуције. Тиме је обезбеђен консензус међународне заједнице за легализацију чина отцепљења и присаједињења, што је коначно прихватила и Мађарска, потписавши уговор у Тријанону којим је признала нове границе Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца.

Према томе, сто година касније, сведоци смо да су одлуке Велике народне скупштине трасирале пут којим ће развој права на самоопредељење, у оном његовом делу који се односи на спољашње самоопредељење, тећи током

целог XX и прве две деценије XXI века. Критеријуми законитости вршења права на самопредељење који су се формирали развојем међународног права и државне праксе током ових 100 година били су испуњени у ситуацији у којој су донети акти Велике народне скупштине и тиме је осигуран статус АП Војводине као саставног дела територије Србије кроз све наше државне трансформације до данашњег дана.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Списак литературе

Buchanan Allen, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

Buchheit Lee C., *Secession: the legitimacy of self-determination*, Yale University Press, Yale, 1978; Driest Simone F. van den, „Crimea's Separation from Ukraine: An Analysis of the Right to Self-Determination and (Remedial) Secession in International Law", *Netherlands International Law Review* 62(3)/2015.

Bursać Slobodanka, „Pravo na samoopredeljenje naroda", *Međunarodni problemi*, 62(2)/2010.

Cassese Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

Cassese Antonio, *Self-determination of Peoples*, Cambridge university Press, Cambridge, 1995.

Castellino Joshua, „Territorial Integrity and the "Right" to Self Determination: An Examination of the Conceptual Tools", *Brooklyn Journal of International Law* 33(2)/2008.

Christakis Theodore, „Self-Determination, Territorial Integrity and Fait Accompli in the Case of Crimea", *Heidelberg Journal of International Law* 75/2015.

Crawford James, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

Dimitrijević Duško, Ivona Lađevac, Mihajlo Vučić, „Preduzete aktivnosti u UN oko rešavanja pitanja KiM", *Međunarodni problemi*, 64(4)/2012.

Екмечић Милорад, *Стварање Југославије 1790-1918*, Београд, 1989.

Гавриловић Славко, „О борби Срба у Хабзбуршкој монархији за политичко-територијалну аутономију 1690-1850", *Присаједињење Војводине Краљевини Србији 1918*, Нови Сад, 1993.

Hobsbaum Erik, *Doba Ekstrema – Istorija Kratkog Dvadesetog Veka 1914-1991*, Dereta, 2004.

Искруљев Тоша, *Распеће српског народа у Срему 1914.*, Прометеј, Нови Сад, 2014.

Kelly Michael J., „Pulling at the Threads of Westphalia: "Involuntary Sovereignty Waiver'? Revolutionary International Legal Theory or Return to Rule by the Great Powers?", *Journal of International Law & Foreign Affairs* 10(2)/2005.

Kirgis, Jr. Frederic L., „The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era", *The American Journal of International Law* 88(2)/1994.

Крестић Василије, *Српско-хрватски односи и југословенска идеја у другој половини XIX века*, Београд, 1988.

Krizman Bogdan, *Raspad Austro-Ugarske i stvaranje jugoslavenske države*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.

Његован Драго, *Присаједињење Војводине Србији*, Нови Сад, 2004.

Палић Миленко, „Преглед административно-територијалних промена у Војводини 1918-1941“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 38/1964.

Попов Чедомир, Јелена Попов, *Аутономија Војводине – српско питање*, Сремски Карловци, 2000.

Purnawanty Jani, „Various Perspectives in Understanding the East Timor Crisis“, *Temple International & Comparative Law Journal* 14/2000.

Scharf Michael P., „Earned Sovereignty: Juridical Underpinnings“, *Denver Journal of International Law and Policy* 31/2003.

Симеоновић-Чокић Стеван, „Српске привилегије“, *Војводина*, II, Нови Сад, 1939.

Solomon Solon, „The Quest for Self-Determination: Defining International Law's Inherent Interstate Limits“, *Santa Clara Journal of International Law*, 11(2)/2013.

Sterio Milena, „On the Right to External Self-Determination: Selfistans, Secession, and the Great Powers' Rule“, *Minnesota Journal of International Law* 19/2010.

Sterio Milena, „The Kosovar Declaration of Independence: "Botching the Balkans" or Respecting International Law?", *Georgia Journal of International & Comparative Law* 37(2)/2009.

Извори

Одлука Велике народне скупштине, „Записник о раду Велике народне скупштине 25. новембра 1918.“, *Присаједињење Срема, Баната, Бачке и Барање Србији 1918* (ур. Драго Његован), 41-46.

„The Aaland Islands question. Report of the Committee of Jurists“, *League of Nations Official journal* 3/1920, 3-19;

Врховни суд Канаде, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Mihajlo A. Vučić, Ph.D., Research Fellow
Institute of international politics and economics
mihajlo@diplomacy.bg.ac.rs

Decisions of the Grand National Assembly from the Perspective of the Contemporary International Law on People's Self Determination

***Abstract**: Right to self-determination has in the last hundred years been developed through a string of international legal acts and a string of different contexts of international relations. This fact has influenced its contemporary normative content which is not stripped of political dimension. The author identifies in the article four criteria which are the key to full enjoyment of contemporary right of self-determination. These are: permanent and heavy breaches of rights of the people who requests self-determination from the state authorities, weak central government in the territory where this people lives, creation of people's own authorities who can effectively control this territory, support of great powers. Author analyzes the case of self-determination of peoples in Vojvodina to incorporate themselves into Kingdom of Serbia through the prism of these criteria and concludes that from the point of view of contemporary international law this incorporation would be perfectly legal.*

***Keywords**: self-determination, Vojvodina, international law, great powers.*

Датум пријема рада: 29.08.2019.

Саопштење са научног скупа 625(497.113)"1918/..."
doi:10.5937/zrpfns54-23023

Др Александар С. Благојевић
aca.vucans@gmail.com

СТАЊЕ ЖЕЛЕЗНИЧКОГ САОБРАЋАЈА У ВОЈВОДИНИ НАКОН ПРИСАЈЕДИЊЕЊА И ПОСЛЕРАТНИ РАЗВОЈ*

Сажетак: *Железничке пруге на територији Војводине грађене су од 1856. године. После присаједињења оне су постале део железничке мреже нове државе. Пруге на тој територији нису за време Првог светског рата биле разорене колико пруге у централној Србији, али су биле израубоване и имале су малу транспортну моћ. Након присаједињења Војводине Србији, реконструисане су постојеће и грађене нове пруге и железничка инфраструктура, и донети су бројни прописи потребни за одвијање железничког саобраћаја. Првих неколико година железнички систем у новој држави био је децентралозован и њиме се управљало из пет регионалних дирекција, од којих се једна налазила у Суботици, за подручје Бачке, Баната и Барање. У периоду од 1923/24. године до Другог светског рата, систем управљања је био централизован. И поред тешкоћа и проблема на које је нова држава наилазила, развој и резултати пословања између два светска рата, мерено саобраћајно-статистичким, економским и финансијским показатељима, били су задовољавајући.*

Кључне речи: *Војводина, железничке пруге, затечено стање, послератни развој и обнова.*

УВОД

На територији Војводине била је најгушћа железничка мрежа у Европи у 19. веку. Саобраћајни токови имали су претежни смер југ-север и североисток-северозапад, и водили према Пешти и Бечу. Присаједињењем Војводи-

* Рад је написан у склопу научног скупа „Први век од присаједињења: друштвени,политички и правни значај" који је одржан 14 децембра 2018 године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

не Србији и настанком нове државе створена је нова саобраћајно-географска карта овог дела средње Европе и отпочела је нова етапа развоја железничког саобраћаја. У новој држави установљен је и нови административно-организацијски систем железнице, у складу са потребама и могућностима нове државе. Истовремено је вршена обнова оштећене инфраструктуре и изградња нових објеката.

1. ЗАТЕЧЕНО СТАЊЕ 1918. ГОДИНЕ

До стварања државе Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, железнице на територији Бачке, Баната и Барање, биле су под управом Генералне дирекције мађарских државних железница из Будипеште, и саобраћајних управа мађарске железнице у Сегедину, Суботици, Темишвару и Печују. Пруге на том простору грађене су од средине 19. века.

Табела 1: Списак пруга у Војводини изграђених од 1856. до 1935. године.

Редни број	НАЗИВ ПРУГЕ	Година и дан отварања пруге	Дужина колосека у км	Ширина колосека
1.	Држ. граница према Јаму – Јасеново – Врачев Гај – држ. граница (део пруге Оровица – Базијаш)	1856-1-XI	27,5	нормални
2.	Држ. граница – Банат. Аранђелово – Кикинда – држ. гран. код Жомбоља (део главне пруге Пешта – Темишвар – Оршава)	1857-15-XI	54	нормални
3.	Држ. граница Ватин – Вршац – Јасеново	1858-20-VIII	35,5	нормални
4.	Хоргош – Суботица – Сомбор	1869-11-XI	85	нормални
5.	Сомбор –Даљ – Осијек	1870-20-XII	60,9	нормални
6.	Суботица – Нови Сад	1883-5-III	101,3	нормални
7.	Кикинда – Зрењанин (Бечкерек)	1883-10-XII	67,7	нормални
8.	Нови Сад – Зрењанин	1883-10-XII		нормални
9.	Инђија – Ср. Митровица	1883-10- XII		нормални
10.	Суботица – Чикерија – држ. гр.	1885-8-I		нормални
11.	Ср.Митровица – Савска обала	1885	3,5	нормални
12.	Зрењанин (Бечкерек) – Јаша Томић (Модош)	1889-4-V	45,7	нормални
13.	Рума – Врдник	1889-4-VIII	18,9	нормални
14.	Суботица – Сента – Бечеј	1889-14-XI	76,2	нормални

15.	Хоргош – Сента	1889-14-XI	31,3	нормални
16.	Маргита – Вршац	1891-11-VIII		нормални
17.	Зрењанин Поље (Банатско Алексан-дрово) – Панчево Варош	1894-9-IV	65,4	нормални
18.	Вршац – Ковин	1894-8-XII	84,7	нормални
19.	Рићица – Сомбор – Нови Сад – Вршац – Велико Средиште	1895-14-IX	121,5	нормални
20.	Панчево – Владимировац	1896-26-VIII	31,5	нормални
21.	Панчево Варош – Панчево Дунав	1896-26-VIII	0,8	нормални
22.	Ловћенац (Црно Брдо) – Кула	1896-4-XI	10	нормални
23.	Држ. гран. Ђала-Чока-Бан. Милошево	1896-15-XI	57,6	нормални
24.	Кула – Нова Паланка	1896-4-XI	44,7	нормални
25.	Јаша Томић (Модош) – држ. граница према Цруцени	1897	2,4	нормални
26.	Спојни кол. код Бан. Милошева (Драгутиново)		0,7	нормални
27.	Зрењанин – Радојево	1898	59,7	нормални
28.	Чот – Алибунар	1898-25-XI	44	нормални
29.	Нови Сад – Бечеј	1899-2-VII	64,8	нормални
30.	Римски Шанчеви – Тител	1899-2-VII	37,8	нормални
31.	Рума – Кленак Сава	1901-15-IX	28,9	нормални
32.	Сомбор – Бечеј	1907-4-VIII	85,5	нормални
33.	Кикинда – Наково држ. гран.	1907	8,4	нормални
34.	Петроварадин – Беочин	1908-11-XII	17,2	нормални
35.	Суботица – Црвенка – Богојево	1908-24-XII	100,6	нормални
36.	Паланка – Каравуково	1909-30- IV	35,1	нормални
37.	Бели Манастир – Петрово село – држ. граница	1910-31-VIII	12,3	нормални
38.	Жедник – Чантавир	1910-20-XII	8	нормални
39.	Сомбор – Бездан – Бачки брег	1912-5-VII	27,5	нормални
40.	Сомбор – Апатин – Сонта	1912-14-VIII	32	нормални
41.	Сонта – Оџаци Калварија	1912-14-VIII	19	нормални
42.	Сента – Чока	1915-	7,6	нормални
43.	Спојни колосек код Н.С.	1915, мај	5,9	нормални
44.	Орловат – Книћанин	1925-25- XI	24.9	нормални
45.	Тител – Книћанин са мостом преко Тисе	1927-25-VI	2,7	нормални
46.	Београд – Дунав – Панчево предграђе са мостом преко Дунава	1935-11-XI	26,3	нормални

Извор: Јездимир Николић, *Историја железнице Србије, Војводине, Црне Горе и Косова и Метохије*, Завод за новинско издавачку и пропагандну делатност Београд 1980 271

Развој железнице на територији Војводине под Аустроугарском био је тесно повезан са развојем железнице у осталим деловима Аустроугарске, посебно с развојем железничког саобраћаја у Мађарској. Пруге у Војводини биле су огранци великих железничких пруга које су ишле су према Бечу и Будимпешти, и грађене су у складу са економским и геополитичким интересима тадашње Аустроугарске монархије. Угарска је желела да данашњу Војводину – ондашњу јужну Угарску, што више и што чвршће веже са својим државним центром, Пештом. Том циљу служила је и политика изградње железничких пруга. Међутим, основни смер који би одговарао географским и економским условима и укупним државним интересима нове државе КСХС, био је смер исток-запад и прикључци од тих пруга према југу, а такође и изградња побочних пруга латитудног смера централним делом земље. Због тога је након стварања нове државе постављен циљ да се реконструкцијом и обновом пруга, и новом изградњом, изврши стварање једне другачије економско-саобраћајне целине, која би одговарала интересима новостворене државе, и која би обухватала све крајеве нове државе и њихово боље повезивање са целином. То није био лак задатак, јер, „међутим, за решавање једног тако важног и сложеног проблема, били су потребни услови, којих није било, јер је земља била економски слаба, ратом исцрпена, а сама пак држава била је тако оформљена да није могла рачунати на подршку ширих народних маса, а уз то је у капиталистичком смислу била лоше руковођена“.[1]

Проблеми обнове и изградње нових пруга су решавани фазно, и споро, сходно лимитираним економским могућностима за интензивнију обнову и изградњу, па су у таквој ситуацији многе вициналне пруге – пруге у власништву, махом страних, акционарских друштава – након што су реконструисане, преузеле улогу главних пруга.[2]

По завршетку рата, 1918. године, железничка инфраструктура на територији ондашње Србије, била је потпуно уништена од непријатељске војске приликом њеног повлачења (мостови, сигнална, телефонска и телеграфске сигнализација, скретнице, станичне зграде, ложионице, рампе, тунели, вијадукти, и друго). У Бачкој, Банату и Барањи, инфраструктурни објекти нису били потпуно уништени, али су и пруге и инфраструктурни објекти за време рата служили војним циљевима и прекомерно су коришћени и оштећени, при чему за цело то време нису одржавани нити обнављани. Зато су по завршетку рата те пруге имале знатно смањену транспортну способност.

---

[1] Милорад Чонкић *100 īодина железница у Војводини* ,Београд 1958, 54; претпоставка је да је аутор Чонкић овде мислио на недовољна предузетничка знања у новој држави и на већ тада изражене различите интересе између појединих делова земље.

[2] М. Чонкић *100 īодина железница у Војводини* ,Београд 1958, 56. На пример, пруга Суботица – Сента – Кикинда којом је саобраћап Оријент експрес Париз. Букурешт, затим пруга Суботица – Зрењанин – Панчево, Панчево – Вршац и друге.

Укупна дужина пруга у Војводини позавршетку Првог светског рата износила је 1700 км.

Табела бр. 2: Списак пруга у Војводини по завршетку Првог светског рата

а) државне пруге нормалног колосека

Ред. бр.	пруга – релација	година и дан предаје саобраћају	дужина пруге у км
1	2	3	4
1.	држ. граница Јасеново – Врачев Гај – граница демонтирано 8,8 км 1919. год.	01. XI 1856.	27,5
2.	граница – Банат. Аранђелово – Кикинда – граница	15. XI 1857.	54,0
3.	граница – Ватин – Вршац – Јасеново	20. VII 1858.	35,5
4.	Хоргош – Суботица – Сомбор	11. IX 1869.	85,0
5.	Сомбор – Богојево	20. XII 1870.	30,0
6.	држ. граница – Келебија – Суботица	05. XII 1882.	3,3
7.	Суботица – Нови Сад	05. III 1883.	101,3
8.	Нови Сад – Земун	10. XII 1883.	71,4
9.	Инђија – Сремска Митровица	10. XII 1883.	42,0
10.	Земун – Савски мост	15. IX 1884.	3,4
11.	Суботица – Чикерија – држ. гр.	08. I 1885.	12,7
12.	Сремска Митровица – савска обала	1885.	3,5
13.	Рума – Врдник	04. VIII 1889.	18,9
14.	Винковци – Срем. Митровица	07. X 1891.	73,2
15.	Сента – Чока	1915.	7,6
16.	Батајница – Бољевци	1915.	23,4
17.	спојни колосек код Новог Сада	1915.	5,9
	свега км		598,6

Ред. бр.	пруга – релација	година и дан предаје саобраћају	дужина пруге у км
1	2	3	4
1.	Кикинда – В. Бечкерек – Зрењанин	08. VII 1883.	67,7
2.	В. Бечкерек – Јаше Томић гр.	04. V 1889.	45,7
3.	Граница – Међа граница	04. V 1889.	3,0
4.	Сечањ – Маргита	04. V 1889.	36,3
5.	Суботица – Сента – Бечеј	14. XI 1889.	76,2

6.	Хоргош – Сента	14. XI 1889.	31,3
7.	Сента – Распутница	14. XI 1889.	0,8
8.	Маргита – Вршац	11. VII 1891.	18,8
9.	В Бечкерек Поље – Панчево Варош	09. IV 1894.	65,4
10.	Вршац – Ковин	08. XII 1894.	84,7
11.	Рићица – Сомбор – Нови Сад	14. IX 1895.	121,5
12.	Вршац – Велико Средиште	03. VII 1896.	13,4
13.	Панчево – Владимировац	26. VIII 1896.	31,6
14.	Панчево – Панчево Дунав	26. VIII 1896.	0,8
15.	држ. гр. – Ђала – Чока – Бан. Милошево /Драгутиново/	15. IX 1896.	57,6
16.	Ловћенац – Кула, демонтирана	04. XI 1896.	10,0
17.	Кула – Нова Паланка	04. XI 1896.	44.7
18.	Јаша Томић – држ. гр. Кручени	1897.	2,4
19.	Чот – Али Бунар	25. XI 1898.	44,0
20.	Нови Сад – Бечеј	02. VII 1899.	64,8
21.	Римски Шанчеви – Тител	02. VII 1899.	37,8
22.	Рума – Кленак – Сава	15. IX 1901.	28,9
23.	Сомбор – Кула – Бечеј	04. VII 1907.	85,5
24.	Кикинда – Наково др. гр.	1907.	8,4
25.	Петроварадин – Беочин	11. XII 1908.	17,2
26.	Суботица – Црвенка – Богојево	24. XII 1908.	100,6
27.	Паланка – Каравуково	30. IV 1909.	35,1
28.	Жедник – Чантавир	20. XII 1910.	8,0
29.	Сомбор – Бездан – Бачки Брег	05. VII 1912.	27,5
30.	Сомбор – Апатин – Сонта	14. VIII 1912.	32,0
31.	Сонта – Оџаци Калварија	14. VIII 1912.	19,0
32.	Шид – Срем. Рача – Сава	22. X 1912.	28,4
33.	Вуковар – Илача	22. X 1912.	25,4
34.	Самош – Ковачица	1912.	20,9
	свега км		1295,3

Извор: Ј. Николић, *Историја железница Србије, Војводине, Црне Горе и Косова и Метохије*, Завод за новинско издавачку у пропагандну делатност ЈЖ, Београд 1980, 266-268.

Наслеђено стање пруга и возног парка у новој држави на почетку 1919. године било је веома лоше. То показују подаци из табеле број 3.

Осим тога, проблем је био и непостојање резервних делова за пруге, вагоне, локомотиве, и пратеће објекте, јер је непријатељска војска исте однела или уништила.

Табела 3 Стање возног парка парка почетком 1919. године.

Назив возних објеката	Нормалног колосека			Колосека 0,76			Колосека 0,60			Колосека свих ширина		
	у саобраћају	ван саобраћаја	Укупно	у саобраћају	ван саобраћаја	Укупно	у саобраћају	ван саобраћаја	укупно	у саобраћају	ван саобраћаја	укупно
Локомотива	632	1039	1671	230	194	424	45	137	182	907	1370	2277
Пут. кола	294	2071	2365	305	138	443	47	6	53	646	2215	2861
Служ. и пошт. кол	604	231	835	214	36	250	10	2	12	828	269	1097
Тер. кола	24222	9844	34056	5003	1340	6343	643	134	777	29868	11318	41176

Извор: Завршни рачуни 1918/19-1937/38, са најважнијим статистичким подацима, Југословенске државне железнице, Београд 1939, 4

Велики проблем је био и недостатак стручних радника, машиновођа, отправника, прегледача кола, чиновника, и свог стручног особља за рад на железници, јер је до рата највећи број запослених на железници био мађарске и немачке националности, који су се после распада Аустроугарске монархије у већином иселили и запослили на железницама Мађарске и Аустрије. Тај проблем је решаван на начин да је КСХС слала будуће железничке раднике у Аустрију, Италију и Белгију на кратке обуке за рад на разним радним местима на железници, и организовањем вишемесечних курсева обуке у земљи. Потом је за потребе образовања кадра на железници, 1922. године, основана Државна железничка школа у Београду. [3]

Осим тога, проблем је био и недостатак прописа за вршење службе вуче, превоза и финансијско пословање, јер се по ранијим прописима и стандардима, због неуједначености по појединим саобраћајним управама није више могло пословати у новим условима када је створен јединствени систем управљања на територији нове државе. Тај проблем је решаван тако што се првих година радило по ранијим прописима и упутствима, а сукцесиво су доношени нови прописи и правила рада.

[3] Миле Плеснић,Миломир Минић,Благоје Паповић, *На скрет̄ници миленијума*, Желнид, Београд 2000 69.

2. ОБНОВА И ИЗГРАДЊА ПОСЛЕ ПРИСАЈЕДИЊЕЊА

2.1. Физичка обнова

Већ је указано да је за време рата већина пруга и железничких објеката била уништена, или до те мере оштећена, да је по завршеку рата било рационалније градити нове пруге и објекте него реконструисати старе. У тим првим данима, послове обнове је изводила Војно-железничка команда са својим јединицима. Она је успела да после четири месеца, иако без довољно алата, материјала и средстава, оспособи најважније пруге и објекте на саобраћајној мрежи за функционисање железничког саобраћајног система. Обнова је настављена и у наредним годинама, тако да су до краја 1924. године за саобраћај потпуно оспособљене све пруге, мостови, зграде, скретнице, и други објекти.

У Војводини, железница није била толико оштећена разарањем као што је била у средишњој Србији, али су пруге и инфраструктурни објекти била дотрајали и израубовани. Посебан проблем је био што доњи слој на тим пругама, због геолошко-петрографског састава терена – преовладавао је песак и шљунак – никада и није био статички добар. Истовремено, по завршетку рата, у Европи су се појавиле нове, теже локомотиве, за веће брзине и тежине возова. То је додатно захтевало ојачање доњег слоја, мостова, замену шина, нову организацију железнице, највише у Војводини, али и у целој држави. Ипак, тај проблем је успешно решен ојачањем подлоге и побољшањем статичких перформанси пруга.

Осим обнављања и реконструкције, после 1918. године изграђено је и више кратких пруга, које су претежно биле у функцији повезивања мреже пруга у новим условима. Такве су биле следеће кратке пруге:

- Орловат – Книћанин,
- Нова Црња – Радојево,
- Тител – Книћанин,
- Кленак – Шабац,
- Београд Дунав – Панчево,
- Сремска Рача – Савска обала,
- Овча – Кишвара.

Укупна дужина тих пруга износиа је 210 км.

У исто време, урађено је ојачање пруге Суботица – Сента – Велика Кикинда, затим реконструкција железничке мреже кроз Срем у делу око Инђије, и изграђен је и други колосек пруге кроз Срем, па је пруга до Товарника код Шида, постала двоколосечна.[4]

---

[4] Јездимир Николић *Историја железнице Србије,Војводине,Црне Горе и Косова и Метохије* Завод за навинску издавачку и пропагандну делатност Београд 1980 271.

2. 2. Организациона изградња

Организација железнице у Аустроугарској држави је била веома сложена, јер су поред државних пруга, постојале и приватне, грађене под различитим условима и стандардима. Железнице на простору Војводине, Словеније, Хрватске, Босне и Херцеговине и средишње Србије, међусобно су се разликовале у организацијском и техничком смислу, као и по власништву, железничко-техничким стандардима, административним прописима, и по условима рада. „У Војводини, пруге су биле под управом Мађарских државних железница, и углавном у власништву приватних капиталистичких друштава са различитим повластицама и условима у односима између њих и државне железичке управе. Срем је имао само неколико кратких приватних пруга. Пруге у Хрватској и Словенији и БиХ, биле су у власништву такозваних Јужних железница, и немачких, аустријских и мађарских железница и компанија.

Да би се стање донекле уједначило и озаконило, влада Уједињене Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, донела је почетком 1919. године одлуку о формирању пет железничких дирекција – у Загребу, Љубљани, Сарајеву, Београду и Суботици, али под непосредном управом Министарства саобраћаја[5]. Такође, основана је и Генерална дирекција железница, са девет стручних одељења. Наредних година, према потребама, допуњаване су постојеће и доношене нове уредбе.

На тај начин изграђена је нова организациона шема, према којој се железницом у великој мери управљало с централног места. Генерално, цела организација била је по угледу на предратну организацију мађарских железница.

2.3. Организација финансијско-рачуноводствене службе

Упоредо са организацијском и институционалном обновом, текао је и развој и организација финансијске и рачуноводствене службе железнице. Са аспекта организације, биле су три фазе организације ове службе: први период обухвата време од Присаједињења до образовања одељења за рачуноводство и финансије при Генералној дирекцији државних железница 1922/23 буџетске године, други време од 1924/25. до краја 1929/30, а трећи од 1930/31. до почетка Другог светског рата.

[5] Заправо се ради о претварању раније Мађарске железничке управе у Загребу у Дирекцију државне железнице за Славонију, Далмацију и део пруга у БиХ, затим о прерастању Тршћанске дирекције у Љубљанску дирекцију и Мађарске дирекције државних железница из Будимпеште у Суботичку дирекцију. Дирекција босанско-херцеговачких земаљских железница у Сарајеву и Дирекција српских железница у Београду су продужиле свој рад, али саставу државних железница нове државе. „Вид“ Завршни рачуни 1918/19-1937/38, са најважнијим статистичким подацима, Југословенске државне железнице, Београд 1939, 6

Стање финансијско-рачуноводствене службе државних железница у прво време по Присаједињу одражавало је опште стања железничке управе и железничког саобраћаја у том периоду. Према донетој Уредби с краја 1918. године, године, све железничке управе наставиле су да раде по старим, затеченим прописима, што је претстављало избор линије најмањег отпора.[6]

Финансијско-рачунска служба државних железница по дирекцијама наставила је да и даље послује самостално, и различито од дирекције до дирекције. Уредбом је било дефинисано да се при Министарству саобраћаја образује отсек рачуноводства који ће вршити централне финансијско-рачуноводствене послове целог ресора железнице, али је то било нефункционално решење, које није донело никаквих позитивних резултата.

Друга фаза отпочела је почетком 1923. године, а потпуно заживела у 1924/25. буџетској години. Новим решењем направљена је комбинација примене предратних законских прописа са потребама послератне организације железнице и њене финансијске службе.[7]

У практичном смислу, новим решењима је утрт пут ка унификацији и једнообразном раду финансијско-рачуноводствене службе свих железничких дирекција. Током овог периода уочавани су проблеми и вршене корецује модела организације, и измене и допуне постојећих прописа (о станичном рачуноводству, тарифским решењима, раду одељења за рачуноводство и финансије, о железничкој имовини, и др), све у циљу ефикаснијег рада и пословања.[8]

Почев од 1930/31. буџетске године тече трећа фаза организованости финансијско-рачунске службе. То је фаза централизоване управе. Новим организацијским решењем омогућено је брже и ефикасније управљање резултатима пословања, тако да је управа могла да промптно предузима потребне мере за одржавање финансијске равнотеже. Дефинисани циљеви који су били постављени на почетку ове етапе били су остварени.

Финансијско-рачуноводствена служба државних железница се одвијала у оквиру Министарства саобраћаја и под надзором Министарства финансија, а напредак који је она остварила после 1918. године био је резултат напора

---

[6] Привремена уредба о организовању и формирању железница у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца 26.12.1918, Уредба о устројству Министарства саобраћаја, 25.02.1919, Уредба о организацији Министарства саобраћаја и саобраћајне службе,25.05.1921, Уредба о организовању Министарства саобраћаја и саобраћајне службе, 30.03.1927. *Влада уједињење Краљевине Срба,Хрвата и Словенаца.*

[7] Уредба о организацији Министарства саобраћаја,25.02.1919.

[8] Правилник о станичном рачуноводству, 01.01.1924, Тарифска реформа, јединствена тарифа за целу земљу, 01.10.1925, Закон о железничкој имовини, 01.04.1930, Правилник о управљању и обрачунавању железничке имовине, 01.04.1930, Правилник о рачунском и благајничком пословању железничких станица,01.04.1931.

запослених, унапређења унутрашње организације Министарства за саобраћај, повећања ефикасности рада државне управе, и предузимања ефикасних организацијских мера.[9] И напредак који је остварен у целокупном железничком саобраћају у земљи, и посебно у Војводини, био је резултат напора запослених, као и превазилажења почетних проблема у првим годинама након Присаједињења, и општег тренда развоја саобраћаја.

3. ПОКАЗАТЕЉИ ПОСЛОВАЊА У ПЕРИОДУ ПОСЛЕ ПРИСАЈЕДИЊЕЊА

3.1. Основни показатељи промета и инфраструктуре

Табела бр. 4: Просечна експлоатациона дужина пруга у км на подручју дирекције Суботица

Буџетска година	На нивоу државе	Дирекција Суботица
1922/23	7789	1626
1923/24	8180	1946
1924/25	8686	1946
1925/26	8762	1922
1926/27	8792	1948
1927/28	8955	1993
1928/29	9048	1944
1929/30	9098	1909
1930/31	9240	1909
1931/32	9887	1902
1932/33	9810	1901
1933/34	9826	1900
1934/35	9828	1989
1935/36	9873	1891
1936/37	9895	2291
1937/38	9444	2291

Извор: Завршни рачуни оп. цит. 447.

[9] *ibidem*. Завршни рачуни, 25

Упоређујући експлоатациону дужину пруга у новој држави по појединим дирекцијама, може се закључити да је железничка мрежа на подручју Дирекције Суботица, нарочито у Бачкој, била најгушћа у држави – укупна дужина износила 2291 км. (дужина пруга у осталим дирекцијама, на пример 1937/38 године, била је: Београд 2318 км, Загреб 2222, Љубљана 1147, Сарајево 1465 км, с тим што су све дирекције имале већу територију од Дирекције Суботица. Буџетске 1922/23. године просечна експлоатациона дужина пруга на територији Дирекције Суботица била је 1626 км. Године 1928, на целокупној територији Дирекције Суботица, било је 216 станица, 90 стајалишта, 9 стоваришта, 2 укрснице, укупно 317 места, а то је 0,17 км експлоатационе дужине по квадратном километру површине (...) Међутим, Суботичка дирекција је имала релативно мали број локомотива: 196 локомотива са засебним тендером, а 227 тзв.тендер локомотива за кратке пруге. Све друге дирекције имале су већи број".[10]

Укупан број путника који су 1928. године отпутовали са станица Суботичке дирекције износио је 11 006 209 путника. Исте године у оквиру ове дирекције превезено је 3 055 637 тона робе. На подручју Дирекције било је 22 пограничне железничке станице, тако да је преко њих ишао значајан извозни-увозни саобраћај. Од укупно запослених на југословенским железницама (72 863 лица) у Дирекцији Суботица било је запослено 10 056 лица.[11]

3.2. Финансијски показатељи у периоду децентрализоване управе

Интерес нове државе био је да се што пре успоставе железничке везе и успостави саобраћај по сваку цену, иако је било извесно да трошкови пословања неће одмах моћи бити покривени приходима из пословања – али је са друштвено-економског становишта то било оправдано, јер је железничка мрежа инфраструктурна основа неопходна за општи економски развој, посебно за делатности индустрије, пољопривреде, трговине, извоза, развоја градова, регионални развој, итд. Расходи и приходи приказани су у табелма бр. 5. и 6.

---

[10] М. Чонкић *100 īодина железница у Војводини* ,Београд 1958 75.

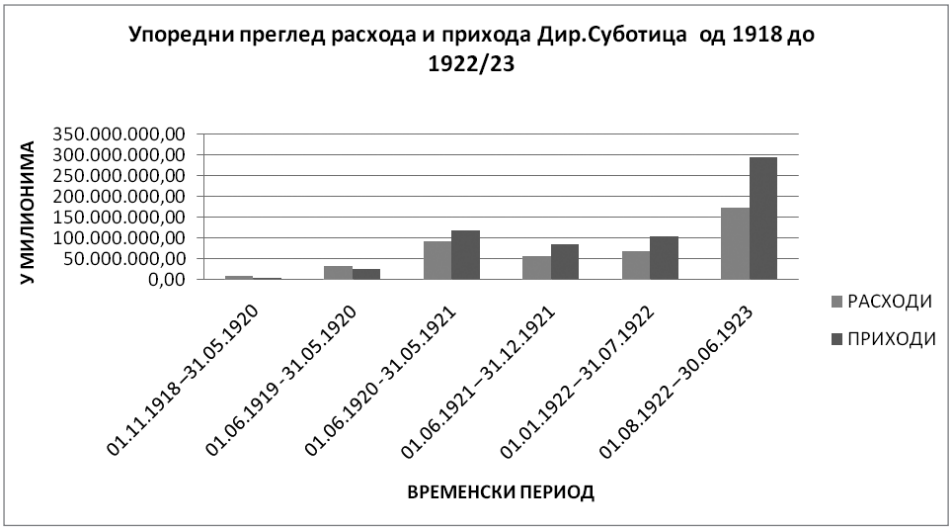
[11] („Промет путника на железничким станицама") *Народно благосшање Беоīрад*,4/1929., 704. Такође и (Статистика железница Краљевине Југославије), *Економисш*, бр. 9-10/192, 556-557, и, („Привреда Војводине"), *Годишњак Трīовинско-индусшријске и занашске коморе,* Нови Сад 1930, 173-175.

Табела бр. 5: Расходи и приходи Суботичке дирекције у периоду од 01.11.1918.–30.06.1923.

период	расходи	приходи	+суфицит -дефицит
01.11.1918 –31.05.1920	8.786.117,84	4.759.693,59	-дин. 4.026.424,25
01.06.1919 – 31.05.1920	33.383.367,90	27.163.173,67	-дин. 6.220.194,23
01.06.1920 – 31.05.1921	91.132.490,99	118.233.034,66	+дин. 27.100.543,67
01.06.1921 – 31.12.1921	56.450.132,75	85.962.517,09	+дин. 29.512.384,34
01.01.1922 – 31.07.1922	67.536.057,72	104.575.454,07	+дин. 37.039.396,35
01.08.1922 – 30.06.1923	172.492.143,27	292.578.912,74	+дин 120.086.769,47

Извор: Завршни рачуни, оп.цит. 25-36

Дијаграм број 1: Упоредни преглед расхода и прихода Дирекције Суботице у периоду од 1918 – 1922/23



Извор: Завршни рачуни, оп.цит. 38

Дирекција Суботица у овом раздобљу показује релативно најбољи финансијски резултат међу свим дирекцијама. У прва два послератна периода, она је још била под управом Генералне дирекције мађарских железница у Будимпешти, (стварно под командом наше војне управе), и била је привидно пасивна. Међутим, чим су мировним уговорима утврђени нови односи, саобраћај у подручју ове дирекције почео је да се брже развија. Уз напоре запослених и максималну штедњу личних и материјалних издатака, у трећем,

четвртом, петом и шестом буџетском периоду, ова дирекција остваривала је највеће вишкове прихода.[12]

У раду „Завршни рачуни 1918/19-1938/39 са најважнијим статистичким подацима“ приказано је пословање железнице по појединим дирекцијама по појединим буџетским периодима. У буџетском периоду 1.11.1918-31.5.1919, на подручју Дирекције Суботица приходи су били мали, јер је железница коришћена за војне транспорте. Приходи су били мали и на подручјима осталих дирекција, осим на подручју Загребачке дирекције (која је тада обухватала и словеначке пруге, и остваривала је већи приход него све остале дирекције заједно, јер је на тим пругама цивилни саобраћај био најинтензивнији). У буџетској години од 1.6.1919-31.5.1920. у земљи је била висока инфлација па је дошло до пораста расхода и прихода у свим дирекцијама. Железница се тада још увек налазила у фази организовања, тако да су трошкови обнове и нових инвестиција у овом периоду били скоро колико и укупни расходи у претходном периоду. Министарство саобраћаја покушало је да повећањем тарифа повећа приходе, али је пораст трошкова био већи, тако да се та буџетска година код свих дирекција завршила с дефицитом.

У буџетској години 1.6.1920-31.5.1921. трошкови су, услед инфлације, и даље убзано расли, а програми штедње нису дали жељене резултате. Расходи и приходи су расли и у Дирекцији Суботица, али је она једина у тој буџетској години остварила позитиван финансијски резултат, будући да су остварени приходи били већи од расхода. У буџетском периоду 1.6.1921–31.12.1921. на подручјима свих дирекција заустављен је нагли пораст расхода из претходног периода, а дошло је до повећања прихода услед полета у свим привредним делатностима. Приходи Дирекције Суботица су тада повећани за 21,1%. У буџетском периоду од 1.1 – 31.7.1922, у свим дирекцијама, осим Сарајевске (Сарајевска је у целом овом периоду имала веће расходе од прихода), остварени су позитивни финансијски резултати, највише захваљујући повећању железничких тарифа и прихода по том основу. Порасли су и расходи, али сразмерно мање него приходи. У последњој буџетској години децентрализованог пословања, од 1.8.1922-30.6.1923. дошло је до успоравања привредног раста и трговачког и саобраћајног промета, али је ипак остварено повећање прихода у свим дирекцијама, највише у Дирекцији Суботица – 78 %, док је на нивоу осталих дирекција приход порастао просечно за 45,5%. Порасли су и расходи, такође највише у Дирекцији Суботица, 62,6%, док су у Загребачкој дирекцији порасли за 48,9%, у Београдској 29%, а у Сарајевској 53,2%.

Генерално, исказаним финансијским резултатима у периоду децентрализоване управе, са становишта укупног железничког саобраћаја, може се

[12] „Вид“ Завршни рачуни 1918/19-1937/38, са најважнијим статистичким подацима, Југословенске државне железнице, Београд 1939 38.

бити задовољно, јер је већ 1921. године на нивоу земље постигнута равнотежа између расхода и прихода. Железнички саобраћај као целина почео је да остварује вишкове прихода којима су до краја 1922/23 године у целости покривани дефицити из прва три буџетска периода.[13]

3.3. Финансијски показатељи пословања у периоду 1923-1929/30. године – раздобље централизоване (јединствене) управе

Привреда Југославије је и после 1922/23 године била у успону. Остваривaн је значајан раст извоза као резултат већих приноса у пољопривреди, а као резултат тога оствариван је и већи број тона превезене робе и нето-тонских километара, и приход од робног саобраћаја.

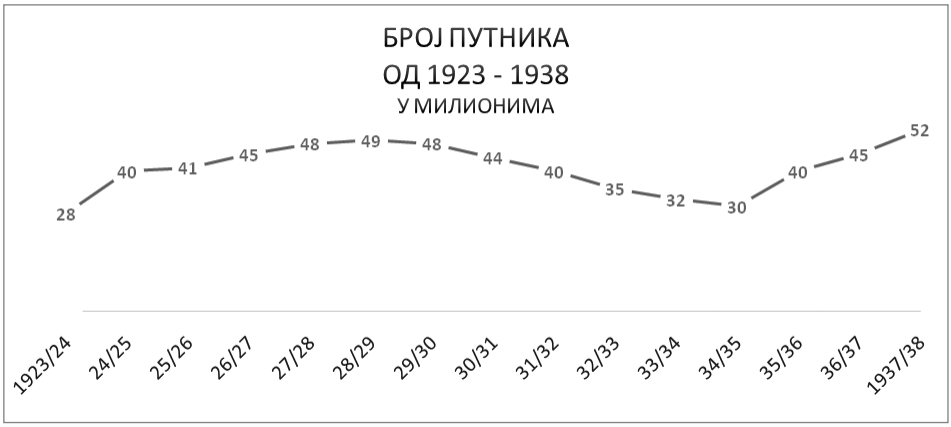
Табела број 6
Расходи и приходи показани у завршним рачунима и прегледима за време од 1918/19 до 1937/38 закључно показују следеће резултате.

Буџетски период		Расходи	Приходи	-вишак расхода + вишак прихода
1.	1918/19	48,199.808.76	33,409,150.22	-14,790.658-54
2.	1919/20	280,343,721.09	166,235.145.49	-114,108.575.59
3.	1920/21	660,251.658.28	60l,276.368,28	-53,975,290-
4.	1921	439.075.2515.49	466,104.668,34	+27,029,411.85
5.	1922	528,031.411.09	572,548.372.58	+ 44,516.961.49
6.	1922/23	1.195,707.735-29	1.309,382.327,34	+ 113,674.592.06
7.	1923/24	1.6o1,572.636.61	1,769,295.284-21	+ 167,722.647.60
8.	1924/25	2.545,872.486-72	2.649,188.’267.14	+108,305.780.42
9.	1925/26	2.693,214.408.49	2.383,300.l22’47	-309,914.286.02
10.	1926/27	2.402,607.470.64	2.290,318.630.l1	-112,288.840.53
11.	1927/28	2.275,692.839.75	2.273,053.878-49	-2,638.961.26
12.	1928/29	2.341,792.435-	2.485,804.694.l3	+144,012.259.13
13.	1929/30	2,983,521.-289.54	3.049,955.128.64	+66,433.839.10
14.	1990/31	2.744,111.669-57	2.686,311.471.36	-57,800.192.21
15.	1931/32	2.545,31187.812.49	2.226,816.906.66	-318,370.905.83
16.	1932,33	2.107,938,362,67	1.999,9o4.496.11	-127,133.866.56
17.	1933/34	1.967,828.061,23	1.997,772.780.12	+29,944.718.89
18.	1934/35	1.897,294.895.99l	1.958,496.781.79	+61,201.976.59
19.	1936/37	1.827,099.817	2.082,297,214.88	+102,854.121.52
20.	1936/37	1.951.636,542,34	2.054;490.669-86	+255,197.397.88
21.	1937/38	2.231,942.071	2.439,649.321.71	+207,707.25012
	Свега	37.268,922.293	37,476,501.673.93	+207,579.380.11

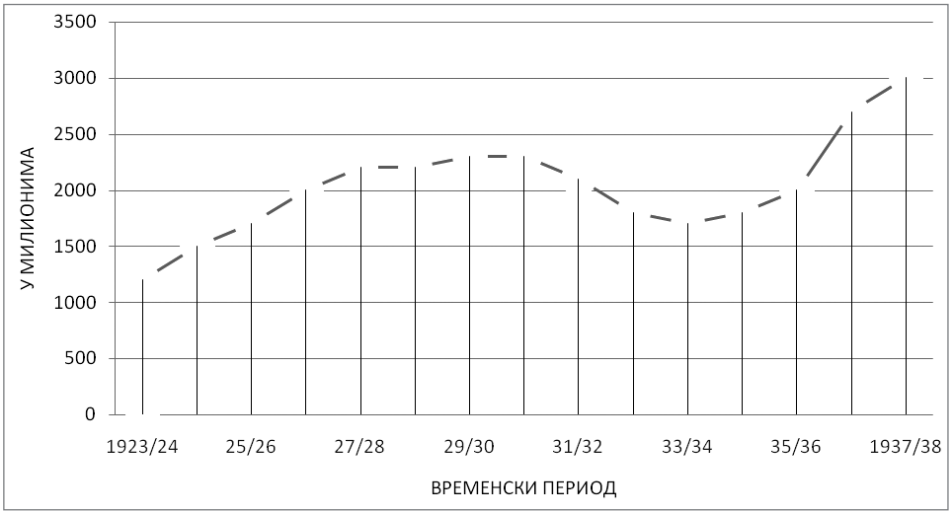
Извор, Завршни рачуни, оп. цит. 57

[13] („Завршни рачуни 1918/19-1937/38, са најважнијим статистичким подацима) *Југословенске државне железнице,* Београд 1939 39

Дијаграм број 2: Број превезених путника (у милионима)



Дијаграм број 3: Број остварених путничких километара од 1923 до 1938.

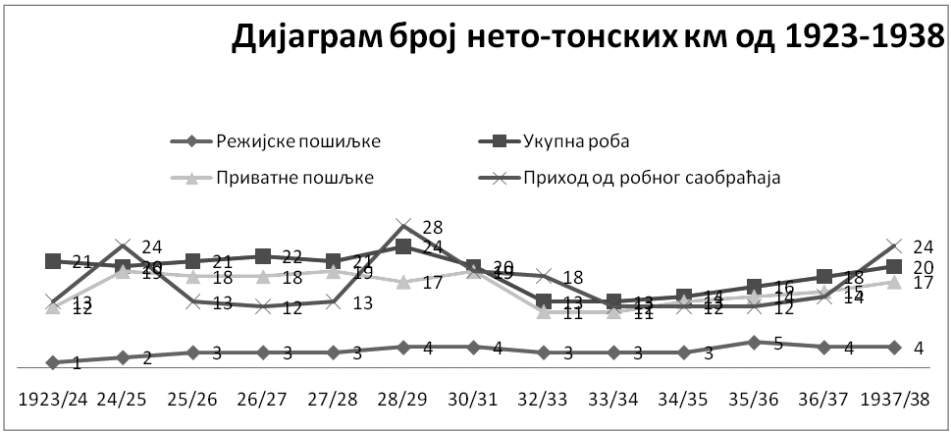


Извор: Завршни рачуни, оп. цит. 62.

Дијаграм број 4: Број остварених тона превоза робе у периоду од 1923 до 1938 (у милионима тона).

Извор: Завршни рачуни1918/19-1937/38 са најважнијим експлоатационим подацима, Југословенске железнице, Београд, 1939,63

Дијаграм број 5: Број остварених нето-тонских километара у периоду од 1923. до 1938. (у милонима нткм.)



Извор: Завршни рачуни 1918/19-1937/38 са најважнијим експлоатационим подацима, Југословенске железнице, Београд, 1939, 63.

Начин исказивања биланса био је дефинисан важећим законским прописима. Нови правилник из 1933. године омогућио је да се на адекватан начин исказују актива и пасива, односно елементи који чине активу и пасиву, и добије потпуни имовински преглед железнице, и увећање-смањење имовине.[14]

Године 1925. направљен је јединствени, централизовани заједнички буџет за целу железницу, наставио се релативно задовољавајући тренд пословања, и оствариван је суфицит у пословању. Међутим, у 1926. години се, услед више фактора, финансијска ситуација погоршала и исказан је дефицит. У 1927. години је покушано да се неповољан финансијски тренд прекине методом смањивања трошкова, на начин што су смањени лични расходи, укинути додаци, и сл.

Наредних година се ситуација поправила и стање је прешло у плус, и оствариван је упоредни раст расхода и прихода. Међутим, талас велике економске криз (great depression) који је уследио, захватио је и железницу. Пошто нису на време биле предузете потребне мере, криза је изазвала поремећаје и пад саобраћаја и прихода, уз раст расхода. Дефицит је 1932 године износио 57.800.192.21 динара.

Тренд општег погоршања под утицајем велике депресије, смањења производње и пада саобраћаја, и смањења прихода, наставио се и у 1933. години упркос великим напорима и корекцијама на расходној страни, па је и та година завршена с дефицитом. Релативно повољно било је што је губитак био сразмерно мањи него код осталих држава у окружењу.

Године 1934. уведена је нова тарифна политика као мера нове саобраћајне политике, и примењен је нови сценарио штедње као нужна мера за заустављање негативог тренда. То је утицало да финасијски резултат буде благо позитиван. Позитиван тренд се наставио и у 1935. години, али с обзиром да инструменти штедње имају своје ограничење, ефекат је био све слабији, а раст прихода незнатан.

Наредне године, 1936, корекцијама тарифа у путничком саобраћају повећан је промет, а и приходи. Финансијски ефекат није у кратком року био позитиван, али је број путника повећан за 35%. С обзиром на исплате дуга за клирин пензије са Аустријом, расходи су порасли. Суфицит је у овој пословној години износио 102.854.121,52 динара. Ипак, на време је уочено да су тарифе биле превише смањене, па су 1937. године повећане. Претпоставка је била да стандард грађана омогућава да цене буду повећане. Уочава се и смањење личних расхода. Те године је остварен суфицит од 255.197.397,88 динара. У 1938. години обим железничког саобраћаја се знатно повећао услед изласка из депресије, па је остварен раст прихода, мада тај раст прати и раст расхода.

[14] Правилник о управљању и обрачунавању железничке имовине, 01.04.1933.

За укупно посмтарани период се може закључити да је то био период турбулентних кретања након рата и стварања нове државе, а то је утицала и велика депресија тридесетих година. Железница у Војводини и целој држави делила је судбину развоја и проблема заједно са другим гранама саобраћаја, индустријом и осталом привредеом.

(За период после 1938/39 до почетка рата, нема података)

4. СТАЊЕ ЖЕЛЕЗНИЧКОГ САОБРАЋАЈА НА ПРОСТОРУ ВОЈВОДИНЕ ЈЕДАН ВЕК ПОСЛЕ ПРИСАЈЕДИЊЕЊА – ОПШТА ОЦЕНА

Данас, сто година од Присаједињења и стварања државе КСХС, железнице Војводине и свих држава бивше СФРЈ, налазе се, већ више деценија, у економским, техничко-технолошким и организационим проблемима. На простору Војводине постоји 1735 км. пруга којима управља „Железница Србије“ ад. Од тога су 494 км магистралне пруге, 483 км су регионалне, 381 км локалне, 149 км су кратке пруге, а ван функције је, тренутно, 228 км. Двоколосечних пруга је само 97 км, а електрифицираних 245 км. Такво стање није задовољавајуће. Неке пруге су старе и дотрајале, малих су брзина кретања, а на неким се саобраћај не одвија, али постоје планови да се на њима поново успоставии железнички саобраћај. С друге стране, повољно је што се већина магистралних пруга кроз Војводину налази на Коридору X и његовом краку Хб, за које правце Европа има посебан интерес.

Чињеница је да су железнички систем, и воз као најважнији елемент тог система, по природи веома сложени, а у исто време веома значајани за сваку земљу. То указује на потребу ефикасне и одговарајуће економске, саобраћајне и развојне политике од стране државе. Међутим, због економске кризе и недостатка финансијских средства у целој земљи, последњих деценија се недовољно инвестирало у инфраструктуру, возна средства и њихово одржавање. Уназад две године у Војводини су отпочели процеси санације магистралних пруга, изградње нових колосека, реконструкције, изградње нове савремене пруге од Београда до границе са Мађарском, и потпуне обнове возног парка, инфраструктуре и система вуче. То ће за резултат имати повећање техничко-експлоатационих перформанси железнице, и повећање економичности, безбедности, и ефикасности железничког саобраћаја у Војводини. Ако се такав тренд настави, може се очекивати да ће се за пет до десет година целокупни железнички саобраћај у Војводини, и у целој Србији такође, моћи да одвија у складу са UIC/EN стандардима, по којима се данас одвија саобраћај у економски развијеним земљама.

ЗАКЉУЧАК

По завршетку Првог светског рата уследили су мировни споразуми и настала је нова територијална подела Европе. На месту бивше Аустроугарске створене су нове државе. Територија Војводине присаједињена је Краљевини Србији. У време Присаједињења на територији Војводине је било око 1700 км пруга нормалног и узаног колосека, у државном власништву и власништву акционарских друштава. Све оне биле су огранци великих железничких мрежа Аустрије и Мађарске. Већ прва влада нове државе донела је најнужније мере у циљу увезивања свих железничких пруга на новој државној територији у једну целину и успостављање саобраћаја на свим пругама.У наредном двадесетогодишњем периоду вршено је постепено организовање железница нове државе према економским и политичким циљевима нове државе и постигнут је општи напредак развоја железничког система земље. Железничка мрежа у Војводини и даље је била најгушћа, а квалитет саобраћаја највиши у земљи. Тај тренд је настављен и после Другог светског рата.

Последњих деценија све железнице у постјугословенским државама имају економске и техничко-технолошке тешкоће. У текућој деценији железница у Србији је задобила приоритет у развојној политици, а окосницу саобраћаја и даље престављају магистралне пруге кроз Војводину. Може се очикавати да ће за пет до десет година железница у земљи, посебно у Војводини, бити на приближном нивоу најразвијенијих железница у Европи.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Плеснић Миле, Минић Миломир, Паповић Благоје, и други: На скретници миленијума, Желнид, Београд, 2000. г.

Влада Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца: Привремена уредба о организовању и формирању железнице у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, 26.12.1918.г; Уредба о устројствуМинистарства саобраћаја, 25.2.1919; Уредба о организацији Министарства саобраћаја и саобраћајне службе, 30.3.1927.г.; Правилник о о раду Одељења за рачуноводство и финансије, генералној и обласним дирекцијама државних железница, 1922 г; Правилник о станичном рачуноводству, 1.1.1924 г.; Тарифска реформа за целу земљу, 1.10.1925 г.; Закон о железничкој имовини 1.4.1930 г; Правилник о управљању и обрачунавању железничке имовине, 1.4.1930 г.; Правилник о рачунском и благајничком пословању железничких станица, 1.4.1931. г.

Чонкић, Милорад: 100 година железнице у Војводини, ЖТП, Нови Сад, 1958. г.

Николић, Јездимир: Историја железница у Србији, Војводини, Црној Гори и Косову и Метохији, Завод за издавачку и пропагандну делатност ЈЖ, Београд, 1958 г.г

Народно благостање, недељни часопис бр. 43/1929: Промет путника на железничким станицама, Београд, 1929. г.
Економист, часопис, 9-10/1929: Статистика железница Краљевине Југославије, Београд, 1929.г.
Привреда Војводине, годишњак Трговинско-индустријске и занатске коморе, Нови Сад, 1930. г.
Југословенске државне железнице: Завршни рачуни 1918/19-1937/38 године, са најважнијим експлоатационим подацима, Београд, 1939. г.
Републички завод за статистику: Саобраћај и телекомуникације, билтен, Београд, 2019. г.

Aleksandar S. Blagojević, Ph.D.
aca.vucans@gmail.com

State of Railway Traffic in Vojvodina after the Attitudes and the Postal Development

Abstract: *Railway in Vojvodina have been built since 1856.According to a peace treaty it became a part of a railway network of a new country in 1918.Rails on that territory were not as destroyed in Vojvodina as they were in Serbia during the World War I but they were damaged and had barely any transporting ability. After the annexation of Vojvodina to Serbia, the existing rails were reconstructed, new rails and railway infrastructure were built and some new rules regarding railway traffic were introduced. During the first couple of years railway system in a new country was not centralized and it was controlled by five different regional sections, one of which was located in Subotica for territory of Backa, Banat and Baranja. In the period from 1923/24 to the World War II the railway system was centralized. Regarding the difficulties and problems that the new country had encountered, the development and the results of a management between the two World Wars were satisfying.*

Keywords: *railway, Vojvodina,inherited condition,traffic, railway network.*

Датум пријема рада: 03.09.2019.

Прегледни чланак 341.123.043
doi:10.5937/zrpfns54-23822

Др Татјана М. Милић
tatjana.milic@gmail.com

ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ УЛОГЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У РАДУ САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ УН*

Сажетак: *Емпиријско истраживање међународног права представља предмет све већег интересовања у научним круговима у свету. У овом раду је представљен пример једног таквог истраживања. Емпиријским истраживањем података о позицијама које су изнете поводом употребе силе против СР Југославије 1999. године тестирана је хипотеза о оперативној улози међународног права у раду Савета безбедности УН: да ли је оно коришћено у формирању позиција, у оцени ситуације и у предлагању њеног решења. У уводном делу рада представљене су основне одлике и развој емпиријског истраживања међународног права. Потом је уследио осврт на основна теоријска полазишта о улози међународног права. У наредним деловима рада изложени су хипотетички оквир, методе и резултати истраживања. На крају, изведени су закључци о резултатима истраживања и указано је на неопходност ширења и развоја знања потребних за спровођене емпиријског истраживања међународног права и на неопходност расправе о његовим могућностима и дометима у науци међународног права.*

Кључне речи: *емпиријско истраживање, међународно право, Савет безбедности УН, употреба силе, Савезна република Југославија.*

1. ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Почетком XXI века расте интересовање научника из области права и друштвених наука да емпиријски истраже право и дејство које оно произ-

* Рад је резултат рада на пројекту „Емпиријско истраживање улоге међународног права у раду Савета безбедности УН на примеру употребе силе против СР Југославије 1999, године“ који је аутор реализовала на Правном факултету Универзитета у Новом Саду у периоду од 1. новембра 2018. до 31. октобра 2019, а за који је средства обезбедио Покрајински секретаријат за високо образовање и научно истраживачку делатност АПВ (Пројекат бр. 142-451-3422/2018-02).

води у стварности, али и утицај друштвених, политичких, економских, психолошких и других околности на право. Ова промена се одражава и у настојању правних научника (истраживача) да применом емпиријских метода достигну научне стандарде који се примењују у природним и друштвеним наукама и тако развију методологију права.

У литератури се користи више назива да би се означио овај емпиријски научни талас. Придев емпиријско упућује да се сазнање о предмету стиче на основу искуства односно опажајући предмет истраживања у стварности. Најчешће су у употреби називи емпиријско правно истраживање (*empirical legal research*) или емпиријске правне студије (*empirical legal studies*). Назив емпиријске правне дисциплине, који налазимо у домаћој литератури, подразумева „научне дисциплине које проучавају право као друштвену појаву", односно проучавају различите чињенице у вези с правом.[1] Емпиријско правно истраживање, према Херберту Крицеру (*Kritzer*), одликује „употреба *систематски* прикупљених података, било квалитативних било квантитативних, да би се описао или другачије анализирао одређени правни феномен".[2] Већина аутора наглашава да је циљ ових истраживања да анализирају како право делује у пракси, док је мали број аутора истакао да емпиријска правна истраживања обухватају и истраживање природе права.[3] У литератури је приметно недовољно јасно одвајање емпиријских истраживања других наука о различитим чињеницама које су у вези с правом од емпиријских истраживања у правној науци. Зато се у овом раду користи шири појам *емпиријско истраживање права* да означи примену емпиријских метода у истраживању природе и ефеката права. Дакле, емпиријско истраживање права систематски и транспарентно прикупља и анализира емпиријске доказе (податке) на основу којих описује или објашњава право и његово дејство у стварности. Циљ ових истраживања није само превазилажење изолованости правне науке од друштвене средине у којој право настаје и делује, већ и унапређење методологије права кроз примену и прилагођавање емпиријских метода који се примењују у другим наукама. Емпиријско истраживање права може бити квантитативно или квалитативно, стога је погрешно његово поистовећивање само са квантитативним истраживањима, посебно ако се има у виду да је могуће користити и мешовити приступ (*mixed methods*) који комбинује квантитативне и квалитативне методе истраживања.

---

[1] Goran Dajović, „Proučavanje prava – pravna nauka, teorija i filozofija", *Pravni zapisi* 2/2017, 232.

[2] Herbert M. Kritzer, "The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research", *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (eds. Peter Cane, Herbert M. Kritzer), New York 2010, 883, (курзив у оригиналу цитираног текста).

[3] Вид. Tatjana Milić, „Empirijsko istraživanje prava: revolucija ili nemoguća misija?, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/2019, 95-123.

Емпиријски приступ представља промену приступа у истраживању права, коју поједини аутори чак квалификују и као револуцију. У међународном праву је према Шаферу (*Shaffer*) и Гинсбургу (*Ginsburg*) дошло до „емпиријског заокрета" јер „на основу деценија теоријског рада у праву и друштвеним наукама, нова генерација емпиријских истраживања разматра како међународно право делује у различитим контекстима. Застарела је теоретска расправа о томе да ли је међународно право битно. Оно што је сад битно јесте истраживање услова под којим настаје и делује међународно право".[4] Емпиријско истраживање је, како кажу поменути аутори, мултидисциплинарно и укључује примену више метода.[5]

Како је дошло до емпиријског заокрета у међународном праву? Историјски искорак ка емпиријским истраживањима у области права учинили су двадесетих година XX века припадници америчког правног реализма.[6] Значајан допринос развоју емпиријских истраживања права пружила су научна интердисциплинарна истраживања права и друштва (*Law and Society*), као и права и економије (*Law and Economics*), који су се развили после II светског рата у САД.[7] Ова два научна кретања су институционализована оснивањем посебних удружења (*Law and Society Association*) и научних часописа (*Journal of Law and Economics, Law & Society Review*). Када је емпиријско истраживање међународног права у питању, у литератури се истиче да су на његов развој значајно утицали радови Ласвела (*Lasswell*) и Мек Дугала (*McDougal*).[8] Ова двојица се сматрају зачетницима Њу Хејвен (*New Haven*) школе међународног права која право, између осталог, посматра као средство у служби друштва.[9] Поједини аутори су такође нагласили како је, поред емпиријских тенденција у праву генерално, на прихватање емпиријског приступа у међународном праву утицала и потреба да се превазиђе раздвојеност науке међународних односа и међународног права.[10] Коначни подстицај несумњиво је дошао артикулисањем посебног научног правца на почетку XXI века – емпиријских правних студија или истраживања (*Empirical Legal Studies*).[11]

[4] Gregory Shaffer, Tom Ginsburg, "The Empirical Turn in International Legal Scholarship", *American Journal of International Law*, 106/2012, 1.

[5] *Ibid*.

[6] За детаљнији приказ развоја емпиријских истраживања права пре II светског рата видети H.M. Kritzer, 875-900.

[7] Кључно средиште њиховог развоја представљао је Универзитет у Чикагу.

[8] G. Schaffer, T. Ginsburg, 2.

[9] Вид. Frederick S. Tipson, "From International Law to World Public Order: Who Studies What, How, Why", *Yale Journal of International Law*, 4/1978, 39-88; Molly Land, "Reflections on the New Haven School", *New York Law School Law Review*, Volume 58, 2013/14, 920.

[10] Susan D. Franck, "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution", *Virginia Journal of International Law*, 4/2008, 775-784.

[11] Вид. Theodore Eisenberg, "The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns", *University of Illinois Law Review* 5/2011, 1713-1738.

Промену у приступу можда најбоље илуструју два догађаја у организацији Америчког удружења за међународно право. На симпозијуму о методу међународног права (1999) „нити један прилог није разматрао метод у смислу друштвених наука“, већ су се под овим именом разматрале уствари теорије међународног права.[12] Деценију касније, међутим, један од панела на годишњој конференцији Удружења био је посвећен управо емпиријским истраживањима међународног права.[13]

Шта је подстакло емпиријска истраживања у области међународног права? Поједини аутори истичу да је овај процес резултат веће улоге међународног права у глобалном управљању и већег интересовања других дисциплина за међународно право.[14] У овом другом погледу они истичу теоријске погледе у оквиру науке међународних односа који сматрају да међународно право игра улогу у обликовању светског поретка. Такође, развој у области технике и технологије омогућио је олакшан приступ мноштву емпиријских података и смањио утрошак времена и ресурса потребних за анализу података.

Показатељи интересовања за емпиријско истраживање у области међународног права су: пораст броја емпиријских радова о међународноправним темама прво у часописима разних друштвених наука, а потом и у правним часописима;[15] појава књига које представљају резултате примене емпиријских метода истраживања међународног права;[16] спровођење курсева и обука о емпиријским методама у оквиру наставе (међународног) права на универзитетима,[17] организовање радионица и конференција[18] и умрежавање истраживача.[19]

---

[12] G. Shaffer, T. Ginsburg, 3.

[13] ASIL 104th Annual Meeting, International Law in Times of Change, Empirical Approaches to International Law, 2010, *https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ANNUAL_MEETING_Program_2010.pdf*, 09.08.2019.

[14] G. Shaffer, T. Ginsburg, 5.

[15] *Ibid*, 7.

[16] Вид. Beth A. Simmons, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge University Press, New York 2009; Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford University Press, Oxford 2014; Rosanna Deplano, *The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Study*, Springer, Heidelberg-New York 2015.

[17] Правни факултет Универзитета Харвард у наставном програму има и предмет „Емпиријски приступи међународном праву“. Harvard Law School, Empirical Approaches to International Law, *https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=70516*, 15.08.2019.

[18] The Neglected Methodologies of International Law: Empirical, Socio-legal and Comparative, University of Leicester, 31 January 2018, *https://www2.le.ac.uk/departments/law/research/celi/files/neglected-methodologies-of-international-law-programme*, 15.08.2019. Вид. Gijs van Dijck, Shahar Sverdlov, Gabriela Buck, “Empirical Legal Research in Europe: Prevalence, Obstacles and Interventions”, *Erasmus Law Review* 2/2018, 105-119.

[19] Мрежа истраживача права, политичких наука и филозофије *NoLesLaw* (*Network of Legal Empirical Scholars*) формирана је с циљем да се повећа квалитет, ниво и важност емпиријског правног истраживања европског и међународног права и институција.

Емпиријски приступ је до сада примењен у истраживању тема из области међународног економског права, посебно међународних инвестиција и арбитражног решавања инвестиционих спорова.[20] Такође, емпиријским методама истраживане су и теме из међународног кривичног права,[21] међународног хуманитарног права и људских права,[22] али и међународног права о заштити животне средине.[23] Емпиријски су истраживани и судска пракса различитих међународних судских тела и фактори који утичу на рад међународних судова и судија.[24] Ни питања која се односе на изворе међународног права нису избегла емпиријску перспективу разматрања.[25]

Емпиријски приступ, по мишљењу Елене Бејлис (*Baylis*), може преобразити међународно право, тако што би омогућило да се његово стварање и спровођење размотри у различитим контекстима и на основу различитих улазних информација (инпута).[26] Она наглашава да је битно расправити и утврдити стандарде ефикасног и ригорозног емпиријског истраживања. Зато су кључна методолошка питања међународног права: Који су методи прикладни за међународно право? Које технике су потребне за добијање поузданих података који адекватно одговарају теоретским концептима и циљевима политика? Како методе позајмљене из других дисциплина прилагодити за истраживање правних питања?.[27]

Какав је однос емпиријског и доктринарног (теоретског) истраживања међународног права? Холтерман (*Holtermann*) и Мадсен (*Madsen*) су развили

---

[20] G. Shaffer, T. Ginsburg, 2012, 30-37. Вид. референтни часопис *Journal of International Economic Law*.

[21] Damien Scalia, Marie-Sophie Devresse, "Empirical analysis of international criminal law: perception and experience of tried people", *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (eds. J. K. Heller et al.), Oxford 2019; Jakob v. H. Holtermann, Anne Lise Kjær, "What ‚If'? The Emerging Epistemic Community of International Criminal Justice", *European Journal of Legal Studies* Special Issue 2019, 49-90; Michal Onderco, Barbora Hola, Stijn Ruiter, "Testing Detachment of International Criminal Tribunals: Empirical Evidence from the ICTY", *Transnational Legal Theory* 4/2013, 396-418.

[22] G. Shaffer, T. Ginsburg, 20-30; Jessica S. Burniske, Naz K. Modirzadeh, Pilot Empirical Survey Study on the Impact of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action, HLS PILAC, CHE Project, March 2017, *http://blogs.harvard.edu/pilac/files/2017/03/Pilot-Empirical-Survey-Study-2017.pdf*, 16.08.2019.

[23] G. Shaffer, T. Ginsburg, 38-41.

[24] Xuechan Ma, Shuai Guo, „An Empirical Study of the Voting Pattern of Judges of the International Court of Justice (2005-2016)", *Erasmus Law Review* 3/2017, 163-174; Shashank P. Kumar, Cecily Rose, "A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012", *European Journal of International Law* 3/2014, 893–917; Urka Sadl, Yannis Panagis, "What is a Leading Case in EU law? An empirical analysis", *European Law Review* 1/2015, 15-34.

[25] G. Shaffer, T. Ginsburg, 11-15.

[26] Elena Baylis, "The Transformative Potential of Rigorous Empirical Research", *ASIL Proceedings* 2010, 31-33.

[27] *Ibid*.

модел за критичку расправу према ком су могућа три идеална типа односа емпиријског и доктринарног истраживања: толеранција (мирољубива али асиметрична коегзистенција ова два приступа заснована на релативној супрематији доктринарног права), синтеза (мирољубива коегзистенција „заснована на узајамном признању кључне вредности“ оба приступа за „разумевање права у потпуности“), и замена (емпиријски приступ брише и/или замењује доктринарни).[28]

2. ТЕОРИЈСКА РАЗМАТРАЊА УЛОГЕ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Емпиријско истраживање по себи није атеоријско истраживање. Прво, оно и као квантитативно и као квалитативно претпоставља полазни став према теорији. Код квантитативног приступа прикупљени емпиријски подаци се анализирају да би се провериле теоријске поставке о предмету истраживања, док се код квалитативног приступа на основу емпиријских искустава настоји изградити теорија о предмету истраживања.[29] Друго, одвојеност емпиријског од теоријског у научном истраживању није научно заснована, јер је методологија једне науке целина коју чине теорија, методе и технике истраживања.[30] Сходно томе, пре него што се упустимо у разматрање резултата нашег емпиријског пројекта представићемо у кратким цртама доктринарна становишта о улози или функцији међународног права генерално, као и у раду Савета безбедности Уједињених нација (СБУН).

Право је инструмент друштвене контроле[31] и друштвене промене.[32] То потврђује и Филип Алот (*Allot*) који напомиње да је улога међународног права у међународној заједници иста као и функција права у било којој заједници.[33] Право је динамички принцип друштва – промена у стабилности, стабилност промене.[34] Он истиче да је изнад права суперструктура друштвених

---

[28] Jakob v.H. Holtermann, Mikael Rask Madsen, “Toleration, Synthesis or Replacement? The ‘Empirical Turn’ and its Consequences for the Science of International Law”, *Leiden Journal of International Law* 2016, 1002-1003.

[29] Вид. Alan Bryman, *Social Research Methods*, Oxford University Press, New York 2012, 36.

[30] Вид. Miroslav Pečujlić, Vladimir Milić, *Metodologija društvenih nauka*, Grafika, Beograd 1995, 21.

[31] Вид. Roscoe Pound, *Social Control through Law*, Yale University Press, New Haven 1942.

[32] K.D. Gangrade, “Empirical Methods as Tools of Research”, *Journal of the Indian Law Institute* 24/1982, 635.

[33] Philip Allot, “True Function of Law in International Community”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5, 1998, 391, Превод нав. према Сања Ђајић, *Практикум за међународно јавно право – општи део*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад 2007, 20.

[34] Нав. према С. Ђајић, 21.

процеса која садржи и политику, која је „борба за утврђивање општег интереса друштва и борба за доминацију јавном сфером, поготово на нивоу стварања и извршавања права. Преко политике ми се боримо ко ће доминирати законодавним процесом, шта ће бити садржина права, како ће се право применити“.[35] Функција права је да „омогући друштву да изабере своју будућност. Право је створено у прошлости да би било примењено у садашњости, како би друштво задобило одређени облик у будућности. Право преноси из прошлости у будућност идеју једног друштва о сопственој будућности“.[36]

Поред тога међународно право има и „улогу у решавању структуралних проблема у међународној заједници“, и улоге које остварује као „средство комуникације и усаглашавања супротстављених интереса ... средство за формулисање заједничких вредности међународне заједнице...средство за оправдавање поступака у међународним односима“.[37] У домаћој литератури се истиче да су ово посебне улоге међународног права, које се могу препознати и у циљевима Уједињених нација.[38]

Домаћи аутори су на основу постојећих сазнања у међународноправној доктрини класификовали функције (улоге) међународног права на: нормативну, заштитну, комуникацијску и легитимацијску.[39] Међународно право има нормативну и заштитну улогу јер оно одређено понашање оцењује као легално или нелегално и предвиђа заштиту од нелегалног понашања.[40] Оно такође има и комуникацијску улогу „заједничког језичког оквира у ком је могућа размена аргумената ради решавања спорова“.[41] Коначно, међународно право има улогу средства које омогућује актерима да легитимишу своје интересе у међународној политици.[42]

Неке од поменутих улога међународног права можемо препознати и у ставовима који се износе у раду органа међународних организација, пре свега УН. На основу постојећих научних сазнања можемо издвојити посебне улоге које међународно право има у раду органа УН.[43] Прва је *конституи-*

[35] *Ibid*.

[36] P. Allot, 399.

[37] Onuma Yasuaki," International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society", *European Journal of International Law* 1/2003, 130.

[38] С. Ђајић, 23.

[39] Vesna Knežević-Predić, Miloš Hrnjaz, „Čemu služi međunarodno pravo: pogled iz Srbije“, Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Politika: nauka i profesija (ur. Milan Podunavac, Žarko Paunović), maj-jun 2013, Beograd, 254.

[40] *Ibid* (izostavljen je kurziv iz originala teksta citiranog članka).

[41] *Ibid*. 258.

[42] *Ibid*. 261.

[43] Ian Hurd, "The UN Security Council and the International Rule of Law", *Chinese Journal of International Politics* 2014, 1-19. Rosanna Deplano, "The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis", *Emory International Law Review* 2015, 2085-2112.

тивна улога јер су Уједињене нације установљене на основу међународног уговора у ком су утврђене надлежности организације и њених органа. Међународно право одређује састав органа УН, начин рада и субјекте који могу учествовати у њиховом раду, као и процес одлучивања. Друга је *контролна* улога, пошто међународно право утврђује границе у деловању органа, како у њиховом међусобном односу тако и у односу на државе чланице. Коначно, закључујемо да међународно право има и *оперативну* улогу у раду органа УН. Оно омогућава органима и субјектима који учествују у њиховом раду да изграде став о проблему који је на дневном реду органа, да дају оцену и о правним аспектима тог проблема и да на основу међународног права предложе могуће решење проблема. Управо је оперативна улога међународног права предмет емпиријског истраживања чије резултате ћемо представити у овом раду.

3. УЛОГА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У РАДУ САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ УН: ПРИМЕР УПОТРЕБЕ СИЛЕ ПРОТИВ СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

3.1. Основне хипотезе

Како би проверили закључак о оперативној улози међународног права у раду органа УН, емпиријски смо истражили рад СБУН поводом употребе силе против СР Југославије (СРЈ) 1999. године. Избор контекста истраживања је опредељен чињеницом да се 2019. навршило две деценије од како су државе чланице једне регионалне организације (НАТО), без одобрења СБУН, употребиле силу против СРЈ. Иако је Савет још 1992. потврдио да СРЈ „не може аутоматски наставити чланство“ СФРЈ у УН, она је свеједно била обухваћена забраном употребе силе која се, према одредбама члана 2 (став 4) Повеље УН, једнако односи и на државе чланице УН и на нечланице.[44]

Емпиријски приступ ће нам омогућити да научно опишемо и објаснимо улогу међународног права у раду СБУН, али и да покушамо измерити утицај међународног права у раду СБУН. Резултати истраживања ће нам пружити другачију перспективу на догађај који је обликовао не само како наше друштво види међународно право и његову улогу у међународним односима, већ и како УН и државе чланице граде своје позиције о ситуацијама употребе силе.

Генерална хипотеза од које смо пошли у истраживању гласи да је у раду СБУН поводом употребе силе против СР Југославије међународно право има-

[44] S/RES/777(1992), 16. септембар 1992.

ло троструку улогу: у изградњи позиције учесника у раду СБУН, у евалуацији ситуације употребе силе и у креирању одговарајуће реакције. Сходно томе, развили смо три кореспондирајуће посебне хипотезе: прва, да су позиције изнете у раду СБУН формиране на основу аргумената међународног права; друга, да је у тим позицијама ситуација на основу међународног права оцењена као легална или нелегална; и трећа, да су у позицијама предлагана решења ситуације која су садржала елементе међународног права. Поред тога, кроз појединачне хипотезе смо истражили да ли су одређени фактори (учествовање у нападу на СРЈ, статус у раду СБУН, чланство у регионалним организацијама и др.) утицали на оперативну улогу међународног права у раду СБУН поводом употребе силе против СРЈ.

3.2. Методе истраживања

Концепте који су садржани у хипотезама операционализовали смо претварајући их у индикаторе и варијабле које можемо посматрати и мерити. На основу тога изградили смо основни инструмент истраживања – базу података.

Основна јединица истраживања је позиција актера који су учествовали у раду СБУН (сталне и несталне чланице СБУН, чланице УН, међународне организације). Сагласно томе, идентификовали смо укупно 99 позиција и за њих смо прикупили одговарајуће податке у бази података. Временски оквир истраживања обухвата период употребе силе против СРЈ: од 24. марта до 10. јуна 1999.

Податке о садржају позиција прикупили смо из докумената СБУН.[45] Реч је о пет записника са седница СБУН које су одржане у временском оквиру истраживања.[46] Подаци су прикупљени применом методе квалитативне анализе садржаја докумената и унети у базу података. Том приликом одређене квалитативне податке смо квантификовали претварајући их у нумеричке податке. Стога је важно напоменути да тиме нисмо променили њихов карактер квалитативне тј. категоријалне варијабле.

Прикупљене податке смо анализирали применом статистичке методе: дескриптивне (табеле фреквенција) и инференцијалне статистике (Хи квадрат тест). За статистичку обраду података користили смо програм *JASP*.[47]

---

[45] Документи су јавно доступни на званичној страници СБУН. Вид. https://www.un.org/securitycouncil/.

[46] Ради се о записницима са следећих седница СБУН: S/PV.3988 24. марта, S/PV.3989 26. марта, S/PV.4000 8. маја, S/PV.4003 14. маја и S/PV.4011 од 10. јуна 1999.

[47] Ради се се о *open-source* статистичком програму који је направио тим са Универзитета у Амстердаму.

3.3. Резултати истраживања

3.3.1. Анализа рада СБУН

Иако је јединица анализе истраживања позиција актера у раду СБУН, прво је било важно представити податке који сумирају рад и позицију самог СБУН поводом употребе силе против СРЈ. У посматраном временском оквиру истраживања СБУН је одржао шест седница.[48] Том приликом је разматрао предлоге четири, а усвојио је три акта: две резолуције и једно председничко саопштење.[49] Резолуције су усвојене уздржаном већином: Кина је била уздржана код усвајања обе резолуције (1239 и 1244), а Русија код усвајања резолуције 1239.[50] Један предлог који није усвојен је нацрт резолуције у ком је оцењено да је НАТО „употребио војну силу против Савезне Републике Југославије без одобрења Савета“ и да је таква „једнострана употреба силе флагрантна повреда Повеље Уједињених нација, посебно чланова 2(4), 24 и 53“.[51] Акти који су у посматраном периоду усвојени у СБУН формирани су коришћењем аргумената из области међународног права, али нису садржали оцену легалности употребе силе против СРЈ.

3.3.2. Посебне хипотезе

Основна претпоставка истраживања је да су актери своје позиције у раду СБУН поводом употребе силе против СРЈ формирали користећи аргументе из међународног права. Дескриптивна статистика је потврдила ову претпоставку, јер је од укупног броја позиција (99) чак 92,9% (92) формирано применом аргумената из међународног права (Табела 1).

Табела 1: Расподела позиција према коришћењу аргумената из међународног права (*f* означава ферквенцију тј. колико пута се нека вредност појављује)

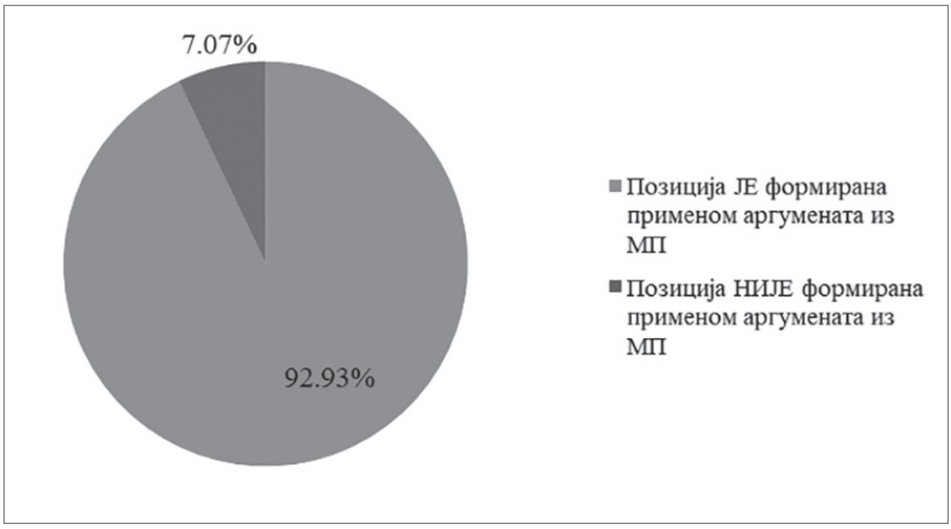
Позиција формирана применом аргумената из МП	*f*	%
ДА	92	92,93
НЕ	7	7,07
Укупно	99	100%

[48] У посматраном периоду састав СБУН поред сталних чланица чиниле су и следеће несталне чланице: Аргентина, Бахреин, Бразил, Канада, Габон, Гамбија, Малезија, Намибија, Холандија и Словенија.

[49] Усвојене су резолуције S/RES/1239, 14. маја и S/RES/1244, 10. јуна 1999, а председничко саопштење S/PRST/1999/12, 14. маја 1999.

[50] S/RES/1239 је усвојена са 13 гласова за и 2 уздржана (S.PV.4003, стр.9), а S/RES/1244 је усвојена са 14 гласова за и једним уздржаним (S.PV.4011, стр. 9).

[51] S/1999/328, 26. март 1999. Предлог који су поднеле Белорусија, Индија и Русија је одбијен на седници СБУН 26. марта 1999. јер су само Кина, Намибија и Русија гласале за његово усвајање, а осталих 12 чланица СБУН су биле против (S.PV.3989, стр. 6).



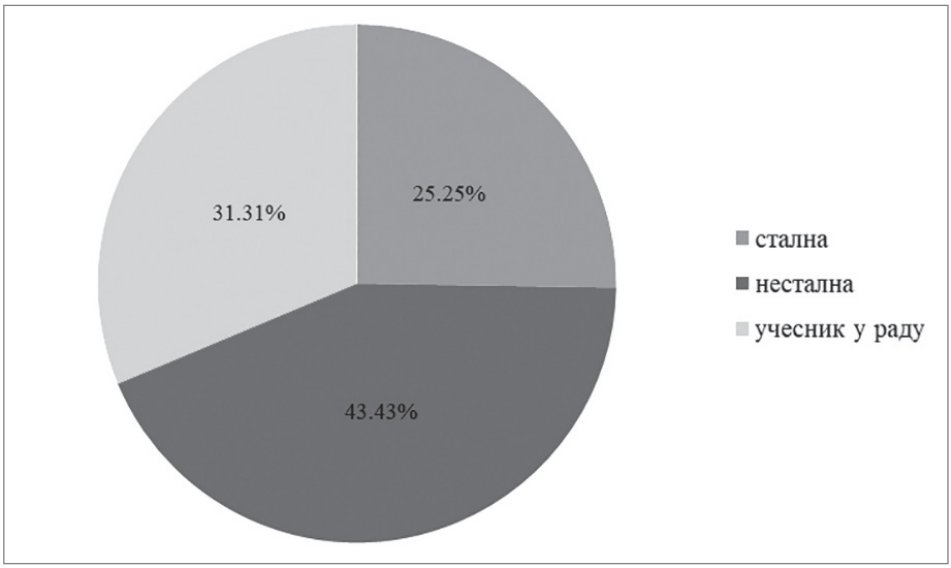
Графикон 1: Расподела позиција у СБУН према примени аргумената из међународног права

Позиције изнете у току посматраних пет седница СБУН[52] анализирали смо према статусу њихових аутора у раду СБУН. Резултати су показали да су аутори скоро трећине позиција (31,30%) актери који су у раду СБУН учествовали по позиву (Табела 2).

Табела 2: Расподела позиција према статусу аутора позиције у СБУН

СТАТУС У СБУН	*f*	%
Стална чланица	25	25,30
Нестална чланица	43	43,40
Учествује у раду	31	31,30
УКУПНО	99	100

[52] На седници 4011 од 14. маја 1999. није било изјава учесника у раду јер је само јавно прочитано председничко саопштење S/PRST/1999/12 о бомбардовању амбасаде НР Кине у Београду



Графикон 2: Расподела позиција према статусу аутора позиције у СБУН

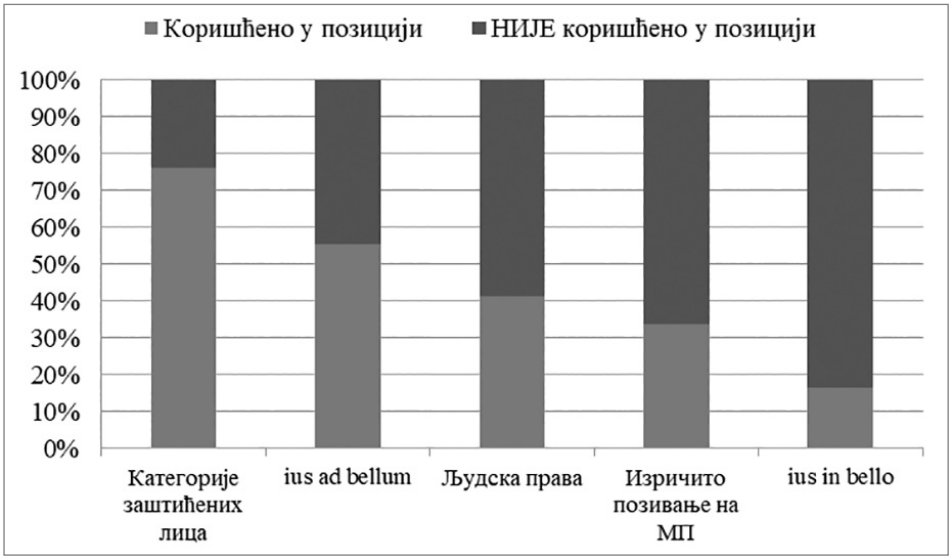
Табеле фреквенција пружиле су детаљнији увид у распоред 92 позиције према области међународног права која је коришћена у формирању позиција актера у раду СБУН (Табела 3). Како је у једној позицији било могуће користити аргументе из више области међународног права, одлучили смо за сваку одабрану област међународног права испитати да ли је коришћена у позицији или не.[53] Резултати су показали да можемо направити једну скалу чија би два пола показивала негативну и позитивну разлику у проценту позиција у којима је област коришћена и у којима није.

Табела 3: Расподела позиција према областима међународног права

Коришћено у позицији	Категорије заштићених лица		*ius ad bellum*		Људска права		Изричито позивање на МП		*ius in bello*	
	f	%	*f*	%	*f*	%	*f*	%	*f*	%
ДА	70	76,08	51	55,43	38	41,30	31	33,69	15	16,30
НЕ	22	23,92	41	44,57	54	58,70	61	66,31	77	83,70
Укупно	92	100	92	100	92	100	92	100	92	100

[53] Ради се о областима које смо идентификовали на основу ситуације која је предмет истраживања и на основу процеса кодирања садржаја докумената из којих су прикупљани подаци.

На позитивном полу те скале су категорије заштићених лица (избеглице, расељена лица, цивили), јер је чак три пута већи проценат позиција у којима су оне поменуте (76,08%) у односу на позиције у којима нису (23,92%). И област која је директно повезана са употребом силе у СРЈ, *ius ad bellum*, има позитиван резултат, али с мањом разликом (55,43% у којима је коришћено према 44,57% у којима није). На негативној страни скале, најмање је изражена разлика у погледу коришћења аргументације из области људских права (41,3% у којима је коришћена према 58,7% у којима није). Када је реч о изричитом позивању на међународно право разлика је два пута (33,69% према 66,31%). Најизраженији негативан однос је у коришћењу аргумената из *ius in bello* јер је пет пута мањи проценат позиција у којима је коришћено (16,3%) према оном у ком није (83,7%).



Графикон 3: Расподела позиција према областима међународног права

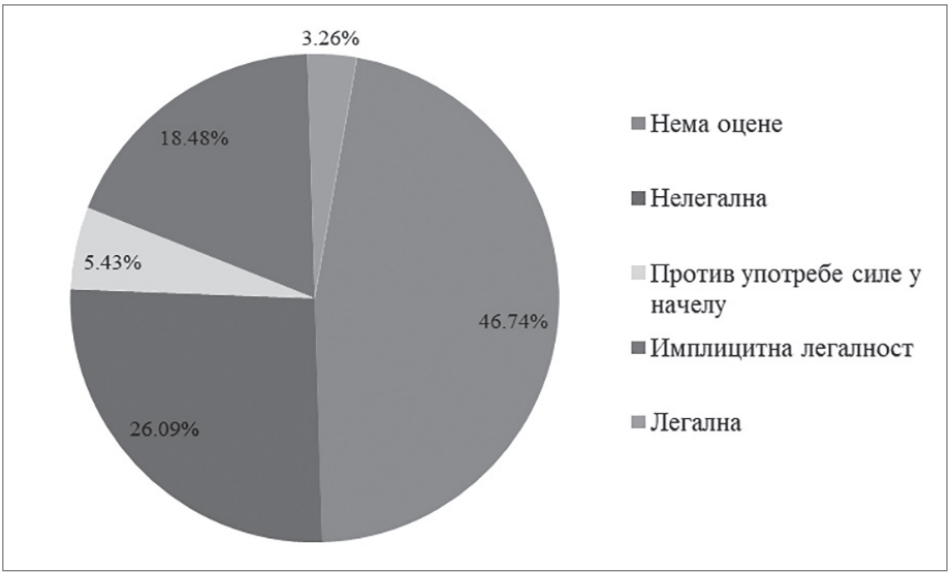
Пошто су резултати статистичке обраде података потврдили прву посебну хипотезу, приступили смо тестирању друге посебне хипотезе да би утврдили како су актери квалификовали употребу силе против СРЈ. Евалуацију употребе силе смо пратили преко ординалне варијабле с вредностима: нема оцене легалности, нелегална, против употребе силе у начелу, имплицитна легалност, легална.[54] Расподела броја позиција указује да су субјекти

[54] Вредности „против употребе силе у начелу“ и „имплицитна легалност“ указују да је аутор позиције избегао да изричито квалификује ситуацију као легалну/нелегалну, али је одређеним елементима назначио квалификацију.

у раду СБУН најчешће (46,74%) избегавали да оцене легалност употребе силе против СРЈ.[55] Анализа позиција у којима је ситуација изричито квалификована указују да је далеко већи број позиција у којима је употреба силе квалификована као нелегална (26,09%) него као легална (3,26%). Такође, у 5,43% позиција актери су изјавили да су против употребе силе у начелу. С друге стране, резултати показују и да је у 18,48% позиција легалност употребе силе против СРЈ била имплицирана (Табела 4).

Табела 4: Расподела позиција према евалуацији легалности употребе силе против СРЈ

ЕВАЛУАЦИЈА УПОТРЕБЕ СИЛЕ ПРОТИВ СРЈ	*f*	%
Нема оцене	43	46,74
Нелегална	24	26,09
Против употребе силе у начелу	5	5,43
Имплицитна легалност	17	18,48
Легална	3	3,26
УКУПНО	92	100%



Графикон 4: Расподела позиција према евалуацији легалности употребе силе против СРЈ

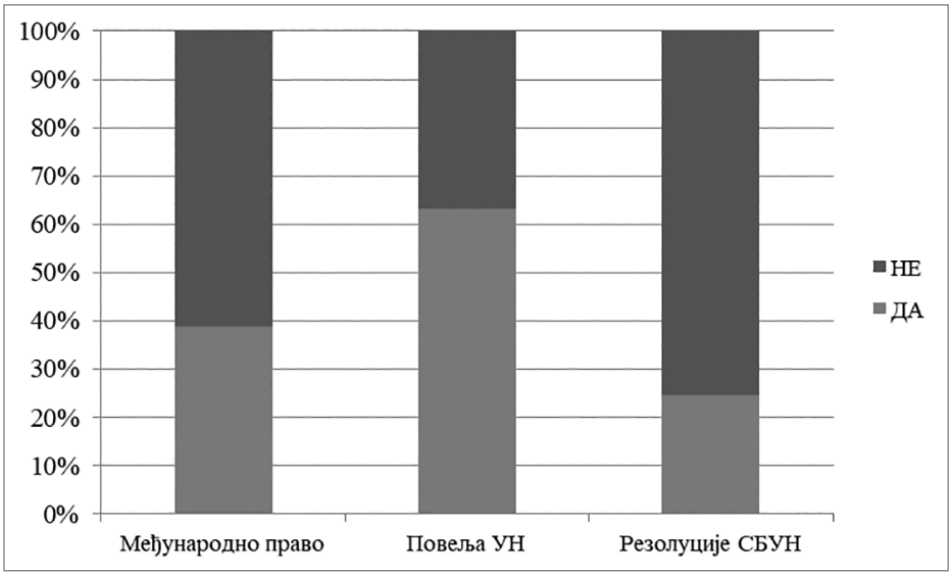
[55] Напомена да разматрамо 92 позиције од 99 анализираних, јер је то укупан број позиција формираних коришћењем аргумената из међународног права.

Додатно смо испитали и какав је распоред позиција о евалуацији употребе силе према правном основу на који се позиција позива у евалуацији (Табела 5). У једној позицији могуће је позивање на више правних основа.

Табела 5: Расподела позиција о евалуацији легалности употребе силе према правном основу евалуације

ЕВАЛУАЦИЈА ЛЕГАЛНОСТИ УПОТРЕБЕ СИЛЕ ПРОТИВ СРЈ	Укупан број позиција у категорији	Међународно право		Повеља УН		Резолуције СБУН	
		ДА	НЕ	ДА	НЕ	ДА	НЕ
Нелегална	24	17	7	22	2	1	23
Против употребе силе у начелу	5	0	5	1	4	1	4
Имплицитна легалност	17	1	16	8	9	10	7
Легална	3	1	2	0	3	0	3
УКУПНО		19	30	31	18	12	37

Разлика у броју позиција које су се позивале и које се нису позивале на одређени правни основ је највише изражена (у негативном смеру) код резолуција СБУН јер је три пута мањи број позиција у којима се оне користе као



Графикон 5: Расподела позиција о евалуацији према правном основу евалуације

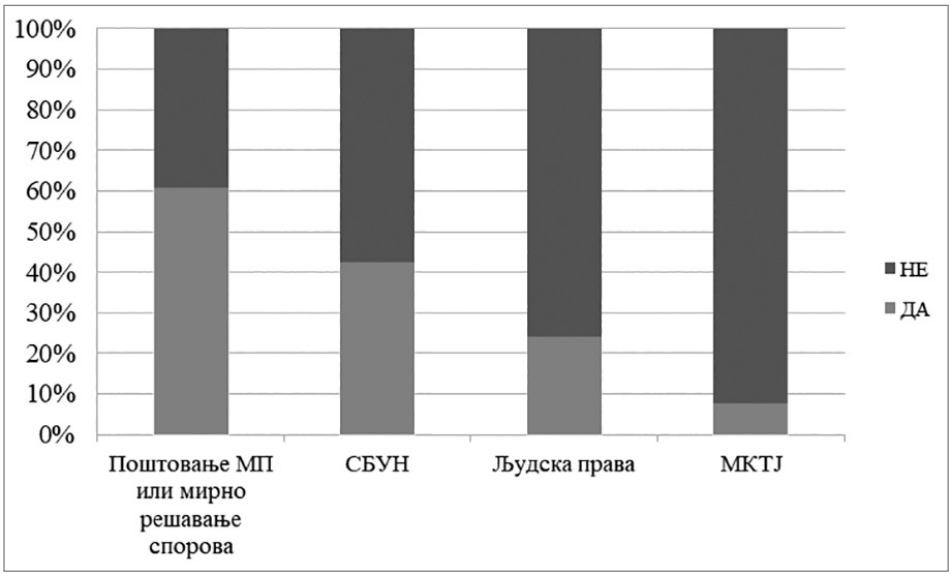
правни основ (37) него број позиција у којима се не користе (12). Једино у случају позиција о имплицитној легалности однос је позитиван. Нешто мања је разлика кад је правни основ међународно право (19 према 30). С друге стране, однос броја позиција о евалуацији које су засноване на Повељи УН је позитиван (31 позиција у којима се користи према 18 у којима не).

Истражили смо и да ли емпиријски подаци потврђују трећу посебну хипотезу да су у позицијама изнетим у раду СБУН поводом употребе силе против СРЈ предлагана решења која су садржала елементе међународног права. То значи да смо претходно потврдили полазну претпоставку да су позиције формиране коришћењем међународног права. Овај сегмент анализе је урађен тако што смо за сваки одабрани елемент посматрали да ли је коришћен у позицији или не (Табела 6).

Табела 6: Расподела позиција о решењу кризе према елементима међународног права

Решење	Поштовање МП или мирно решавање спорова		СБУН		Људска права		МКТЈ	
	f	%	*f*	%	*f*	%	*F*	%
ДА	56	60,87	39	42,39	22	23,91	7	7,61
НЕ	36	39,13	53	57,61	70	76,09	85	92,39
Укупно	92	100	92	100	92	100	92	100

Резултати су показали да је једино поштовање међународног права или мирно решавање спорова у већини посматраних позиција више коришћено (60,87%) него што није (39,13%). Нешто је мања склоност ка решењима која укључују активност СБУН или поштовање и примену његових резолуција (42,39% позиција у којима је предлагано према 57,61% у којима није предлагано као решење). С друге стране, у случају решења која би се заснивала на поштовању људских права три пута је већи је број позиција у којима није коришћено (76,09%) него број позиција у којима јесте (23,91%). На крају, најмању склоност су аутори позиција исказали према решењима која би укључивала активност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ), Наиме, број позиција у којима овај елемент није предлаган (92,39%) је чак 13 пута већи него број позиција у којима је предлаган (7,61).



Графикон 6: Расподела позиција о решењу кризе према елементима међународног права

3.3.2. Појединачне хипотезе

Појединачним хипотезама смо детаљније анализирали позиције о евалуацији (оцени) легалности употребе силе против СРЈ. Претпоставили смо да су одређене варијабле (одређени фактори) у вези са оценом легалности. Те претпоставке смо проверили применом *табела контигенције или Хи квадрат теста независности* (χ^2). Ради се о статистичкој методи која испитује постоји ли повезаност између фреквенција категоријалних варијабли.[56] Заснива се на разлици између опажених фреквенција и фреквенција које су очекиване према одређеној хипотези о односу варијабли.[57] Како је услов за примену методе да очекиване фреквенције вредности варијабли не смеју бити мање од пет, морали смо варијаблу „евалуација употребе силе“ са пет сажети на три вредности (нема оцене легалности, нелегална, легална) тако што смо вредност „против употребе силе у начелу“ спојили са „нелегална“, а вредност „имплицитна легалност“ са „легална“.

[56] Хи квадрат тест се користи јер се не може применити метод корелације (асоцијације, повезаности) који се користи кад се анализирају квантитативне варијабле.

[57] За приказ ових фреквенција користе се табеле контигенције.

Ако је добијена вредност Хи квадрата, уз одређени степен слободе[58] и на одређеном нивоу вероватноће,[59] већа од граничне (критичне) вредности[60] можемо одбацити нулту хипотезу да не постоји повезаност између посматраних варијабли. За утврђивање да ли је вредност Хи квадрата већа од граничне вредности користе се таблице граничних вредности[61] или неки од статистичких програма (у овом случају *JASP*).

Прво смо тестирали да ли је оцена легалности употребе силе против СРЈ била повезана са статусом аутора позиције у раду СБУН (Табела 7). Статистички програм је израчунао вредност χ^2 15,82 за степен слободе 4 и ниво вероватноће 0,003. Како је ниво вероватноће мањи од 0,01 Хи квадрат је већи од критичне вредности.[62] Стога одбацујемо нулту хипотезу и закључујемо да је евалуација употребе силе била повезана са статусом аутора позиције у раду СБУН.

Табела 7: Табела контигенције евалуације употребе силе и статуса аутора позиције о евалуацији у раду СБУН

ЕВАЛУАЦИЈА	Фреквенције	СТАТУС АУТОРА ПОЗИЦИЈЕ У РАДУ СБУН			УКУПНО
		стални члан	нестални члан	учесник	
Нема оцене	*fo*	7	24	12	43
	fe	11,7	16,9	14,5	43
Нелегална	*fo*	10	4	15	29
	fe	7,9	11,3	9,8	29
Легална	*fo*	8	8	4	20
	fe	5,4	7,8	6,7	20
УКУПНО	fo	25	36	31	92
	fe	25	36	31	92

[58] Вредност степена слободе (df) је резултат множења броја редова (умањен за 1) и броја колона (умањен за 1).

[59] Ниво вероватноће (p) показује колика је вероватноћа да је веза између варијабли резултат случаја или колика је вероватноћа да грешите ако одбаците нулту хипотезу. Обично се унапред одређује као 0,05 или 0,01.

[60] Вредност у којој је расподела фреквенција таква да се може прихватити или одбацити нулта хипотеза.

[61] Ове таблице садрже критичне вредности за степене слободе од 1 до 30 и нивое вероватноће 0,1/0,5/0,025/0,01/0,005.

[62] То потврђују и таблице јер је за степен слободе 4 и ниво вероватноће 0,01 критична вредност 13,27 што је мање од Хи квадрат статистике коју смо израчунали.

Потом смо проверили хипотезу да је оцена легалности употребе силе против СРЈ која је дата у раду СБУН повезана са (не)учешћем аутора позиције у нападу на СРЈ (Табела 8). Програм је израчунао вредност χ^2 26,96 за степен слободе 2 и ниво вероватноће мањи од 0,01. Овај резултат указује да је на овом нивоу вероватноће Хи квадрат већи од критичне вредности.[63] То потврђује да је евалуација употребе силе против СРЈ у раду СБУН била повезана са (не)учешћем субјекта у нападу на СРЈ 1999. године тј. да постоји повезаност између тога да је држава која је учествовала у нападу оценила употребу силе као легалну и обратно.

Табела 8: Табела контигенције евалуације употребе силе и учешћа аутора позиције о евалуацији у нападу на СРЈ (* уместо 92 је 82 позиције јер нисмо могли рачунати СРЈ која је била објект напада и Генералног секретара УН)

ЕВАЛУАЦИЈА	Фреквенције	УЧЕШЋЕ У НАПАДУ НА СРЈ		УКУПНО
		ДА	НЕ	
Нема оцене	*fo*	10	31	41
	fe	11,6	29,4	41
Нелегална	*fo*	0	24	24
	fe	6,8	17,2	24
Легална	*fo*	14	6	20
	fe	5,6	14,4	20
УКУПНО	*fo*	24	61	85*
	fe	24	61	85*

Коначно, испитали смо да ли је оцена о легалности употребе силе против СРЈ била повезана са чланством у НАТО (Табела 9). Резултат χ^2 је 30,13 за степен слободе 2 и ниво вероватноће мањи од 0,01. То значи да је вредност Хи квадрата већа од критичне вредности,[64] па одбацујемо нулту хипотезу и закључујемо да постоји повезаност између оцене легалности употребе силе против СРЈ и чланства аутора позиције у НАТО.

[63] То потврђују и таблице, јер је за ниво вероватноће 0,01 и степен слободе 2 критична вредност 9,21, што је мање од добијене Хи квадрат вредности.

[64] То потврђују и таблице, јер је за степен слободе 2 и ниво вероватноће 0,01 критична вредност 9,21.

Табела 9: Табела контигенције евалуације употребе силе и чланства аутора позиције у НАТО (* 91 позиција јер нисмо рачунали позицију Генералног секретара УН)

ЕВАЛУАЦИЈА	Фреквенције	СТАТУС У НАТО		УКУПНО
		није члан	члан	
Нема оцене	*fo*	32	10	42
	fe	30,9	11,1	42
Нелегална	*fo*	29	0	29
	fe	21,4	7,6	29
Легална	*fo*	6	14	20
	fe	14,7	5,3	20
УКУПНО	*fo*	67	24	91*
	fe	67	24	91*

4. ЗАКЉУЧАК

Резултати овог емпиријског истраживања иду у прилог теоретским поставкама о оперативној улози међународног права у раду СБУН. Основна хипотеза истраживања је прошла емпиријски тест у погледу две од три наведене оперативне улоге међународног права. Потврђена је темељна претпоставка да су актери позиције у раду СБУН формирали ослањајући се на међународно право, јер је у великом броју позиција коришћен неки од међународноправних аргумената. Такође је потврђено да је међународно право имало улогу и у формирању реакције на употребу силе против СРЈ. Истраживање није у потпуности потврдило улогу међународног права у евалуацији употребе силе, јер је у скоро половини позиција избегнута оцена легалности употребе силе.

Резултати се могу тумачити и као доказ да код држава постоји осећај обавезаности међународним правом, али и као доказ теоретских полазишта о улози међународног права генерално. Истраживање је показало да су учесници у раду СБУН подржали начело мирног решавања спорова и главну улогу СБУН у одржању међународног мира и безбедности, што иде у прилог теоретским ставовима да међународно право служи као средство комуникације и средство формулисања заједничких вредности међународне заједнице. Такође, резултати су потврдили да оно служи и као средство оправдања поступака у међународној заједници. Наиме, неке од држава које су учествовале у нападу на СРЈ су у својим позицијама у раду СБУН настојале да напад оправдају позивајући се на међународно право генерално или на конкретне

изворе права. Иако је ово доказ улоге која, у зависности од околности, међународно право ставља у подређени положај у односу на политику, истовремено указује да је међународно право битан чинилац у међународним односима, јер у противном не би било уопште неопходно да се користи у сврху легитимисања поступака држава.

Налази истраживања су показали неколико занимљивих момената. Анализа структуре позиција по областима међународног права показала је селективну примену међународног права у формирању позиција. Висока фреквенција позиција које су наводиле категорије заштићених лица, а ниска фреквенција коришћења аргумената из области *ius in bello*, показала је недоследност актера који су хуманитарним разлозима правдали употребу силе против СРЈ. Хуманитарни елемент је саставни део *ius in bello* и његова примена, или боље речено заштита коју пружа у оружаним сукобима, независна је од квалификације ситуације према корпусу *ius ad bellum* (да ли је употреба силе била легална или не). Такође, требало би имати у виду да су међународне невладине организације и стручни кругови, укључујући и судије ICTY, указивали на неопходност истраге повреда међународног хуманитарног права почињених у нападу на СРЈ.[65] Анализа предлога за решење ситуације показала је да је ниска фреквенција предлога за решење ситуације који су укључивали активност Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у сагласности са ниском фреквенцијом позивања на аргументе из области *ius in bello*. Овај налаз се, с обзиром на чињеницу да је овај *ad hoc* међународни трибунал формирао управо СБУН, може тумачити и као показатељ невољности држава да се међународно кривично судство установљава одлукама међународних политичких органа ограниченог састава (не заборавимо да је Међународни кривични суд установљен процесом мултилатералног преговарања). Коначно, анализа појединачних хипотеза је показала да је оцена легалности употребе силе против СРЈ повезана са статусом аутора позиције у СБУН, (не)учешћем у нападу на СРЈ и чланством у НАТО, али то не значи да су ови фактори истовремено и узрок одређене оцене легалности. Такву претпоставку би било неопходно додатно истражити применом других адекватних статистичких метода.

Овом истраживању се могу упутити одређене замерке. Може се рећи да је обухватило један кратак временски период. Иако релативно кратак, временски оквир је одређен објективном чињеницом да је толико трајала противправна употреба силе против СРЈ. Такође, могло би се замерити да је

[65] Тужилаштво МКТЈ (*ICTY*) је одлучило да не покрене истрагу о повредама међународног хуманитарног права од стране НАТО током бомбардовања СРЈ. Ова одлука је наишла на бројне критике шире и стручне јавности. Вид. Paolo Benvenuti, "The ICTY Prosecutor and the Review of NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia", *European Journal of International Law* 3/2001, 503-529.

анализа обухватила само један случај, због чега су резултати и закључци о улози међународног права у раду СБУН ограниченог домета. Теоријска полазишта и број анализираних позиција изнетих у раду СБУН пружају основ и подстицај другим истраживачима да методе и технике примењене у овом истраживању примене и унапреде за истраживање већег броја случајева употребе силе и доношења општег закључка о улози међународног права у реакцијама у СБУН. У погледу науке и друштва у Србији, ово истраживање пружа могућност да истраживачи који се баве питањима које је оно обухватило налазе преиспитају или да потврде раније изнете тврдње у неемпиријским радовима.

Вредност овог истраживања је и у томе што оно нуди емпиријски доказ да често пута понављана изјава, како је међународно право умрло или да више не постоји, одражава поједностављено виђење улоге међународног права у међународним односима. Ово истраживање је показало да је међународно право, иако несавршено, неопходно за функционисање међународне заједнице.

Емпиријско истраживање чији резултати су изложени у овом раду представља покушај аутора да међународноправне аспекте једног историјског догађаја сагледа из другачије перспективе. Оно је својеврсна методолошка вежба која је подразумевала учење у ходу и прављење грешака, јер је и то саставни део савладавања нових метода и стицања сазнања.

Примена емпиријских истраживања у међународном праву је релативно нова и није изненађење што се истраживачи који их примењују суочавају са одређеним практичним изазовима који утичу на организацију, спровођење и квалитет истраживања. Из тих разлога је неопходно отворити расправу о могућностима и улози емпиријских истраживања у науци (међународног) права и њеном развоју. Истовремено, потребно је систематски радити на усвајању и ширењу знања и вештина које су неопходне за адекватну примену емпиријских истраживања у (међународном) праву.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Књиге и чланци:

Allot Philip, “True Function of Law in International Community”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5/1998, 391-413.

Baylis Elena, “The Transformative Potential of Rigorous Empirical Research”, *ASIL Proceedings* 2010, 31-33.

Benvenuti Paolo, “The ICTY Prosecutor and the Review of NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia”, *European Journal of International Law* 3/2001, 503-529

Bryman Alan, Social Research Methods, Oxford University Press, New York 2012.

Dajović Goran, „Proučavanje prava – pravna nauka, teorija i filozofija“, *Pravni zapisi* 2/2017, 222-248.
Deplano Rosanna, “The Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Framework for Analysis”, *Emory International Law Review* 2015, 2085-2112.
Deplano Rosanna, *The Strategic Use of International Law by the United Nations Security Council: An Empirical Study*, Springer, Heidelberg-New York 2015.
Eisenberg Theodore, “The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns”, University of Illinois Law Review 5/2011, 1713-1738.
Franck Susan D., “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, Virginia Journal of International Law, 4/2008,
Gangrade K.D., “Empirical Methods as Tools of Research”, *Journal of the Indian Law Institute* 24/1982, 635-654.
Holtermann Jakob v.H., Madsen Mikael Rask, “Toleration, Synthesis or Replacement? The ‘Empirical Turn’ and its Consequences for the Science of International Law”, *Leiden Journal of International Law* 2016, 1001-1019.
Holtermann Jakob v. H., Kjær Anne Lise, “What ‘If’? The Emerging Epistemic Community of International Criminal Justice”, *European Journal of Legal Studies* Special Issue 2019, 49-90.
Hurd Ian, “The UN Security Council and the International Rule of Law”, *Chinese Journal of International Politics* 3/2014, 361-379.
Knežević-Predić Vesna, Hrnjaz Miloš, „Čemu služi međunarodno pravo: pogled iz Srbije“, Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Politika: nauka i profesija (ur. Milan Podunavac, Žarko Paunović), maj-jun 2013, Beograd, 251-264.
Kritzer Herbert M., “The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research”, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (eds. Peter Cane, Herbert M. Kritzer), New York 2010, 875-900.
Kumar Shashank P., Rose Cecily, “A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012”, *European Journal of International Law* 3/2014, 893–917.
Land Molly, “Reflections on the New Haven School”, *New York Law School Law Review*, Volume 58, 2013/14, 919-928.
Ma Xuechan, Guo Shuai, “An Empirical Study of the Voting Pattern of Judges of the International Court of Justice (2005-2016)”, *Erasmus Law Review* 3/2017, 163-174.
Milić Tatjana, „Empirijsko istraživanje prava: revolucija ili nemoguća misija?, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 3/2019, 95-123.
Onderco Michal, Hola Barbora, Ruiter Stijn, “Testing Detachment of International Criminal Tribunals: Empirical Evidence from the ICTY”, *Transnational Legal Theory* 4/2013, 396-418.
Pečujlić Miroslav, Milić Vladimir, Metodologija društvenih nauka, Grafika, Beograd 1995.
Pound Roscoe, *Social Control through Law*, Yale University Press, New Haven 1942.
Sadl Urska, Panagis Yannis, “What is a Leading Case in EU law? An empirical analysis”, *European Law Review* 1/2015, 15-34.
Scalia Damien, Devresse Marie-Sophie, “Empirical analysis of international criminal law: perception and experience of tried people”, *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (eds. J. K. Heller et al.), Oxford 2019.

Shaffer Gregory, Ginsburg Tom, "The Empirical Turn in International Legal Scholarship", *American Journal of International Law*, 106/2012, 1-46.
Shany Yuval, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford University Press, Oxford 2014.
Simmons Beth A., *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge University Press, New York 2009.
Tipson Frederick S., "From International Law to World Public Order: Who Studies What, How, Why", *Yale Journal of International Law*, 4/1978, 39-88.
van Dijck Gijs, Sverdlov Shahar, Buck Gabriela, "Empirical Legal Research in Europe: Prevalence, Obstacles and Interventions", *Erasmus Law Review* 2/2018, 105-119.
Yasuaki Onuma," International Law in and with International Politics: The Functions of International Law in International Society", *European Journal of International Law* 1/2003, 105-139.
Ђајић Сања, *Практикум за међународно јавно право – општи део*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад 2007.

Интернет извори:

ASIL 104th Annual Meeting, International Law in Times of Change, Empirical Approaches to International Law, 2010, *https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_ANNUAL_MEETING_Program_2010.pdf* 09.08.2019.
Burniske Jessica S., Modirzadeh Naz K., Pilot Empirical Survey Study on the Impact of Counterterrorism Measures on Humanitarian Action, HLS PILAC, CHE Project, March 2017, *http://blogs.harvard.edu/pilac/files/2017/03/Pilot-Empirical-Survey-Study-2017.pdf*, 16.08.2019.
Harvard Law School, Empirical Approaches to International Law, *https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=70516*, 15.08.2019.
The Neglected Methodologies of International Law: Empirical, Socio-legal and Comparative, University of Leicester, 31 January 2018, *https://www2.le.ac.uk/departments/law/research/celi/files/neglected-methodologies-of-international-law-programme*, 15.08.2019.
СБУН https://www.un.org/securitycouncil/.

Документа СБУН:

S/RES/777(1992) 16. септембар 1992.
S/PRST/1999/12 14. мај 1999.
S/PV.3988 24. март 1999.
S/PV.3989 26. март 1999.
S/PV.4000 8. мај 1999.
S/PV.4003 14. мај 1999.
S/PV.4011 10. јун 1999.
S/RES/1239 14. Мај 1999.
S/RES/1244 10. јун 1999.

Tatjana M. Milić, Ph.D.
tatjana.milic@gmail.com

Empirical Research of the Role of International Law in the Work of the UN Security Council[66]

Abstract: *Interest of international law scholars into an empirical research has increased in the last decade. This paper is an example of one such research. The author has empirically analyzed positions on the use of force against the Federal Republic of Yugoslavia to test hypothesis about the operational role of international law in the work of the UN Security Council: whether it was used in the formation of positions, in the assessment of the situation, and in proposing its solution. Introductory part of the paper presented basic features and development of empirical research of international law. It is followed by the review of theoretical assumptions on the role of international law. Next sections of the paper presented hypothetical framework, methods and results of this empirical research. Finally, the author made concluding remarks on research findings, as well as emphasized necessity to develop practical knowledge on empirical research of international law and to open a discussion on the potential and limits of its application.*

Keywords*: empirical research, international law, UN Security Council, use of force, Federal Republic of Yugoslavia.*

Датум пријема рада: 31.10.2019.

[66] The paper is the result of the project "Empirical Research of the Role of International Law in the Work of the UN Security Council in the Example of the Use of Force Against FR of Yugoslavia in 1999", which the author had completed at the Faculty of Law of the University of Novi Sad from 1 November 2018 till 31 October 2019, and which was financed by the Provincial Secretariat for Higher Education and Scientific Research (Project No. 142-451-3422/2018-02).

Прегледни чланак 004:331
doi:10.5937/zrpfns54-25087

Дарко М. Божичић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.bozicic@pf.uns.ac.rs

ДИГИТАЛНЕ ПЛАТФОРМЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ОДНОСЕ ПОВОДОМ ДИГИТАЛНОГ РАДА

Сажетак: *Информационе технологије унеле су битне промене у свакодневни живот појединаца, па тако изузетак нису ни односи поводом рада. Међутим, дигитализација у сфери рада за последицу имала је, између осталог и успостављање једног новог актера на пољу вршења и потражње за радом, а то су дигиталне платформе. Иако се у први план истиче њихова посредничка улога између тражње и понуде за радом, многе функције које обављају дигиталне платформе не разликују се много од функција које иначе обавља послодавац у радном односу. Ипак крајњу (негативну) последицу овог вида вршења рада сносе дигитални радници – лица која обављају рад посредством дигиталних платформи. Овим чланком настојимо да приближимо рад посредством дигиталних платформи и њихов утицај на правни положај дигиталних радника.*

Кључне речи: *дигиталне платформе, дигитални рад, дигитални радници.*

1. УВОД

Информационе технологије захватиле су свакодневницу човека и унеле низ промена у све сфере друштвеног живота, па тако и у продукционе односе. Штавише те промене су толико далекосежне да поједини аутори о модерној економији говоре као о „дигиталној економији“.[1] Јасно је да ни сфера радних односа није могла остати изван тих промена. Услед масовне

[1] Сенад Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1104.

употребе информационо-комуникационих технологија драстично се мења и свет рада. Одређена радна места престају да постоје, јављају се нека потпуно нова. Јављају се и нови облици у којима се врши рад.[2] Радници и послодавци се појављују у новим улогама, а поред њих битно место заузимају и нови субјекти у свету рада са недовољно јасним функцијама, али и правима, обавезама и нарочито недовољно јасне одговорности – дигиталне платформе. Успостављају се нови, мултилатерални односи у вези са радом посредством дигиталних платформи, те се с тим у вези отварају и питања правног регулисања тих односа.

Промене које се дешавају су велике и брзе, а радно законодавство не стиже довољно брзо да им се прилагоди. Међутим, како то обично бива у сфери радних односа, промене које се дешавају остављају драстичније и неповољније последице по раднике. Сада основна права радника попут (минималне) зараде, годишњег одмора, права у случају привремене спречености за рад (боловања), заштите од отказа, права из сфере социјалног осигурања бивају доведена у питање. Због тога неопходно је разумевање изазова које са собом носи дигитални рад, а превосходно ближе упознавање са новим обликом вршења рада – оног који се одвија посредством дигиталних платформи.

2. ПОЈАМ ДИГИТАЛНИХ ПЛАТФОРМИ

Константним развојем и све масовнијом употребом, интернет (за)узима све већи значај у нашим животима. Али посебан значај има за оне који посредством интернета обезбеђују сопствену егзистенцију. Од информативног, па и сервиса за забаву, интерент узима све више маха и као сервис посредством којег се проналази посао, односно зарада. У вези са местом на којем се сусрећу понуда и потражња за радом, један вид интернет сервиса у последњих неколико година окупира нарочиту пажњу. Реч је о дигиталним платформама.

Прве дигиталне платформе јављају се средином прве деценије XXI века, док им се данас и не зна тачан број. И не само то. Глобално посматрано, број оних који посао проналазе путем ових сервиса у константном је порасту,[3] док је наша земља у самом врху по броју дигиталних радника по глави становника.[4]

[2] New forms of employment, Eurofound, 2015; R. Blanpain, F. Hendrickx (ed.), *New Forms of Employment in Europe*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016.

[3] Тако нпр. процењује се да у Великој Британији око 5 милиона људи раде посредством платформи, око 18% грађана Холандије покушало је да посредством дигиталних платформи дође до посла, 12% грађана Шведске ради посредством платформи. Види: Debra Howcroft, Birgitta Bergvall-Kåreborn, „A Typology of Crowdwork Platforms“, *Work, Employment and Society*, No. 1/2019, 22.

[4] Види резултате истраживања *Global Internet Freelance Market Overview for 2018*. Доступно на интернет адреси https://analyticshelp.io/blog/global-internet-freelance-market-overview-2018/

Дигитална платформа представља интернет сервис, односно апликацију која суштински спаја, с једне стране, потребу за извршавањем одређеног рада, и са друге стране, потребу за проналаском посла. При чему, захваљујући интернету, они који имају потребу за извршавањем одређеног рада (послодавац корисник), до њега могу доћи дословно у сваком моменту. Јер, дигитална платформа у било ком моменту, 24 часа у току сваког дана „обезбеђује" (дигиталног) радника који је спреман да изврши постављени радни задатак.[5] Радник је једино дужан да се претходно најпре региструје на самој платформи прихватајући тако њене опште услове пословања (*Terms&Conditions*), а према којима већина платформи приликом исплате хонорара за њихов рад наплаћују и своју услугу „посредовања" између њих и послодавца корисника тј. клијента платформе.[6] При томе, однос који се успоставља између послодавца корисника и дигиталног радника, као и однос платформе са овим субјектима, није уређен ниједном правном нормом. Управо то одсуство правне регулативе у погледу односа који се успостављају посредством дигиталних платформи данас представља питање од нарочитог друштвеног значаја. Ипак, како постоје различите врсте дигиталних платформи, различити су и потенцијални (правни) одговори на питање односа који се посредством платфоме успостављају. Управо зато, најпре ћемо сагледати два најраспрострањенија облика дигиталних платформи, указати на њихове сличности и разлике, те након тога покушати да одговоримо правни(чки)м изазовима које поставља дигитални рад.

3. ВРСТЕ ДИГИТАЛНИХ ПЛАТФОРМИ

За пуно разумевање последица које остављају виртуелне плаформе на пољу друштвених односа поводом рада и потенцијалних правних решења са тим у вези, нужно је указати на два различита облика њиховог функционисања. Наиме, претходно описан начин функционисања дигиталних платформи указује на саму суштину ове појаве. Ипак, како између дигиталних платформи постоје извесне разлике, сматрамо нужним сагледати њихове различите појавне облике. Тако разликујемо два типа дигиталних платформи – једне, засноване на тзв. масовном раду (*crowdworking*) и друге, засноване на вршењу радних задатака по захтеву (*work on demand*).

[5] Christophe Degryse, „Shaping the world of work in the digital economy", *ForesightBrief*, ETUI, No. 1/2017, 2.

[6] Та услуга креће се у висини између 20 и 30 процената од износа који дигиталном раднику следује од стране „послодавца корисника" за извршени рад.

3.1. Платформе засноване на масовном раду (*crowdworking*)

Платформе засноване на овом принципу суштински делују као посредници јер омогућавају послодавцима корисницима да у сваком моменту приступе неограниченој и неодређеној групи људи који су спремни да изврше тражени посао уз одређену надокнаду.[7] Овај вид платформи прати и посебна терминологија,[8] коју је први употребио *Jeff Howe* 2006. године, а који овакав облик рада из угла послодавца корисника одређује као рад који у традиционалном поимању радног односа заправо извршава запослени, али га послодавци корисници путем дигиталних платформи суштински „прибављају“ путем отвореног јавног позива упућеног неодређеној и великој групи радника.[9] Ангажујући раднике на овај начин, послодавац корисник остварује низ различитих бенефита, пре свега то што у сваком моменту може да пронађе потребан рад, чија цена се, управо из разлога јавног оглашавања потребе таквог рада, снижава међусобном конуренцијом самих радника.

Рад који се врши посредством ових платформи јесте дигиталног карактера, у смислу да се његово обављање спроводи посредством интернета и засновано је на раду путем информационо-комуникационих, тј. дигиталних уређаја (рачунара, таблета, чак и мобилних телефона). Управо из тих разлога послодавац корисник и дигитални радник углавном немају никакав непосредан контакт, те самим тим ни било какав уговорни основ њиховог односа.

Сама природа радних задатака који се обављају посредством овог типа дигиталних платформи може бити различита, с обзиром на то да ли се се обављају такозвани „микрозадаци“ у смислу једноставних, простих радних операција (попуњавање различитих извештаја, таговање фотографија, лекторисање текста и слично) или је пак реч о креативнијим и сложенијим радним задацима (превод текста, осмиљавање и креирање различитих ознака, интернет сајтова, писање на конкретне стручне теме и слично). Управо тај истакнути дигитални карактер овог типа платформи омогућава истовремено довођење у везу неограниченог броја послодаваца корисника и дигиталних радника посредством ових платформи. Као примере таквих платформи

---

[7] New forms of employment, Eurofound, 2015, 107.

[8] Послодавци су „crowdsourcers“ – „масовни корисници“, за које „масовни радници“ – „crowdworkers“

обављају рад. Целим процесом се управља преко „масовне платформе“ – „crowdsourcing platform“. Сенад Јашаревић, „Нове форме рада у Европској унији“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, књига III, 2015, 286.

[9] Jeff Howe, The Rise of Crowdsourcing (06.01.2006.) доступно на интернет адреси: https://www.wired.com/2006/06/crowds/

наводимо *Amazon Mechanical Turk*,[10] *UpWork,*[11] *CrowdSource*,[12] *FigureEight* (некадашњи *Crowdflower*),[13] или на пример *Clickworker*.[14]

3.2. Платформе засноване на вршењу рада по захтеву (*work on demand*)

Рад који се врши на бази овог типа дигиталне платформе спада у традиционалне облике вршења рада. Реч је о неким уобичајеним пословима попут транспорта, одржавања хигијене у просторијама, пружање медицинских услуга и услуга неговања, пружање усуга поправки, вршење свакодневних административно-техничких послова и слично. Иако и у овом случају платформе делују као посредници, ипак, имајући у виду природу рада који се споводи посредством ове врсте платформи, нужно долази до успостављању односа у реалном (*offline*) свету између послодавца корисника и радника. Круг лица којима послодавац корисник упућује јавни позив овде је, просторно посматрано, значајно ужи, и суштински, локалног је карактера. Оно што је такође карактеристично за платформе овог типа, то је да оне кроз своје опште услове, чије прихватање рекли смо, представља услов за регистрацију радника на конкретној платформи, саме постављају низ правила у вези са понашањем, одевањем и уопште, начином обављања посла. У овом случају реч је о познатим платформама као што су *Uber*,[15] *Care.com*,[16] *Lyft*,[17] или на пример *Taskrabbit*.[18]

3.3. Разлике и сличности двеју врста дигиталних платформи

Основне разлике између два изложена типа дигиталних платформи почивају заправо на природи посла који обављају дигитални радници. Као што смо видели, код платформи заснованих на масовном раду рад који се обавља је дигиталног карактера и управо та околност омогућава глобално деловање таквих платформи. За њихово функционисање ирелевантно је где се налази послодавац корисник, а где дигитални радник. Управо у тој околности лежи могућност нуђења послова и рада без било каквих просторних

[10] https://www.mturk.com/
[11] https://www.upwork.com/
[12] https://www.crowdsource.com/
[13] https://www.figure-eight.com/
[14] https://www.clickworker.com/
[15] https://www.uber.com/
[16] https://www.care.com/
[17] https://www.lyft.com/
[18] https://www.taskrabbit.com/

и временских ограничења. За разлику од њих, платформе које су засноване на раду по захтеву географски су ограничене на простор где је потребно извршити конкретан рад. Управо зато, платформе овог типа имају искључиво локално дејство.

Поред тога, такође из разлога карактера послова који се врше посредством платформи, оне које су засноване на вршењу рада по захтеву имају много детаљнија и захтевнија правила у вези са обављањем самог посла. Управо због тога значајно је израженија слобода у вршењу самог рада преко платформи које су засноване на масовном раду.

Оно што им је заједничко јесте чињеница да је њихово функционисање засновано на информационим технологијама и употреби интернета. Управо ове две компоненте омогућавају изузетно брзо спајање понуде и потражње за различитим пословима. На овај начин послодавцима корисницима омогућено је да за кратко време пронађу радника потребног за обављање одређеног посла или пружања одређене услуге, док са друге стране раднику омогућава да лако дође до посла, а самим тим и зараде. Иако овакав концепт делује као добитна комбинација за све стране које учествују, истовремено јављају се и разлози да се не буде исхитрен са таквим закључком.

Најпре, овакво третирање рада отвара питање његове комодификације, и уопште комодификације радника.[19] Штавише, о раду посредством платформи говори се у контексту „радника као сервиса“ (*human as a service*) што оставља двојаке последице. С једне стране то доводи до тога да се рад преко платформи чак не сматра радом, већ управо сервисом, „гажом“, задатком који се краткорочно обавља за послодавца корисника. С друге стране, дигитални радници све чешће бивају посматрани као интегрални део платформе, као део дигиталног сервиса, од кога се очекује да свој посао обави исто као рачунар или апликација.[20] Тако смо данас у ситуацији да се из угла послодавца корисника као извршилац рада препознаје сама платформа, а не дигитални радник који непосредно извршава тај посао.

У једној таквој консталацији дигитални радник заправо остаје невидљив – како за самог послодавца корисника, али што је још драстичније, и за правни систем. Из тог разлога, неопходно је ближе се упознати са појмом и положајем дигиталног радника, а кроз призму статуса дигиталне платформе.

---

[19] A. Aloisi, „Commoditized Workers. Case Study Research on Labour Law Issues Arising from a Set of ‘On-Demand/Gig Economy’ Platforms“, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, No. 3/2016.

[20] V. De Stefano, „The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy“, *Conditions of Work and Employment Series* No. 71, ILO, 2016, стр. 5.

4. ДИГИТАЛНИ РАДНИК И ЊЕГОВА (РАДНО)ПРАВНА ЗАШТИТА

Од посебне је важности уочити ко су заправо дигитални радници, у смислу лица која обављају рад посредством виртуелних платформи. Врло често они се називају још и фриленсерима (енгл. *freelance*). Управо зато, најпре ћемо да направимо потребне терминолошке напомене, пре него што пређемо на садржај самог појма дигиталног радника, односно фриленсера.

У нашем језику нема одговарајућег термина који би представљао пандан појму фриленсера, те отуда тај термин енглеског порекла се неретко налази у употреби и у нашем језику.[21] Сам термин фриленсер користи се за означавање лица (радника) које свој радни век проводи без успостављања дугорочне обавезе рада према (само) једном послодавцу. Због тога неретко се називају још и самозапосленима, независним или слободним радницима, али ни један од тих термина не видимо као одговарајући, у смислу да би се могао изједначити са појмом фриленсера. Ово из разлога зато што у њиховом (правном) положају суштински нема значајне независности и слободе.

Иако се у први ред истичу позитивни аспекти рада посредством виртуелних платформи у смислу флексибилности рада и слободе у раду, те на тај начин дигитални радници могу да ускладе своје приватне активности и личне и породичне прилике са самим радом, јер бирају послове које ће радити, нема фиксног и сталног радног времена, ради се од куће или са било којег места где имају рачунар. Ипак, реалност је „мало“ друкчија од тога. Дигитални радник не може у било ком тренутку у којем му је потребан посао и/или зарада заиста и да ради. Могућност обављања посла преко платформе ствар је понуде „послодавца корисника“ у конкретном тренутку. С тим у вези, закључак да дигитални радници сами одлучују о томе када ће да раде заправо и није исправан. Поред тога, дигитални радници суштински не одлучују ни у погледу тога колико ће да раде. Суочени са околношћу да се адекватни послови не појављују константно, радник мора да уграби сваку прилику када се такав посао појави. Неретко, дешава се да истовремено врши рад за више „послодаваца корисника“. У таквој ситуацији, да би завршио посао у предвиђеном року, радник мора да ради и значајно дуже од онога што представља пуно радно време (које у Републици Србији износи 40 часова рада недељно). Такође, одређени послови који се раде преко платформи, а због синхронизације са пословним процесима код послодавца корисника, морају да се одвијају у тачно одређеном времену. Поред тога, није присутна ни слобода, односно независност у обављању самог рада. Приликом обављања

[21] У овом раду ми користимо термин дигитални радник који је више у духу нашег језика.

посла посредством платформе, радник је дужан да конкретан посао изврши на начин и према упутствима које му с тим у вези даје послодавац корисник, али неретко и сама платформа. Из свих наведених разлога, јасно је да дигитални радници суштински нису независни и слободни у раду посредством виртуелних платформи.

Заправо у изложеној консталацији рада преко платформи и различитих односа који се тим поводом успостављају, присутна је својеврсна замена теза у вези положаја дигиталних радника. Ова констатација произлази из њиховог реалног правног положаја. Наиме, управо због те конотације као независних, слободних радника, дигитални радници нису обухваћени (заштитним) нормама радног права. У таквим околностима дигитални радници остају без права на (минималну) зараду, права на радно време, плаћени годишњи одмор, плаћеног одсуства са рада, права у случају привремене спречености за рад (боловања), заштите од отказа, као права из сфере социјалног осигурања. Заправо, огрнути плаштом те независности, самосталности и слободе у вези са радом, бивају препуштени сами себи, а видели смо да, суштински, много тога не зависи од њих самих.

Имајући у виду претходно наведено, као кључно чини нам се питање правне заштите дигиталних радника, јер у већини законодавстава дигитални радници остају невидљиви за систем радног права. Ово из разлога што су радноправне норме резервисане за запослене, односно лица која су у радном односу. Дакле није битно ко обавља конкретан рад, него правни основ вршења тог рада.

Један од одговора за успостављање радноправне заштите и за дигиталне раднике проналазимо у друкчијем одређивању појма запосленог. Тачније, у његовом ширењу у садржинском смислу, како би обухватао и лица која раде, али то не чине у форми радног односа.

Поједине државе увиделе су да је традиционални, двострани, приступ карактеристичан за радни однос неприменљив у једној замршеној консталацији односа радника, дигиталне платформе и послодавца корисника, те отуда у својим законским решењима управо уводе друкчије појмовно одређивање запосленог, односно радника.[22] То је на пример учињено у Великој Британији, где се уводи више категорија лица која раде, а између осталог, поред појам запослени (*employee*), присутан је и појам радник (*worker*), којим је обухваћено свако лице које својим радом зарађује за живот.[23] Управо присутност оваквог статуса радника у правном систему Велике Британије омо-

[22] Види: Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2015, 1062-1063.

[23] Шире о категоријама лица која раде у Великој Британији у: A. Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016, стр. 36-44.

гућило је доношење пресуде од стране националног суда те земље којом се лица која раде посредством платформе *Uber* имају сматрати радницима (*worker*) и као такви имају право на минималну зараду и плаћени годишњи одмор.[24] Слично је учињено и у Шпанији, где је успостављена посебна категорија „економски несамосталног предузетника", који се налази негде између запосленог и предузетника у класичном смислу, као физичког лица које самостално обавља привредну делатност.[25] Управо због свог статуса ови субјекти уживају одређена права из радног односа, као што су право на плаћени годишњи одмор, право на синдикално организовање и колективно преговарање, право на новчану накнаду у случају незапослености, право на накнаду материјалне штете уколико главни клијент не испуни своју уговорну обавезу, за спорове у којима они учествују надлежни су радни судови, а не судови опште надлежности.[26]

Битно је истаћи и да описана тенденција ширења појма запосленог ка појму радника није присутна само на националном нивоу појединачних држава. На истој линији стоји и Међународна организација рада која се у посебној

---

[24] Два лица (*Yaseen Aslam* и *James Farrar*) која су радила као возачи посредством платфоме *Uber* тужила су ову компанију и у свом тужбеном захтеву навели су да они представљају раднике према прописима Велике Британије, и да је *Uber* сходно томе дужан да им исплаћује минималну зараду (према *National Minimum Wage Act 1998*), као и да им омогући право на плаћени годишњи одмор (сходно *Working Time Regulations 1998*). *Uber* је у одговору на тужбу истакао да они нису радници, већ независни предузетници, те да са овом компанијом имају партнерски однос, а не однос радноправне природе, и да је то недвосмислено јасно наведено у општим условима пословања на које су тужиоци пристали приступивши платформи. Ипак, суд је утврдио да је у овој консталацији реч о прикривеном односу послодавца и радника, те отуда је ирелевантно шта стоји у једностраном акту као што су општи услови пословања, већ се предност мора дати фактичком стању. Пресуда: Case No. A2/2017/3467 од дана 19.12.2018. године. Поменуту пресуду можемо посматрати као надоградњу на одлуку Европског суда правде у предмету где су такси удружења Барселоне тужила *Uber* тражећи да лица која врше транспорт посредством *Ubera* морају исходовати лиценцу која се захтева и за возаче такси возила у Барселони. *Uber* је у овом предмету опонирао са ставом да није реч о превознику него о дигиталној платформи и да стога лица која раде посредством те платформе не морају да испуњавају услове везане за поменуту лиценцу. *Uber* је изгубио и овај спор јер је Европски суд правде утврдио да је фактички реч о транспортној компанији, а не о дигиталној платформи. Пресуда број C-434/15 од дана 20.12.2017. године.

[25] Оно што је карактеристично за „економски несамосталног предузетника" присутног у Шпанском праву јесте чињеница да је заправо реч о предузетнику који не запошљава нити радно ангажује друга лица и којем 75% годишњих прихода долази само од једног (главног) клијента. Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, члан 11.

[26] Ипак, и поред оптималног законског решења, судска пракса у Шпанији показала је висок степен неуједначености у, чињенично посматрано, врло сличним предметима које су дигитални радници поводом свог статуса покретали пред тамошњим надлежним судовима. Alberto Barrio, „Contradictory decisions on the employment status of platform workers in Spain", dispatch, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, January 2020.

студији бави управо положајем дигиталних радника и даје смернице за побољшање услова у којима они раде.[27]

Поред успостављања екстензивнијег појма запосленог, односно радника, у литератури срећемо и интересантно решење за побољшање правног положаја дигиталних радника које се налази на дијаметрално супротној страни – у успостављању флексибилнијег појма послодавца.[28] Наиме, реч је о ставу да радноправну заштиту треба да уживају (и) лица која су ангажована од стране субјекта који испуњава одређене критеријуме, независно од основа њиховог радног ангажовања. Преведено на дигитални рад, критеријуми према којима би се платформа имала сматрати послодавцем су следећи: 1) одлучује о почетку и престанку радног ангажмана дигиталног радника; 2) располаже резултатима рада дигиталног радника; 3) обезбеђује накнаду за рад; 4) одлучује о начину извршавања рада; 5) преузима одговорност и ризик за сопствене тржишне одлуке. На основу претходно изнетог, све наведене критеријуме видимо као примењиве на платформе засноване на вршењу рада по захтеву (*work on demand*). Уосталом, посматрајући упоредну судску праксу, иста то и потврђује, јер у појединим државама већ су донете судске одлуке којима се радницима који раде посредством овог типа платформи признаје статус запосленог, односно радника. Са друге стране, када су у питању платформе засноване на масовном раду (*crowdworking*), код њих је теже обезбедити примену ових критеријума. Уосталом, упоредно посматрано, изостају и тужбени захтеви дигиталних радника ангажованих посредством ових платформи да им се у конкретном случају призна својство радника. Штавише, све чешћа су поимања дигиталних платформи као својеврсног посредника између послодавца корисника и дигиталних радника.[29]

Са тим у вези поставља се следеће питање – ако виртуелне платформе посредују у запошљавању између дигиталних радника и послодавца корисника – да ли се оне имају сматрати агенцијама за запошљавање у смислу Конвенције МОР бр. 181 о приватним агенцијама за запошљавање?[30] Члан 1 ове конвенције каже да се израз приватна агенција за запошљавање односи на свако физичко или правно лице, независно од јавних органа, које на тржишту рада, пружа услуге које се састоје из: а) *обезбеђивања међусобно одговара-*

[27] ILO, Digital labour platforms and the future of work – Towards decent work in the online world, Geneva, 2018.

[28] Jeremias Prassl, Martin Risak, „Uber, Taskrabbit, And Co.: Platforms As Employers? Rethinking The Legal Analysis Of Crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, No. 3/2016.

[29] Alain Strowel, Wouter Vergote, Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation, доступно на интернет адреси: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf

[30] Наша земља ратификовала је ову конвенцију „Службени гласник Републике Србије – међународни уговори“, бр. 2/2013

јућих понуда радних места и захтева за запошљавање, при чему приватна агенција за запошљавање не постаје страна у радном односу који из тога може да проистекне; б) запошљавања радника с циљем да се стављају на располагање трећој страни, која може бити физичко или правно лице, које им додељује задатке и врши надзор над извршењем тих задатака; в) осталим услугама у вези са тражењем посла, које је утврдио надлежни орган након одржаних договора (консултација) са репрезентативним организацијама послодаваца и радника, као што су пружање информација, чија намера није да се пронађу међусобно одговарајуће понуде радних места и захтева за запошљавање.[31] Уколико бисмо дигиталне платформе посматрали у контексту члана 1 став 1 тачка а) ове конвенције, логично се поставља питање од каквог је то значаја за правни положај дигиталних радника? Чињеница је да примена ове конвенције у случају дигиталног рада не би довела до обезбеђивања права из радног односа и за дигиталне раднике, али једну ствар не бисмо смели занемарити. Наиме, чланом 7 ове конвенције предвиђено је да агенције за запошљавање радницима не могу наплаћивати, директно или индиректно, у целини или неком делу, било какве трошкове или накнаде.[32] И управо у томе видимо значај примене поменуте конвенције на дигиталне раднике, јер, подсетимо се, накнаде које дигиталне платфоме наплаћују радницима за „посредовање“ иду и до 30 процената од хонорара који радник оствари за свој рад код послодавца корисника.

5. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Иако су претходни редови посвећени једном апсолутно новом субјеку у свету рада – дигиталним платформама – који се јавља као резултат технолошког напретка човечанства, ипак, не можемо да се отмемо утиску да нам ова информатичка револуција (четврта индустријска револуција), из угла радника, није донела ништа ново у односу на прву индустријску револуцију. Услове у којима се врши рад данас, баш као и тада, суштински прате две карактеристике: а) последица су данас дигитализације, тада механизације производње; и б) велики број радника (енгл. *crowd* у буквалном преводу маса) који је данас суштински присутан „на мрежи“.[33] А у данашњим условима,

[31] О Конвенцији МОР бр. 181 о приватним агенцијама за запошљавање шире у: Дарко Божичић, „Уступање запослених преко агенција за привремено запошљавање – (не)постојећи правни оквир у републици србији и правна решења у међународном и комунитарном праву“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2016, 267-270.

[32] V. De Stefano, M. Wouters, „Should digital labour platforms be treated as private employment agencies?“, *ForesightBrief*, ETUI, No. 7/2019, 7.

[33] Чак се о дигиталним радницима говори као о дигиталном пролетеријату. Jean-Emmanuel Ray, *Impacts of Digitalisation on the regulation of Working Conditions*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015, 4.

баш као и тада, радници, само сада у једном новом руху, поново воде битку за елементарна радничка (људска) права. *Historia est Magistra Vitae* – ако су дигитални радници нешто требали да науче од својих претходника, то је да ће своја радничка права успети да издејствују само у једној организованој акцији међународног карактера, јер тешко да националне државе, свака својим законодавством, могу успоставити делотворна правила када је у питању регулисање рада посредством дигиталних платформи. Управо зато, као решење у побољшању положаја дигиталних радника видимо правила међународне регулативе која би била плод консенсуса држава да здружено приступе решавању овог глобалног проблема.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Alberto Barrio, „Contradictory decisions on the employment status of platform workers in Spain“, dispatch, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, January 2020

Christophe Degryse, „Shaping the world of work in the digital economy“, *ForesightBrief*, ETUI, No. 1/2017

Debra Howcroft, Birgitta Bergvall-Kåreborn, „A Typology of Crowdwork Platforms“, *Work, Employment and Society*, No. 1/2019

Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation, доступно на интернет адреси: https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-7/uclouvain_et_universit_saint_louis_14044.pdf

https://analyticshelp.io/blog/global-internet-freelance-market-overview-2018/

https://www.care.com/

https://www.clickworker.com/

https://www.crowdsource.com/

https://www.figure-eight.com/

https://www.lyft.com/

https://www.mturk.com/

https://www.taskrabbit.com/

https://www.uber.com/

https://www.upwork.com/

ILO, Digital labour platforms and the future of work – Towards decent work in the online world, Geneva, 2018

Jean-Emmanuel Ray, *Impacts of Digitalisation on the regulation of Working Conditions*, European Labour Law Network – 8 th Annual legal seminar, Digitalisation and Labour Law, the Hague, 2015

Jeff Howe, The Rise of Crowdsourcing (06.01.2006.) доступно на интернет адреси: https://www.wired.com/2006/06/crowds/

Jeremias Prassl, Martin Risak, „Uber, Taskrabbit, And Co.: Platforms As Employers? Rethinking The Legal Analysis Of Crowdwork“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, No. 3/2016

New forms of employment, Eurofound, 2015

R. Blanpain, F. Hendrickx (ed.), *New Forms of Employment in Europe*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016

V. De Stefano, „The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy“, *Conditions of Work and Employment Series* No. 71, ILO, 2016

V. De Stefano, M. Wouters, „Should digital labour platforms be treated as private employment agencies?“, *ForesightBrief*, ETUI, No. 7/2019

A. Aloisi, „Commoditized Workers. Case Study Research on Labour Law Issues Arising from a Set of 'On-Demand/Gig Economy' Platforms“, *Comparative Labor Law&Policy Journal*, No. 3/2016

A. Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016

Дарко Божичић, „Уступање запослених преко агенција за привремено запошљавање – (не)постојећи правни оквир у републици србији и правна решења у међународном и комунитарном праву“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2016

Сенад Јашаревић, „Нове форме рада у Европској унији“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, књига III, 2015

Сенад Јашаревић, „Уређење радног односа у Србији у контексту нових околности у свету рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2015

Сенад Јашаревић, „Утицај дигитализације на радне односе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016

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

Digital Labour Platforms and its Impact on Employment Relations

Abstract: *Information tehnology made significant changes in our everyday life and there is no exeption in employment relations as well. Within, it brought new actor in demand and supply for labour which is represent in digital labour platforms. Although first impresion is that they are intermediate between labour and need for it, actually they have some functions which are characteristic for employers.But, at the end, main (negative) consequence is up to digital worker. In this paper, our main aim is to highlight work through digital platforms and its impact on legal position of digital workers.*

Keywords: *crowdwork, digital platforms; digital work; freelancers.*

Датум пријема рада: 04.02.2020.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Прегледни чланак 004.738.5:343.632
doi:10.5937/zrpfns54-26037

Стефан Д. Петрашиновић, сарадник у настави, студент докторских студија
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
spetrasinovic@jura.kg.ac.rs

ФЕЈСБУК И УВРЕДА

Сажетак: *Развој модерних интернет технологија, омогућио је многобројне начине за масовну комуникацију људи. Један од тих начина је путем друштвених мрежа. Са више од две милијарде корисника широм планете, Фејсбук (енгл. Facebook) је најмасовнија друштвена мрежа данашњице и моћно средство за размену великог броја података, слика и других материјала путем својих профила, који чак могу бити јавно доступни неодређеном броју лица. Са таквим могућностима, Фејсбук представља погодно средство за разне злоупотребе, те за вршење различитих кривичних дела.*

Честа је ситуација да корисници преко профила објављују различите статусе, фотографије, снимке или да постављају коментаре на статусе, фотографије или снимке, увредљивог садржаја. Са становишта нашег позитивног кривичног права, кривичноправна заштита части и угледа појединца, као нематеријалних људских вредности, у овим ситуацијама није спорна. Међутим, поставља се питање правне квалификације таквих инкриминисаних понашања, односно да ли се кроз те радње учинилаца остварује основни или квалификовани облик кривичног дела увреде из чл. 170 Кривичног законика, с обзиром на посебно средство извршења. Аутор у раду указује на чињенице и околности које утичу на правну квалификацију кривичног дела увреда учињеног путем Фејсбука, појавне облике, као и различите могуће начине његовог остваривања од стране више лица.

Кључне речи: *друштвене мреже, Фејсбук, кривично дело увреда, правна квалификација, појавни облици.*

1. УВОД

Данас је живот без употребе глобалних рачунарских мрежа, а самим тим и друштвених мрежа, готово незамислив. Ова констатација, пре свега важи за млађе генерације, које су рођене у доба тзв. информационог друштва.

Развој информационе технологије донео је савременом друштву готово безброј погодности, јер су корисницима пружене значајне могућности за приступ дигиталним садржајима, комуницирање и олакшано обављање свакодневних активности.[1] Формирањем Интернета као јавно доступне глобалне мреже састављене од рачунарских мрежа, омогућено је корисницима да коришћењем својих рачунара, паметних мобилних телефона, таблета и других средстава размењују информације у сваком тренутку и на сваком месту. Један од начина комуникације у виртуелном светом, који заузима значајно место, јесте путем сервиса за друштвене или социјалне мреже, похрањених у облику платформи, прозора или веб сајтова. Друштвене мреже се могу дефинисати и као скуп интернет програма који служе да би се људи у комуникацији повезали са својим пријатељима, рођацима, колегама и клијентима, при чему њихови интереси могу да буду друштвени, пословни или мешовити.[2] Циљ ових сервиса је успостављање нових познанства између корисника, склапање пријатељстава, размена информација, фотографија, снимака и другог материјала, широм света.

Постоје разноврсни сервиси за друштвене мреже, попут Фејсбука, Инстаграма (енгл. Instagram), Твитера (енгл. Twitter), Јутуба (енгл. Youtube), Мајспејса (енгл. Myspace), Скајпа (енгл. Skype) и др. Упоредо са њима расте популарност платформи за дописивање, употребом мобилних апликација за размену порука различитог садржаја, путем интернет мреже. Најпопуларније такве платформе су: Вотсап (енгл. WhatsApp), Вибер (енгл. Viber), Фејсбук месинџер (енгл. Facebook Messinger) и др.

Фејсбук[3] је и у нашој држави најпопуларнија онлајн друштвена мрежа[4], па је стога погодно средство за различите злоупотребе[5], те за вршење великог

---

[1] Милана Писарић, *Електронски докази у кривичном поступку*, Нови Сад 2019, 5.

[2] Social Networing, *http://www.investopedia.com/terms/s/social-networking.asp*, 06. април 2020.

[3] Почео је са радом 04. фебруара 2004. године и у власништву је истоименог предузећа Facebook, Inc са седиштем у граду Пало Алто, Калифорнија, Сједињене Америчке Државе. Настао је као идеја неколико студената Харварда о онлајн заједници пријатеља са фотографијама и профилима које они сами постављају, односно као идеја о стварању интерактивне виртуелне заједнице паралелне са друштвеним заједницама које постоје у стварном свету. Више о томе вид. Ben Mezrih, *Slučajni milijarderi: nastajanje Fejsbuka*, Beograd 2010, 72 (Нав. према Андреј Дилигенски, Драган Прља, Фејсбук, заштита података и судска пракса, Институт за упоредно право, Београд 2018, 9).

[4] U Srbiji više od 90 odsto na Fejsbuku, rapidni rast korisnika Instagrama, *https://www.danas.rs/tehnologije/u-srbiji-vise-od-90-odsto-na-fejsbuku-rapidni-rast-korisnika- instagrama/*, 03. април 2020, Srbija prva po broju korisnika "Fejsbuka" u regionu, *https://www.blic.rs/vesti/drustvo/srbija-prva-po-broju-korisnika-fejsbuka-u-regionu/6bd71wv*, 03 април 2020.

[5] Злоупотреба друштвених мрежа се може дефинисати као девијантно понашање које се састоји у нелегалном коришћењу друштвених мрежа противно правилима о заштити приватности, протоколима о електронској комуникацији, препорукама и утврђеним правилима

броја кривичних дела. Често смо сведоци различитих објава, фотографија, снимака или коментара на Фејсбуку увредљивог садржаја, са којима се сами упознајемо као корисници или сазнајемо за њих посредством корисника. Сходно томе, рад ће бити посвећен различитим облицима повреде части и угледа свих грађана путем Фејсбука, било оних који користе ту друштвену мрежу или не, из угла кривичноправне заштите и инкриминисање таквих понашања кроз кривично дело увреда из чл. 170 Кривичног законика[6].

2. КРИВИЧНО ДЕЛО УВРЕДА (ЗАКОНОДАВНИ ОКВИР)

Част и углед, као нематеријалне вредности човека и објект кривичноправне заштите, регулисани су нашим КЗ и кривична дела против ових вредности систематизована су у глави XVII у чл. 170-177 КЗ. И поред више појмовних одређења части и угледа у теорији кривичног права, несумњиво је да се ради о веома уско повезаним појмовима који коегзистирају истовремено.[7] Нпр. према Живановићу част представља скуп вредности које човек има као једино људско биће и као члан извесне људске заједнице, као што су морална, културна, правна вредност и сачињавају тзв. унутрашњу или субјективну част. Уважавање пак у друштвеној заједници, које одговара нечијој унутрашњој части зове се спољном или објективном чашћу.[8] Другим речима, објективна или спољашна част одговара појму углед.

Као основно дело против части и угледа, законодавац је прописао кривично дело увреда из чл. 170 КЗ.[9]

У ставу 1. одређен је основни облик. Основни облик кривично дела чини онај ко увреди другог. Из наведеног, види се да је радња извршења одређена последично. Полазећи од садржине части и угледа, радња извршења може

која постоје на друштвеним мрежама, 241 чиме се друштву и појединцима корисницима друштвених мрежа, али и онима који то нису, наноси материјална и нематеријална штета. Опширније о злоупотребама друштвених мрежа: Вида Вилић, *Повреда права на приватност злоупотребом друштвених мрежа као облик компјутерског криминала*, Ниш 2016, 107 (докторска дисертација).

[6] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19 (у даљем тексту: КЗ).

[7] Тако и Бранислав Ристивојевић, „О оправданости укидања увреде и клевете“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 1/2014, 163-164.

[8] Тома Живановић, *Основи кривичног права*, *Посебни дио*, 1. Књига (Кривична дела против приватних добара), Београд 1923, 120.

[9] Сва друга кривична дела у овој глави се налазе у односу специјалитета према кривичном делу увреда. Из тог разлога је оно основно, јер ће оно увек постојати, уколико у радњама учиниоца нису остварена обележја неког другог кривично дела из ове главе. Више о томе вид. Дарко Тепавчевић, *Кривична дјела против части и угледа*, Крагујевац 2004, 72 (докторска дисертација).

бити било која изјава којом се негира или потцењује (односно омаловажава) нека вредност која чини част и углед конкретног појединца. Следи закључак да изјава као таква мора бити подобна како би се неко лице омаловажило и може се остварити усменим или писменим путем, делима, гестовима, знацима и сл. Према томе, увреда може бити вербална, реална (увреда делом) и увреда симболима/знацима/гестовима. Да би постојало ово кривично дело, неопходно је и постојање додатних услова. Прво, неопходно је да се пасивни субјект може одредити. То не мора значити поименично означавање пасивног субјекта, већ да се на основу чињеница и околности може доћи до закључка да је делатност уперена против одређеног лица. Друго, дело ће постојати ако је изјава омаловажавања сазната од стране пасивног субјекта или пак другог лица. Треће, изјава омаловажавања се цени према објективним околностима, правилима понашања, схватањима и етичким вредновањима одређене средине. Намеће се закључак да се субјективни осећај увређеног не мора поклапати са објективним критеријумима. Садржај изјаве омаловажавања може бити истинит или неистинит, али у сваком случају то морају бити чињенице које представљају увреду. Дело је свршено оног тренутка када је увредљива изјава сазната било од стране увређеног или од другог лица. На плану кривице, увреда се може извршити само са умишљајем. Казна за основни облик је новчана и законодавац је прописао посебни минимум и посебни максимум новчане казне, у распону од двадесет до сто дневних износа или од четрдесет до двеста хиљада динара (у зависности од система новчане казне који ће се конкретно применити).

У ставу 2. предвиђен је квалификовани облик увреде. Овај облик ће постојати онда када је увреда учињена путем штампе, радија, телевизије или сличних средстава или на јавном скупу.[10] Квалификаторна околност која овај облик увреде чини тежим у односу на основни је средство извршења (штампа, радио, телевизија, слично средство) или место извршења (јавни скуп). По правилу, у овим ситуацијама долази до могућности тежег повређивања части и угледа пасивног субјекта, јер овим средствима и на таквом месту омогућено је ширем публицитету да дође до сазнања за увредљиву изјаву. Казна за квалификовани облик је такође новчана, са прописаним посебним минимумом и посебним максимумом у распону од осамдесет хиљада до двестачетрдесет дневних износа или од стопедесет хиљада до четристопедесет хиљада динара.

У случају да увређени узврати увреду (тзв. компензована увреда), суд може обе или једну страну казнити или ослободити од казне (чл. 170 ст. 3 КЗ).

---

[10] Квалификовани облик увреде може се означити као јавна увредом или јавна изјава омаловажавања. Више о томе вид. Сеад Џинић, *Кривично дело увреде*, Београд 1993, 187 (докторска дисертација).

У одређеним друштвеним областима или приликом одређених ситуација, неопходно је изражавање критичких изјава, мишљења или ставова о другим лицима, што понекад подразумева и увредљиву реторику. Разлог томе лежи у чињеници претежности ових интереса у односу на интересе примаоца изјава, мишљења и ставова. У ставу 4. предвиђене су делатности и ситуације у којима неће доћи до примене кривичног права, односно неће постојати ниједан од облика кривичног дела из ст. 1. до 3., иако су остварени сви објективни и субјективни елементи кривичног дела увреде. Заправо, ако је изјава омаловажавања учињена у оквиру озбиљне критике у научном, књижевном или уметничком делу, у вршењу службене дужности, новинарског позива, политичке делатности, у одбрани неког права или заштити оправданих интереса, неће се казнити учинилац тог дела, ако се из начина изражавања или из других околности види да то није учинио у намери омаловажавања. У тим случајевима искључена је противправност радњи учиниоца. Иако се за основни и тежи облик увреде не захтева намера, као посебан субјективни елемент бића кривичног дела, одсуство такве намере у ставу 4. је посебно истакнуто, што се мора доказати у сваком конкретном случају.[11]

За потребе разграничења квалификованог од основног облика овог дела неопходно је утврдити појам јавне увреде или јавне изјаве омаловажавања.

Појам посебних средстава извршења тежег облика увреде попут штампе, радија, телевизије (једном речју медији), треба схватити у складу са природом кривичног дела увреде и у вези са одредбама Закона о јавном информисању и медијима[12]. Према том закону, медиј је средство јавног обавештавања које речима, сликом, односно звуком преноси уређивачки обликоване информације, идеје и мишљења и друге садржаје, намењене јавној дистрибуцији и неодређеном броју корисника (чл. 29. ст. 1. ЗЈИМ). Под медијем се у смислу овог закона нарочито подразумевају дневне и периодичне новине, сервис новинске агенције, радио-програм и телевизијски програм и електронска издања тих медија, као и самостална електронска издања (уређивачки обликоване интернет странице или интернет портали), а који су регистровани у Регистру медија, у складу са овим законом (чл. 29. ст. 2. ЗЈИМ). Не сматрају се медијима у смислу овог закона књига, филм, носач аудио и аудио-визуелног садржаја, научни и стручни часопис намењен првенствено информисању или образовању

[11] Са кривичнопроцесног аспекта, уколико је кривичноправни догађај проистекао из околности предвиђеним у чл. 170. ст. 4. КЗ, приватни тужилац је дужан да у чињеничном опису дела у приватној тужби, окривљеном стави на терет да је увреду учинио у намери омаловажавања (која се мора и доказати), јер услед овог недостатка, окривљеном је стављено на терет дело које по закону није кривично дело, због непостојања битног субјективног елемента бића овог кривичног дела. Ово правило не важи за изјаве омаловажавања које нису дате под тим околностима и тада је потребно утврдити само умишљај на страни учиниоца.

[12] Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 (у даљем тексту: ЗЈИМ).

одређене професионалне групе, остале штампане публикације, каталог који садржи искључиво обавештења, огласе, рекламе и информације, итд. (чл. 30 ст. 1. ЗЈИМ). Осим ових, законом је прописано и то да медији нису платформе, попут интернет форума, друштвених мрежа и других платформи које омогућавају слободну размену информација, идеја и мишљења њених чланова, нити било која друга самостална електронска публикација, попут блогова, веб-презентација и сличних електронских презентација, осим ако нису регистроване у Регистру медија, у складу са овим законом (чл. 30. ст. 2. ЗЈИМ).

Мас медији, попут штампе, телевизије и радија имају за циљ информисање грађана и успостављање комуникације путем написане или живе речи. ЗЈИМ има задатак да осигура са једне стране слободу мишљења и критике (слобода изражавања), а са друге стране слободу изношења оне истине која није у вези са најимтимнијим животом човека, са његовим духовним и моралним вредностима, са његовим људским достојанством.[13] Слобода изражавања је једно од основних људских права и подигнуто је на ранг уставног права. Чл. 46 ст. 1. Устава[14] јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје. У ставу 2. предвиђена су ограничења, па се слобода изражавања може ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије. Такође, слобода изражавања је загарантована и чл. 10. Европске конвенције о људским правима и основним слободама (у даљем тексту: ЕКЉП), коју је наша држава ратификовала 26. децембра 2003. године. Слобода мас медија обухвата све модерне начине комуникације који су погодни за саопштавање мисли и идеја, укључујући и интернет који није постојао у време када је ЕКЉП сачињена (1950). Додуше, интернет не може да се подведе под радио, телевизију и биоскоп који су изричито поменути у чл. 10, али свакако, спада у општи вид слободе изражавања.[15]

Свако од ових средстава јавног информисања, поготово телевизија, имају велику моћ утицаја на јавно мњење и доступни су неодређеном кругу лица. Такве карактеристике чине их пободним средством да се кроз саопштавањем изјава омаловажавања, по правилу теже повређују част и углед оних лица на која се изјава односи, што оправдава тежу квалификацију и

---

[13] С. Џинић, 192.

[14] Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

[15] Александар Јакшић, *Европска конвенција о људским правима: Коментар*, Београд 2006, 297. Овај став је неспоран у пракси Европског суда за људска права. Вид. пресуде Европског суда за људска права у предмету *Times Newspapers Ltd. v. UK* (Представке број 3002/03 и 23676/03), од 10 марта 2009. године, *Editorial Board of Pravove Delo and Shtekel v. Ukraine* (Представка број 33014/05), од 05. маја 2011. године.

стоже санкционисање учинилаца. Код слободе говора и мржње (обухватајући и изјаве омаловажавања) се ради заправо о проналажењу и успостављању баланса између различитих интереса.[16]

У сфери политичког деловања одређених лица и поступака јавних личности, појединци или колективи путем мас медија могу износити своје мишљење или вредносни суд о тим лицима, чак и са оштријим речником и увредљивим садржајем, само под условом да се изјава односи на својства тих лица и зарад остваривања основних идеја демократског друштва и дозвољене критике. Другим речима, нема оправдања таквим изјавама када се оне односе на приватност тих лица. Све ово што је речено за посебна средства путем којих се врши увреда, може се аналогно применити и за јавне скупове. Под појмом јавног скупа подразумева се јавности доступан скуп већег броја лица која су се окупила у циљу неког заједничког политичког, културног или другог деловања.[17] Међутим, то не значи да се за потребе тежег облика увреде, јавна увреда мора учинити на јавном месту[18].

За разлику од штампе, телевизије и радија, поставља се питање која су то слична средства из чл. 170 ст. 2 КЗ, путем којих се може учинити тежи облик увреде.

Појам „слична средства", упућује на потребу тумачења норме путем аналогије, као врсте логичког тумачења (*argumentum a simili ad simile)*.[19] За његово схватање, неопходно је екстензивније тумачење норме, не ослањајући се искључиво на одредбе ЗЈИМ, односно на појам медија, како би се утврдио њен прави смисао и значај. *Сматрамо да је прихватљиво појмовно одређење „сличног средства", као свако оно средство које је погодно да пренесе информације о изјави омаловажавања посредством речи, слика, звука или звучно-визуелних садржаја и које су јавно доступне неодређеном броју неидентификованих лица, чиме се по правилу могу теже повредити част и углед лица на кога се изјава односи.* Без обзира што ЗЈИМ не подразумева под појмом медиј платформе, попут интернет форума, друштвених мрежа, блогова, презентација и сл. (осим ако нису регистроване), у ери савремених технологија, наведене платформе могу имати много више корисника и потенцијалних прималаца информација, од рецимо неке регистроване регионалне телевизије која је медиј, па се условно речено и оне могу сматрати

[16] Јован Ћирић, „Увреда", *Суђење у размном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (ур. С. Бејатовић и др.), Златибор-Београд 2015, 109.

[17] Зоран Стојановић, *Кривично право, Посебни део*, Београд 2011, 72.

[18] Под јавним местом се може одредити свако место које је приступачно индивидуално неодређеном броју лица.

[19] Опширније о томе вид. Зоран Стојановић, *Кривично право, Општи део*, Београд 2011, 46-47.

сличним средствима за потребе квалификованог облика увреде.[20] Са друге стране, не може се прихватити генерални став о подобности таквих средстава, већ се то мора ценити у сваком конкретном случају. У сваком случају, приликом тумачења одредби о јавној увреди и одређивању посебних средстава извршења или места, одредбе релеватних прописа (нпр. ЗЈИМ, Закона о јавном окупљању[21]) могу само послужити у тумачењу бића овог кривичног дела, с обзиром да одредба из чл. 170 ст. 2 КЗ нема директни облик бланкетне норме. Поред одредби релевантних прописа, тумачење је детерминисано објективним мерилима расуђивања, општим искуством, увреженим појмовима и схватањима, што јасно указује на примат у тумачењу и примени Кривичног законика у односу на одредбе ЗЈИМ и других прописа.

Гоњење за кривично дело увреде предузима се по приватној тужби (чл. 177 ст. 1 КЗ), а ако је дело учињено према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица (чл. 177. ст. 2. КЗ).

3. УВРЕДА ПУТЕМ ФЕЈСБУКА: ОСНОВНИ ИЛИ КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИК КРИВИЧНОГ ДЕЛА?

Са својим опцијама и могућностима, Фејсбук пружа доста начина за успостављање комуникације међу људима. Путем њега се огроман број података, слика, видео клипова и других материјала размењује, поставља на профиле и чине јавно доступним.[22] Његов концепт рада заснива се на умрежавању и склапању пријатељстава између корисника, путем својих профила. Приликом приступа лица овој друштвеној мрежи, неопходна је претходна регистрација, попуњавањем обавезних података (нпр. име и презиме, e-mail адреса, датум рођења, пол и др.). Ти подаци не морају бити истинити,[23] што омогућава злонамерним корисницима да путем Фејсбук врађају друге под псеудонимом или лажним именима. У таквим ситуацијама, може доћи до привида да је одређено лице увредило другог, што може створити проблем у откривању и доказивању правог учиниоца.

---

[20] ЗЈИМ је донет 02. августа 2014. године, а у примени је од 13. августа исте године. То је релативно дуг период од пет година у ком су се десиле енормне промене у комуникацији људи путем Интернета и које захтевају измене и допуне правне регулативе у тој области.

[21] *Службени гласник РС*, бр. 6/2016.

[22] Андреј Дилигенски, Драган Прља, *Фејсбук и право*, Институт за упоредно право, Београд 2014, 5.

[23] *Ibid*, 75-76.

Један од начина комуникације на Фејсбуку је путем постављања статуса тексуалне садржине. Тај статус корисник може поставити/објавити на свом профилу, профилу свог „пријатеља“ или корисника који није његов пријатељ (под условом да му је профил „откључан“-јавно доступан). Том приликом могу се обележити („таговати“, опција „Tag friend“) један или више пријатеља, чиме аутоматски такав статус бива видљив и на профилу тог пријатеља, под условом да му „зид“ профила (енгл. Feed) није закључан. Такође, као и статус, могу се објавити фотографије или видео записи и обележити један или више пријатеља. Коришћење свих наведених опција означавају се једним именом – *објава*. Корисници могу изразити свој став према тим објавама опцијом коментара, лајк дугмета (опција свиђања објаве – Like button) или других „смајлија“ (они имплицирају осећање корисника, нпр. туге, беса, радости и сл.). Опцијом шер (енгл. Share), корисници могу поделити објаве других пријатеља и истовремено обележити неког пријатеља и додати неки свој коментар. Корисницима је омогућено и да јавно емитују снимке уживо. Они могу комуницирати појединачно или формирањем група и преко инбокса (енгл. Inbox), слањем порука (све оне садржаје који се и иначе могу објавити), али ипак оне нису јавно доступне другим адресатима. Пријатељи међусобно могу формирати групе (опција енгл. Group) у циљу олакшане комуникације и број пријатеља може бити ограничен, али и не мора. Све објаве у тој групи нису јавно доступне другима, већ само члановима групе. У последње време, међу корисницима су веома популарне приче (енгл. Stories), које могу бити испуњене различитим садржајем (текст, фотографија, снимак и сл.). Међутим, ова опција је временски ограничена и јавно је доступна 24 сати. Осим комуникације успостављањем пријатељства, корисници не морају бити међусобно пријатељи да би видели објаве других корисника. То се може остварити опцијом праћења (енгл. Follow).[24] Приступ корисницима Фејсбуку, додатно је олакшан стварањем апликација за мобилне телефоне. Повезивањем на интернет мрежу, корисници могу објавити увреду са сваког места и у сваком тренутку.[25] Из свега наведеног, може се доћи до закључка да је потенцијалним учиниоцима увреде, на располагању мноштво начина за извршење овог кривичног дела.

Сваки Фејсбук корисник може имати од неколицине до неколико десетина, стотина, хиљада, па и милиона пријатеља, јер не постоји ограничење у броју пријатеља. Приликом објављивања неког садржаја, сваки корисник има опцију да изабере, да ли ће та објава бити јавно доступна (енгл. Public, са таквом објавом се може упознати неограничени број корисника) или се

[24] Више о коришћењу појединчаних опција вид. А. Дилигенски, Д. Прља, 2018, 79-115.

[25] Ово питање је посебно важно за утврђивање места извршења кривичног дела и потом утврђивање месне надлежности суда. Опширније о томе вид. М. Писарић, 32-50.

са њим могу упознати његови пријатељи или само они пријатељи које он одреди (у ове две последње ситуације, број лица који се упознају са објавом је ограничен).

Подводећи досад изнето под норму из чл. 170. КЗ, као радња извршења увреде путем Фејсбука може се означити *објављивање* изјаве омаловажавања, осим у случају када је реч о увреди слањем порука преко ове друштвене мреже. Сматрамо да се ово кривично дело може учинити преко Фејсбука. Оправданост оваквог схватања можемо потражити на плану испуњености услова за постојање увреде (подобност изјаве да се неко лице омаловажи, одредивост пасивног субјекта и његово или сазнање другог лица за увредљиву изјаву). Објављивање или слање порука са текстуалним, визуелним и аудио-визуелним садржајем је подобна изјава да се означено лице или лице на које упућује закључак да се изјава односи на њега, увреди и за коју се може лако сазнати повезивањем и приступом на ову друштвену мрежу. Међутим, у одређеним ситуацијама може доћи до проблема у утврђивању подобности изјаве омаловажавања да се одређено лице увреди. Наиме, изјава омаловажавања може бити упућена са места које је веома удаљено од места у коме долази до сазнања те изјаве од стране пасивног субјекта или неког другог лица, што чини Фејсбук карактеристичним средством извршења (виртуелна комуникација која не познаје границе између држава). Тада се може поставити питање по којим објективним критеријумима и схватањима средине треба ценити подобност дате увредљиве изјаве, јер нпр. одређени изрази или дела која су увредљива у средини из које потиче учинилац по објективним критеријумима и схватањима средине из које потиче увређени не представља увреду или обрнуто.[26] При овим околностима, сматрамо да је неопходно изјаву омаловажавања ценити синтезом објективних околности и схватања средина и учиниоца и увређеног. Изјава ће бити увредљива ако се као таква може схватити и у средини учиниоца и увређеног, под условом да је увређени или друго лице разумело такву изјаву.

Да ли се увредом преко Фејсбука остварују обележја основног или квалификованог облика овог кривичног дела, односно да ли Фејсбук има карактер сличног средства попут штампе, телевизије или радија, питања су на која се мора одговорити у сваком конкретном случају.

Поводом овог питања, Врховни касациони суд у једној својој пресуди изразио је мишљење да „facebook страница као део друштвених мрежа, управо због доступности исте корисницима ових мрежа на интернету представља средство слично средствима штампе, радија или телевизије и следствено томе путем овог сличног средства – facebook странице се може упу-

[26] Ова констатација се превасходно може односити на вербалне увреде, с обзиром на многобројне и различите дијалекте и говорна подручја, као и на релативно другачија схватања на ужим подручјима наше државе.

тити увредљива изјава и самим тим извршити кривично дело увреда".[27] Међутим, не можемо прихвати генерални став да Фејсбук у сваком случају има та својства. Такав став може бити прихватљив само онда када је корисник оптирао да његова објава буде јавно доступна-опција public. Фејсбук тада поприма сва обележја сличног средства, јер је изјава омаловажавања доступна неодређеном броју неидентификованих корисника. Са друге стране, уколико је објава доступна искључиво пријатељима корисника или суженом кругу пријатеља (које је учинилац одредио) од укупног броја његових пријатеља, тада је суд у обавези да у сваком конкретном случају утврди подобност Фејсбука да објава може бити сазната од стране неограниченог броја неидентификованих лица и да таква изјава поприма обележја јавне увреде. Нпр. када је неко лице објавило увредљиву фотографију за друго лице на свом профилу, није оптирао да објава буде јавно доступна и притом ограничио број пријатеља на неколицину који могу видети ту објаву, да ли би тада била оправдана примена чл. 170. ст. 2. КЗ. Сматрамо да би у овом случају одговор био негативан, јер се са изјавом омаловажавања могао упознати поименично одређен број лица. Такође, увредљива изјава упућена преко ограничених група и порука у инбоксу не испуњавају услове за постојање јавне увреде, иако је коришћен Фејсбук. И друге опције које пружа Фејсбук, попут приче, снимка уживо, коментара објава, треба ценити према критеријумима јавне доступности и броја пријатеља који се могу упознати са увредљивим садржајем.

За разлику од претходних опција, поставља се питање да ли се коришћење опција попут дељења или „шеровања" објава других и изражавања осећања на те објаве путем лајк дугмета и сл., могу окарактерисати као друштвено релевантно остваривање воље, односно да ли то може бити радња извршења увреде?

Дељење објава других корисника има одређени друштвени значај, јер представља одраз једног лица уперен према друштву. Сматрамо да такво понашање по својим особинама јесте остваривање воље. Међутим, постојање кривичног дела увреде у овом случају требало би ценити на нивоу кривице, тј. умишљаја учиниоца. Уколико је корисник поделио нечију увредљиву објаву, да ли је свестан да тиме може учинити кривично дело и да ли хоће његово извршење као своје? Умишљај учиниоца у овом случају може се ценити

[27] Детаљније вид. пресуду Врховног касационог суда Кзз 1058/2016 од 20.09.2016. године. Пак, у другој пресуди, погрешним тумачењем ЗЈИМ, Врховни касациони суд износи став да „фејсбук страница представља јавни медиј". ЗЈИМ децидирано искључује платформе за друштвене мреже као медије, осим ако нису регистроване у складу са тим законом. Како фејсбук није регистрован у регистру медија код Агенције за привредне регистре, то ова платформа нема карактер медија. Вид. пресуду Врховног касационог суда Кзз 546/2019 од 11.06. 2019. године.

на тај начин што ће се утврдити да ли је дељење пропраћено неким позитивним коментаром учиниоца (коментаром којим се подржава објава) или на било који други начин који доводи до тога да се он идентификује, односно поистовећује са објавом, те да се може сматрати као да је његова.[28] Овде треба посебно ценити чињенице у вези ранијег међусобног односа учиниоца и увређеног, јер није исти случај када се они познају и нису у добрим односима и када се та лица уопште не познају.

Сваком кориснику је омогућено коришћење опције дељења сопствених објава. У том случају, када би корисник једном или више пута поделио у одређеном временском периоду своју увредљиву објаву, тада би била остварена обележја продуженог кривичног дела увреде, уз испуњеност осталих услова за овај облик привидног реалног стицаја кривичних дела.

За разлику од дељења, опција лајк или свиђања објаве има одређени друштвени значај, али не представља у правом смислу остваривање воље учиниоца. Ова опција подразумева изражавање осећања, самим тим и мишљења у вези неке објаве, па се не може подвести под појам радње извршења увреде. Уколико би се прихватило другачије мишљење, дошло би до тога да се лице кажњава за мисли, што би било грубо кршење основних принципа кривичног права и непотребно проширивање кривичноправне репресије.

Пасивни субјект увреде преко Фејсбука, не мора искључиво бити корисник ове друштвене мреже. То може бити свако лице, али и тада неопходно је испитати подобност Фејсбука за примену тежег облика увреде.

Посебно је занимљиво питање остваривање кривичног дела увреде преко Фејсбука од стране више учинилаца и постојања појединих облика саучесништва у ширем смислу. Постоји велики број профила који су заједнички, тј. када два или више лица користе један профил. Сви они поседују корисничко име и лозинку за приступ том профилу, а обично се идентификују са неколико имена, презимена или надимака. Најчешће, то су профили супружника, емотивних или пословних партнера и сл. Изјава омаловажавања упућена са таквог профила, не сме створити претпоставку да су такву изјаву дали сви они

[28] У вези овог питања навешћемо занимљива мишљења иностраних судова, која се у великој мери подударају и могу послужити за његово решавање. Виши суд у Франкфурту је пресудио, да онај ко користи функцију подели на Фејсбуку не присваја као своје тиме противправне туђе садржаје и самим тим не одговара. Ради се од противправним садржајима које постављају други Фејсбук корисници, а који крше лична права, ауторска права или су у супротности са одредбама кривичног права. Међутим, он присваја садржаје које је поделио, тек онда када се са њима индетификује, тако да се могу сматрати кад да су његови. Пресуда из 2015. године (Urteil vom 26.11.2015-Az.: 16 U 64/15), Виши суд у Франкфурту (OLG Frankfurt). Слично становиште заузео је и Виши суд у Дрездену, да у основи дељење преко Фејсбука не води ка томе да се присвајају туђи садржаји. Присвајање постоји онда када Фејсбук корисник садржаје позитивно коментарише или се о њима позитивно изражава и када се са садрђајима идентификује. Пресуда из 2017. године (Urteil vom 07.02.2017-Az.: 4 U 1419/16), Виши суд у Дрездену (OLG Dresden) (Нав. према А. Дилигенски, Д. Прља, 2018, 80-81).

који користе профил, те да су кривично дело учинили као саизвршиоци. Заправо, сви они би били одговорни само због чињенице да поседују корисничко име и лозинку за приступ профилу. У овом случају, неопходно је утврдити ко је од ових лица објавио изјаву омаловажавања, а тек уколико су учешће у извршењу узели сви или неки од њих, неопходно је утврдити њихов појединачни допринос и применити правила о конкретном облику саучесништва у ширем смислу (саизвршилаштво, подстрекавање и/или помагање). Они који нису корисници Фејсбука (нпр. немају довољно знања да рукују рачунаром или да користе Интернет или противе се коришћењу друштвених мрежа), такође могу бити активни субјекти кривичног дела увреде преко Фејсбука. По природи ствари они то чине у својству подстрекача, а ређе као извршиоци (уколико су непосредно користили нечији фејсбук профил). То могу бити различити начини умишљајног навођења корисника Фејсбука на вређање других лица. Рачунари, паметни мобилни телефони и друга средства преко којих се приступа на Фејсбук, омогућавају корисницима да сачувају њихова корисничка имена и лозинке, што олакшава приступ, јер се не морају уносити приликом сваког приступа. Таква ситуација омогућава другим лицима, обично злонамерним, да искористе прилику и неовлашћено преко профила неког корисника објаве изјаву омаловажавања за некога. У овом случају поставља се питање, да ли ће постојати кривична одговорност власника профила за објављену увреду? Допринос власника профила се огледа у томе што је омогућио другом лицу да изврши кривично дело увреде, али то још није довољно за његову одговорност. Тај допринос мора бити у узрочној вези са извршеним кривичним делом. Власник профила преко чијег је профила учињена увреда од стране другог лица, својим нечињењем, може бити помагач у извршењу овог дела, само уколико је знао да неко одређено лице које има или може имати приступ његовом профилу хоће да га употреби за вређање одређених лица.[29]

Сматрамо да се сва претходно наведена правила могу, *mutatis mutandis*, применити и на преостала кривична дела против части и угледа, превасходно у погледу кривичног дела изношења личних и породичних прилика из чл. 172 КЗ.

4. ЗАКЉУЧАК

Савремени трендови довели су до перманентне потребе, али и зависности људи од коришћења Интернета и других рачунарских мрежа, приступом преко рачунара, таблета, паметних мобилних телефона и других сличних

[29] Опширније о институту помагања у извршењу кривичног дела и помагању извршеном нечињењем (негативном помагању) вид. Вељко Турањанин, „Помагање у извршењу кривичног дјела у српском кривичном праву“, *Зборник радова ПФНС* 1/2011, 629-649.

средстава. Развој модерних информационих технологија, омогућио је олакшано комуницирање и размену података између људи са било ког места и у било које време. Друштвене мреже су данас један од најзаступљених начина комуникације преко Интернета. По броју корисника, несумњиво, прво место заузима Фејсбук. Са својим многобројним могућностима, Фејсбук омогућава повезивање својих корисника и олакшану размену информација текстуалног, визуелног, аудио и аудио-визуелног садржаја међу њима. Олакшани приступ и популарност Фејсбука, неретко, доводе до тога да се ова друштвена мрежа злоупотребљава и користи супротно циљу свог деловања. Она представља погодно средство за предузимање различитих врста инкриминисаних понашања људи, попут вређања других, упућивања претњи према другима, изазивања и ширења панике међу људима и друга понашања која по правилу имају за последицу тежу повреду или угрожавање основних људских вредности, јер су у већини случајева таква понашања и проузроковане последице јавно доступни великом броју лица. Највећи број кривичних дела извршених преко Фејсбука представља кривично дело увреде. Са аспекта кривичноправне заштите, неспорно је да се изјавом омаловажавања коришћењем било које опције преко Фејбука остварују сва објективна и субјективна обележја кривичног дела увреде. Међутим, како се ради о посебном средству извршења, те да су информације често јавно доступне неодређеном кругу лица, чињенице су које могу довести до остваривања обележја тежег облика увреде и строжег кажњавања учиниоца. Такав став не сме се прихватити као генерални и примењљив на све кривичноправне догађаје, већ се морају имати у виду околности и чињенице конкретног случаја и потенцијална јавна доступност изјаве омаловажавања неодређеног кругу лица. Законска регулатива по питању извршења кривичног дела увреде (па и других кривичних дела против части и угледа), не прати тренутну ситуацију и може довести до различитог тумачења појма сличног средства попут штампе, телевизија и радија за вршење тежег облика овог дела. Општеприхваћеност коришћења друштвених мрежа, честе промене и усавршавања модерних технологија, као и тежина последица које могу бити проузроковане вређањем других путем истих, показатељи су који завређују пажњу законодавца и иницијативу истом на плану допуне кривичног законодавства, предвиђањем нових посебних средстава за вршење тежег облика кривичног дела увреде и дефинисањем појмова за вршење овог кривичног дела у дигиталном простору, али и код других кривичних дела против части и угледа. Сем тога, неопходно је и преиспитивање одредби ЗЈИМ у правцу проширивања појма медиј, а у светлу нових начина информисања и комуникације људи у дигиталном свету. Наведени закон изричито искључује као медиј платформе, попут друштвених мрежа, форума и др., осим уколико као такве нису регистроване. Међутим, не мора се такво решење ограничавати искључиво на поступак регистрације, имајући у виду

општепознату чињеницу масовног коришћења друштвених мрежа и јавне доступности информација од општег значаја неодређеном броју лица, које чак могу бити и уређивачки обликоване.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Вилић Вида, *Повреда права на приватност злоупотребом друштвених мрежа као облик компјутерског криминала*, Ниш 2016, 107 (докторска дисертација)

Дилигенски Андреј, Прља Драган, Фесјбук, заштита података и судска пракса, Институт за упоредно право, Београд 2018, 9

Дилигенски Андреј, Прља Драган, *Фејсбук и право*, Институт за упоредно право, Београд 2014, 5

Живановић Тома, *Основи кривичног права*, *Посебни дио*, 1. Књига (Кривична дела против приватних добара), Београд 1923, 120

Јакшић Александар, *Европска конвенција о људским правима: Коментар*, Београд 2006, 297

Mezrih Ben, *Slučajni milijarderi: nastajanje Fejsbuka*, Beograd 2010, 72

Писарић Милана, *Електронски докази у кривичном поступку*, Нови Сад 2019, 5

Ристивојевић Бранислав, „О оправданости укидања увреде и клевете“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 1/2014, 163-164

Стојановић Зоран, *Кривично право, Општи део*, Београд 2011, 46-47

Стојановић Зоран, *Кривично право, Посебни део*, Београд 2011, 72

Тепавчевић Дарко, *Кривична дјела против части и угледа*, Крагујевац 2004, 72 (докторска дисертација)

Турањанин Вељко, „Помагање у извршењу кривичног дјела у српском кривичном праву“, *Зборник радова ПФНС* 1/2011, 629-649

Ћирић Јован, „Увреда“, *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (ур. С. Бејатовић и др.), Златибор-Београд 2015, 109

Џинић Сеад, *Кривично дело увреде*, Београд 1993, 187 (докторска дисертација)

Интернет извори:

U Srbiji više od 90 odsto na Fejsbuku, rapidni rast korisnika Instagrama, *https://www.danas.rs/tehnologije/u-srbiji-vise-od-90-odsto-na-fejsbuku-rapidni-rast-korisnika-instagrama/*, 03. април 2020

Srbija prva po broju korisnika “Fejsbuka” u regionu, *https://www.blic.rs/vesti/drustvo/srbija-prva-po-broju-korisnika-fejsbuka-u-regionu/6bd71wv*, 03 април 2020

Social Networing, *http://www.investopedia.com/terms/s/social-networking.asp*, 06. април 2020

Правни прописи:

Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016

Закон о јавном окупљању, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016
Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19
Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006

Судска пракса:

Европски суд за људска права, *Times Newspapers Ltd. v. UK* (Представке број 3002/03 и 23676/03), пресуда од 10 марта 2009. године
Европски суд за људска права, *Editorial Board of Pravove Delo and Shtekel v. Ukraine* (Представка број 33014/05), пресуда од 05. маја 2011. године
Пресуда Врховног касационог суда Врховног касационог суда Кзз 1058/2016 од 20.09.2016. године
Пресуда Врховног касационог суда Кзз 546/2019 од 11.06.2019. године
Пресуда из 2015. године (Urteil vom 26.11.2015-Az.: 16 U 64/15), Виши суд у Франкфурту (OLG Frankfurt)
Пресуда из 2017. године (Urteil vom 07.02.2017-Az.: 4 U 1419/16), Виши суд у Дрездену (OLG Dresden).

Stefan D. Petrašinović, Teaching Assistant, Ph.D. Student
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
spetrasinovic@jura.kg.ac.rs

Criminal Offense and Facebook

Abstract: *The development of modern internet technologies has provided numerous ways for mass communication of people. One of these ways is through social networks. With more than two billion users worldwide, Facebook is the most massive social network of today and a powerful tool for sharing a wealth of data, images and other materials through their profiles, which may even be publicly accessible to an indefinite number of individuals. With such capabilities, Facebook is a suitable tool for various abuses and for committing various offenses.*

It is a common situation for users to post different statuses, photos, snapshots through profiles, or post comments on statuses, photos or snapshots, of offensive content. From the point of view of our positive criminal law, the criminal protection of the honor and reputation of the individual, as intangible human values, is not in dispute in these situations. However, the question arises of the legal qualification of such incriminated conduct, that is, whether through these acts of the perpetrators the basic or qualified form of the offense of offenses referred to in Art. 170 of the Criminal Code, given the particular means of enforcement. The author points out the facts and circumstances that influence the legal qualification of the criminal offense of insult through Facebook, its appearance, as well as various possible ways of its realization by several persons.

Keywords: *social networks, Facebook, criminal offense of insults, legal qualification, appearance forms.*

Датум пријема рада: 07.04.2020.

Прегледни чланак 342.722:35.077.2(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-23384

Renata R. Bjelica, Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
renata.bjelica@ustavni.sud.rs

ORAL PUBLIC HEARING IN AN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Abstract: *The right to an oral public hearing is covered by the right to a fair trial as a right guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as by the Constitution of the Republic of Serbia. In this sense, the Law on Administrative Disputes prescribes a rule for the court to establish the facts at an oral public hearing. This law prescribes exceptions to the rule, as well as cases in which the court will "always" and in which it is "obliged" to hold an oral public hearing. Analyzing the legal provisions, with reference to the relevant administrative and constitutional case-law, and considering the present organization and capacity of the administrative judiciary, the author pointed to certain shortcomings of legislative solutions and administrative judicial decisions, and based on the conclusions drawn, tried to offer possible solutions so that, when it comes to holding a hearing before a court, a higher degree of fairness of trial could be achieved.*

Keywords: *right to a fair trial, Law on Administrative Disputes (ZUS), right to an oral public hearing*

1. INTRODUCTION

The previously applicable Law on Administrative Disputes[1] prescribed that the court "as a rule" resolves a dispute on the basis of the facts established in an administrative proceedings (Article 38). The court had the opportunity to hold an oral public hearing because of the complexity of the matter in dispute or, if the court found it necessary to better clarify the state of the matter, the party could

[1] Law on Administrative Disputes, *Official Gazette of the FRY,* no. 46/96.

propose holding of an oral public hearing (Article 33). The aforementioned legal solution is often highlighted as the greatest drawback of this law.[2]

Deciding on the basis of the facts established at the oral public hearing represents one of the elements envisaged by the effective ZUS[3] related to the fairness of trial in administrative dispute (alongside the decision of the court on the basis of law and decision of the court within a reasonable time). Such determination by the legislator is a consequence of the need to implement European standards of fairness into positive legislation, but it should be mentioned that when ratifying the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[4] the reserve was placed precisely with regard to the obligation to hold an oral hearing in an administrative dispute, which was justified by the insufficient capacity of the administrative judiciary.[5]

Given the exceptions to the rule prescribed by law, as well as the specific legal formulations governing oral public hearings, it seems that there is still room to consider whether oral public hearings in an administrative dispute are indeed the rule. Namely, the subject of this paper was addressed by numerous writers and practitioners in the field of law, mostly in the period after the entry into force of the ZUS, therefore the initial basis of this paper represent certain conclusions drawn, as well as the formed sentences from the reasoning of court decisions. However, in the paper we have tried to "check" through the analysis of legal provisions and the presentation of the administrative practice in recent times whether in the meantime to which extent the changes occurred with regard to the publicity of the administrative proceedings.

---

[2] Ljubodrag Pljakić, *Praktikum za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi (Practicum for administrative disputes with commentary, case-law and and forms for practical implementation)*, Belgrade 2011, 298, "Case law based on the application of the previous Law by refusing to establish the facts at the hearing, repeatedly annulled the decision of the respondent authority, delaying the provision of complete protection to the plaintiff so that court protection, when it arrived, was often too late. The plaintiff thus obtained only moral satisfaction, while the damage caused by an unlawful decision after several years of trial was usually not remedied."

[3] Law on Administrative Disputes – ZUS, *Official Gazette of the RS,* no. 111/09.

[4] European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Convention, *Official Gazette of Serbia and Montenegro – International Treaties,* no. 9/03, 5/05, 7/05, *Official Gazette of the RS* – International Treaties, no. 12/10 and 10/15.

[5] Зоран Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији", *Правни живот* бр. 5-6/2013, 91, 93 ("Implementation of European Standards in Administrative Disputes in Serbia") "At that point, there were eighteen judges in the administrative department of the then Supreme Court of Serbia, six judges in the administrative department of the Belgrade District Court, and three judges in Novi Sad, while in all other district courts in Serbia, no separate administrative departments were formed, but in administrative cases, judges, assigned in civil law matters, acted as needed."

2. RIGHT TO ORAL PUBLIC HEARING AS A PART OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

The right to a fair trial under Art. 6 of the Convention guarantees that everyone, while deciding on their civil rights and obligations or on the criminal charge against them, has the right to a fair and public hearing within a reasonable time before an independent and impartial tribunal established by law, as well as the right to a public verdict, with the possibility of excluding the press and the public from all or part of the trial when necessary in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, when required by the interests of a minor or the protection of the privacy of the parties, or to the extent that the court deems appropriate, necessary in particular circumstances where the public could harm the interests of justice (item 1). Item 2 of the said Article establishes the presumption of innocence, while Item 3 of this Article covers the minimum rights belonging to anyone charged with a criminal offence.

It follows from the aforementioned Convention provisions that the right to a fair trial encompasses the rights explicitly stated in Art. 6, as well as that the guarantees provided refer to the proceedings in which civil rights and obligations and criminal charges are decided. However, by applying teleological interpretation, new norms were established as an integral part of the right to a fair trial, so that the right to a fair trial becomes a system of explicit and implicit rights, and all these rights, expressed through the practice of the European Court of Human Rights, include the following: the right of access to courts, the right to a court established by law, the right to independence and impartiality in a trial, the right to legal assistance, the right to procedural equality of parties, the right to a public hearing, the right to adversarial proceedings, the right to a reasoned decision, the right to a trial within a reasonable time, the right to a public judgement, the right to effective enforcement of the judgement, the prohibition of arbitrary proceedings and the right to legal certainty.[6]

On the other hand, by autonomous concepts[7] of the notions: court, civil rights and obligations and criminal charges it was made possible to extend the European standard of fairness, among others, to administrative disputes.

The right to a public hearing belongs to the corpus of rights expressly embodied in Art. 6. of the Convention and covers two rights. One right is the right of the press and the public to attend the trial. This right is not absolute and may

[6] Katarina Golubović, „Европски стандарди правичности у управном законодавству и пракси“ (“European Fairness Standards in Administrative Legislation and Jurisprudence”), PhD Thesis, Belgrade 2015, 45.

[7] On the notion of autonomous concepts see. Драгољуб Поповић, „Аутономни концепт европског права људских права“ (“An Autonomous Concept of European Human Rights Law”), *Анали Правног факултета у Београду*, Београд 2009, 121-137.

be excluded with an aim to protect certain interests. "The public nature of the debate offers the opportunity to protect the parties to the dispute from the secret administration of justice without public scrutiny, and to maintain public confidence in the justice process and in the courts themselves."[8] The second right involves the direct involvement of the parties to the proceedings, with respect for their equality and with the opportunity for each party to provide their statement on all relevant issues and evidence.

This Article provides for the right of everyone to have an independent, impartial and legally established court, in a fair and reasonable time, to publicly hear the case and decide on their rights and obligations, the merits of the suspicion that gave rise to the proceedings, as well as the charges against them, as well as that the public can be excluded for the entire duration of the proceedings before a court or in a part of the proceedings, only to protect the interests of national security, public order and morals in a democratic society, as well as to protect the interests of minors or privacy of the parties, in accordance with the law.

3. ORAL PUBLIC HEARING IN ACCORDANCE WITH THE ZUS

The fairness of a trial in an administrative dispute is prescribed by Art. 2 of the ZUS and it covers the court's decision in accordance with the law and within a reasonable time, based on the facts established at the oral public hearing.

Therefore, the effective ZUS sets forth the rule that in an administrative dispute the court shall decide on the basis of the facts established at the oral public hearing (Article 33, paragraph 1).

3.1. Public and oral nature of the hearing

The ZUS stipulates that the hearing before the court is public, with the possibility of excluding the publicity, for the same reasons for excluding the publicity as established by the Constitution and the Convention.

When it comes to oral hearing, the ZUS contains provisions governing the scheduling of the hearing, the conduct of the hearing, the course of the hearing and the consequences of the parties' absence from the hearing. In summary, these provisions (Articles 36-39) stipulate that the Trial Chamber decides to hold the hearing, that is, the decision not to hold the hearing shall be made in a non-public hearing of the Chamber Panel; that the President of the Chamber determines the date of the hearing to which the parties and interested parties are invited and that the President of the Chamber chairs the debate; that the minutes of the hearing are

[8] К. Голубовић, 154. The right to a fair trial has been established by Art. 32 st. 1 and para. 3 of the Constitution of the Republic of Serbia .

taken; that the hearing may be postponed only for important reasons, as decided by the Chamber with the prescribed consequences of the parties' absence from the oral public hearing and the course of the hearing.

It is important to note that Art. 74 of the ZUS prescribes the relevant application of the provisions of the Law on Civil Procedure[9] to all issues of the administrative dispute settlement procedure which are not regulated by the ZUS. The provisions applied accordingly means an adjusted application of the provisions of the procedural law governing litigation to an administrative matter settlement procedure, that is, the provisions of the Law on Civil Procedure are applied to the administrative procedure only unless otherwise expressly prescribed by the ZUS and only when such application is in accordance with the nature and peculiarities of administrative dispute.

3.2. Holding a hearing

The ZUS provides for an exception to the rule that facts be established at an oral public hearing. This exception applies to the case where the subject matter of the dispute is such that it clearly does not require a direct hearing of the parties and an independent establishing of the facts, or if the parties expressly agree to it, whereby the court is obliged to specifically state the reasons for not holding an oral hearing (Art. 33, par.2 and par.3 of the ZUS). It could be said that the stated legal wording does indeed relativize the formally proclaimed rule on holding an oral public hearing.[10] This is because the mentioned legal provision provides broad discretion for the court to evaluate the nature of the subject matter of the dispute.

What would be the subject matter of the dispute, which clearly does not require a direct hearing of the parties and an independent establishing of the facts? We believe that the above wording indicates, for example, the situation where the lawsuit does not dispute the facts, but emphasizes the violation of the rules of procedure or the application of substantive law, or refutes the facts, which in administrative proceedings was established on the basis of the findings and opinion of expert witnesses. The mentioned attitude is further corroborated by the administrative case law as set out below (Administrative Court Judgement 4 U. 19401/17 of 23 February 2018 and the Administrative Court Judgement – Niš Division II-9 U. 8590/15 of 19 November 2015).

The ZUS prescribes cases in which the hearing will always be held, as well as those in which it is mandatory to hold the hearing. The hearing will always be held due to the complexity of the subject matter of the dispute, or for better clar-

[9] Law on Civil Procedure, *Official Gazette of RS*, no. 72/11, 49/13 – Constitutional Court Decision, 74/13 – Constitutional Court Decision, 55/14 and 87/18.

[10] Драган Милков, „О управном спору у Србији" ("On Administrative Dispute in Serbia"), *Collection of Papers of the Faculty of Law in Novi Sad* 3/2011, 132.

ification of the state of affairs, as well as in cases where the defendant fails to submit the case files to the court even after the second request of the court, or if they declare that they cannot submit them (Art. 34, par.1). The obligation to hold a hearing refers to administrative matters participated by two or more parties with opposite interests and when the court determines the facts for deciding in full jurisdiction (Art. 34 (2) of the ZUS).

The used terms 'always' and 'mandatory' raise the question of whether the two cases differ merely on a linguistic or substantive level. We believe that in this particular case it is a substantive difference. Namely, the wording of Art. 34 par. 1 concerning the complexity of the case and the better clarification of the matter, would entail the discretion of the court to evaluate whether the administrative matter is complex, or whether its clarification is needed, and depending on this discretion of the court an oral public hearing would be held, the decision would be passed without holding a hearing. When it comes to holding an oral public hearing in the event of non-compliance with the obligation to file a Statement of Defence and the case file, it is emphasized that there is no discretion of the court and that the court is under an obligation to hold a hearing as soon as the condition, that the files are required twice, is fulfilled.[11] However, there may be cases where the court could resolve the administrative dispute without case files and without holding a public hearing, as we will see in the part relating to the relevant case law, which implies that in this case also the holding of an oral public hearing, under certain conditions, would not be mandatory. At this point we would also point out that "in the case-law, it has emerged as a contentious situation whether the court should hold an oral hearing within the meaning of Article 30, paragraph 3 of the ZUS, when the plaintiff files an orderly lawsuit due to non-response of the administration, and the respondent authority even after the second request of the court (duly served upon it) does not file a Statement of Defence and the case files to the court. In view of the aforementioned situation, a judicial attitude was made that the lawsuit filed for failure to pass a decision is deemed grounded and the court decides on the lawsuit without holding an oral public hearing, if the plaintiff acted in the manner prescribed by law before filing the lawsuit, and the respondent authority did not file a Statement of Defence and the case files to the court even after the second request."[12]

On the other hand, the wording of Art. 34 par. 2 indicates the mandatory holding of the hearing, without any discretion of the court to decide on its holding.

Finally, the question arises as to whether a court may not hold an oral public hearing in cases where the parties expressly consent to it, yet it is a statutory

[11] Љ. Пљакић, 302.

[12] Зорана Брајовић, „Спорна правна питања у вези примене Закона о управним споровима" (Disputed Legal Issues Regarding the Application of the Law on Administrative Disputes), *Билтен Управног суда* 3/2011, 445.

obligation to hold an oral public hearing. We believe that this is not possible, that is, such conduct would constitute a significant violation of the Rules of Procedure.[13]

In conclusion, when it comes to holding an oral public hearing, in an administrative dispute, the court decides on an objection filed against a sole judge's decision dismissing a claim as disorderly and for other legal reasons (Art. 25 and Art. 26), after an oral public hearing and only if the complainant required holding a hearing. The court decides on the request for postponement of the execution of the final administrative act, by which the decision on the merits was decided in the administrative matter, without holding a hearing (Art. 23 of the ZUS).

4. RELEVANT CASE LAW

4.1. The statutory obligation to hold a hearing

4.1.1. Multiparty administrative matters

Analyzing the relevant administrative case-law of recent date, we can conclude that court cases in which an oral public hearing was held relate primarily to the holding of an oral public hearing which was mandatory in accordance with law, or to proceedings involving two or more parties with opposing requests. Such are, for example, procedures for placing a minor child in a foster family,[14] under guardianship,[15] deciding on the legality of a decision of the High Court Council which upheld an appeal by a Disciplinary Prosecutor by adopting a motion for disciplinary action against a judge,[16] or for unauthorized use of public owned land.[17]

4.1.2. Full jurisdiction

An administrative dispute of full jurisdiction is one in which the court is empowered, under legal conditions, and in certain cases prescribed by law, to go further than considering the lawfulness of an administrative act and its annulment in the event of establishing its unlawfulness. [18] Namely, in a dispute of full jurisdiction, the court goes beyond establishing the unlawfulness of the impugned administrative act, by passing a meritory judgement settling the administrative

[13] Јелена Ивановић, „Утврђивање чињеница у управном спору" (Establishing the facts in an administrative dispute), *Билтен Управног суда* 3/2011, 384.

[14] Judgement of the Administrative Court-Division in Niš II-3 U. 4396/17 of 10th May, 2018.

[15] Judgement of the Administrative Court 17 U. 2600/16 of 19th May, 2017.

[16] Judgement of the Administrative Court 15 U. 11078/17 of 22nd June, 2018.

[17] Judgement of the Administrative Court-Division in Kragujevac I-4 U. 18343/16 of 8th June, 2018.

[18] Зоран Томић, *Коментар Закона о управним споровима*, (Commentary on the Law on Administrative Disputes), Official Gazette 2012, 627.

matter after ruling that it should be annulled, whereby such a judgement supersedes the annulled administrative act in its entirety. The full jurisdiction dispute, when it comes to our administrative case-law, is an extremely rare way of ruling by the court.[19]

With reference to establishing the facts in a full jurisdiction dispute, the ZUS prescribes the mandatory holding of a hearing when the court rules in full jurisdiction. Analysis of the administrative case-law shows that in most cases the Administrative Court has ruled in the full jurisdiction, when a dispute referred to the protection of a voting right. Namely, the Administrative Court, when deciding on the appeals of the councillors, passed judgements approving the appeals and confirming the therm of their office or determining the termination of the office of the local councillors of individual units of local self-government. Thus, in its decisions, the court itself resolved these electoral matters (which is explicitly stated in the reasoning of the court judgements), without any hearing being held.[20]

The above stated may be explained in the following manner. By the provision of Art. 54 par. 3 of the Law on Local Elections[21] it is stipulated that in the procedure for the protection of electoral rights the court applies accordingly the provisions of the law governing proceedings in administrative disputes. Therefore, the court applies only those provisions of the ZUS, and to the extent that is appropriate to the legal nature of the electoral procedure. As the procedure for the protection of electoral rights provided for by the electoral legislation sets forth short deadlines for the acting by both the electoral commission and the court, the application of the ZUS accordingly, enables the court to decide in its full jurisdiction without necessarily holding an oral public hearing. On the other hand, a question could be raised whether the above provision of the Law on Local Elections derogates in some way the provision of the ZUS, which stipulates that, with regard to the application of the provisions of the ZUS, other acts are adjusted to the administrative act, and that such acts may be subject to administrative disputes (Article 3, paragraph 4 of the ZUS). Therefore, this ZUS provision does not indicate the appropriate application of its provisions regarding the administrative protection of other final individual acts in respect of which the law provides for protection in an administrative dispute. We believe that the answer to the above question depends on the circumstances of whether in the particular case the preference should be given to the effective conduct of the electoral procedure vis-à-vis the public nature of the administrative proceedings. Holding an oral public hearing in an administrative dispute could complicate the electoral process, and we believe that prescribing the appropriate application of the ZUS also provides for adequate protection of the electoral right.

---

[19] For more on the full jurisdiction administrative dispute, see Вук Цуцић, „*Управни спор пуне јурисдикције – модели и врсте*“ *(Administrative Dispute of Full Jurisdiction – Models and Types),* Belgrade 2016, 261-264.

[20] Administrative Court Judgement 5 Už. 713/12 of 25 October 2012, Judgement of the Administrative Court-Section in Kragujevac I-2 Už. 194/2018 of 3 October, 2018.

[21] Law on Local Elections, *Official Gazette of RS,* no. 129/07, 34/10 and 54/11.

4.2. Ruling by the court on the need to hold a hearing

4.2.1. Complexity of the case

Searching through the case law of the Administrative Court the author of this paper found only one case of holding a hearing due to the complexity of the administrative case.[22] Namely, the judgement of the Administrative Court upheld the plaintiff's lawsuit and annulled the decision of the Commission for Protection of Competition which had established a violation of competition embodied in the conclusion of a restrictive agreement, which was not exempted from prohibition; and that the restrictive agreement was prohibited and annulled and the participants were imposed administrative measures of protection of competition in the form of a pecuniary obligation.

However, we believe that the above example requires additional analysis. Specifically, in this particular case, the Plaintiff claimed that she did not conclude a business-technical cooperation agreement, that is, she did not sign it, and that she was not in a contractual relationship with the other contracting party, and that the only business transaction the Plaintiff had with the other the contractual party was a one-off delivery of three products, but not on the basis of a business-technical cooperation agreement. Considering that the court had before it the lawsuit, the statement of defence, the business and technical cooperation agreement, the delivery note for the delivery of the three products listed, the files of the Commission for Protection of Competition on the conducted procedure, the question is what made this administrative dispute complex. This question is justified especially given the fact that in other competition cases[23], which also challenge the decisions of the Commission for Protection of Competition establishing the conclusion of prohibited agreements, with several plaintiffs, with far more market participants and the number of contracts concluded, and with hundreds of times higher values of imposed administrative measures, and in which the plaintiff even filed the request for the court to rule on the merits of the matter, therefore in full jurisdiction, no hearing was held. Namely the Court did not find that the complexity of the case required a hearing.

The aforementioned analysis indicates that the determination of the legislator to give the discretion to the court to evaluate the complexity of the administrative matter, and therefore decide on the obligation to hold a hearing, is not the best solution. We believe that, given the importance of exercising the right to hold a hearing as part of a broader right to a fair trial, in relation to governing the mandatory hearing, it is necessary to exclude by law he use of vague and relative notions (what may be complex to one judge, is not necessary the same to another) and, instead, precisely state exceptions to the mandatory holding of hearing.

[22] Judgement of the Administrative Court 22 U. 4016/16 of 26th October, 2016.
[23] Judgement of the Administrative Court 17 U. 181/18 of 22nd March, 2018.

4.2.2. Failure to submit case files

The ZUS stipulates the obligation of the respondent to submit to the court all the files related to the subject of the administrative dispute within the given deadline, as well as to file a statement of defence, and in the event that the defendant does not submit the case files within eight days after the second request, or if he declares that he cannot deliver them, the court may settle the dispute without a case file, whereby it will establish the facts at the hearing (Art. 30 par.3). It follows from the above legal provision that in the said case, holding an oral public hearing is necessary when the facts are disputable, as indicated by the Judgement of the Administrative Court 7 U. 20516/10 of 14th July 2011, stating that "a court may exceptionally resolve a dispute in a unilateral administrative matter without having access to the files relating to the subject of the administrative dispute and without holding an oral public hearing, if from the allegations of the lawsuit and the reasoning of the impugned administrative act, it is evident that the facts of the administrative procedure are undeniably established, and that the legality of the impugned administrative act should be evaluated in respect of disputed legal issues or when violations of the rules of administrative procedure that affect the settlement of the matter are evident from the reasoning of the impugned administrative act."

4.3. Ruling by the court without holding a hearing

The court ruled without holding an oral public hearing in the largest number of administrative disputes (cases related to tax, citizenship, social security contributions, protection of electoral rights, parliamentary mandates, intellectual property). In the reasoning of the majority of its decisions passed without holding a hearing, the court stated as the reason that the subject of the dispute was such that it clearly did not require direct hearing of the parties and independent establishing of the facts, therefore the court reiterated the legal wording of Art. 33 par. 2, without any further justification.[24]

As an exception to the foregoing paragraph, we can mention a very small number of administrative decisions in which the stated reasoning for not holding a hearing was further supplemented. Such an example would be the judgement of Administrative Court 4 U. 19401/17 of 23rd February 2018 by which the Administrative Court upheld the lawsuit and quashed the decision of the Commission for Protection of Competition which had established the dominant position of a market participant. The said decision was passed without holding a hearing, with the court relying on the provisions of Art. 33 par. 2 of the ZUS arguing that the reason why the hearing was not held was that the impugned decision was based on the

[24] See. website of the Administrative Court *www.up.sud.rs* – Section of the case-law database.

established existence of a violation of the rules of procedure by the respondent authority. The identical reasoning is contained in the judgement of the Administrative Court – Niš Division II-9 U. 8590/15 of 19th November 2015, which upheld the lawsuit and annulled the decision of the Faculty of Law of the University of Niš whereby the plaintiff's appeal against the decision on rejecting the request for approval of temporary suspension of rights and obligations in doctoral academic studies was dismissed.

4.4. Constitutional Court Case-Law

Concerning the constitutional court case-law regarding the ruling in cases formed on the constitutional complaints filed by the complainants, for challenging the decisions of the Administrative Court, among other things, violated the right to a fair trial because the Administrative Court failed to hold an oral public hearing and justified the lack of a hearing by simple citing the provision of Art. 33 par. 2 of the ZUS, we point out the following:

The Constitutional Court, in its decisions rendered on the basis of the filed constitutional appeals, took the view that the challenged judgements of the Administrative Court provided a constitutionally acceptable justification as to why no oral hearing was held in the particular case, and that such justification was, in the opinion of the Constitutional Court, based on a constitutionally acceptable interpretation of the provisions of Art. 33 par. 2 of the ZUS, because the Administrative Court could have decided to hold an oral hearing, if it considered that it was required due to the complexity or for a better clarification of a specific administrative matter, but was not obliged to do so.[25]

5. HOLDING OF ORAL PUBLIC HEARING AND ORGANIZATIONAL ISSUES

When it comes to holding an oral public hearing, two important circumstances should be taken into account. One is that the specificity of the work of the Administrative Court is the fact that almost half of the cases require acting within very short time limits. Particularly urgent are considered both administrative cases where the law prescribes deadlines for acting (the aforementioned Law on Local Elections stipulates that an administrative decision shall be passed within thirty days from the date of submission of the appeal by the councillor), and also administrative cases in which the nature of the administrative matter is such as

[25] Constitutional Court decisions Už-6894/2015 of 19th September 2016; Už- 8397/2015 of 8th November 2016; Už- 1386/2015 of 2nd June 2016.

to require particularly urgent action (guardianship disputes). The other circumstance concerns the number of cases under processing, as well as the organization and capacity of the administrative judiciary. Namely, the number of cases under processing by the Administrative Court is steadily increasing, which is, *inter alia*, closely related to the entry into force of the Law on General Administrative Procedure – the ZUP ("Official Gazette of RS", no. 18/16 and 95/18) which, in a different way from the previously effective Law on General Administrative Procedure, defines the concept of an administrative matter (including, *inter alia*, the conclusion of administrative contracts, the issuance of guarantee acts, the taking of administrative actions and the provision of public services). This necessarily results in an increase in the number of cases under processing by the Administrative Court, bearing in mind that in relation to an objection, as a new remonstrative legal remedy stipulated by the ZUS lodged due to a failure of an authority to fulfill the obligations under an administrative agreement, for undertaking or failing to take an administrative action or for inadequate provision of public services, the court adopts an administrative act in the form of a decision. On the other hand, the domestic administrative judiciary is organized as single-court, with insufficient number of judges (please note that in Austria, for the same area of jurisdiction, or approximately the same population, there are twenty times more judges than is the case here).[26]

These problems are also recognized in the draft version of the Judicial Development Strategy for the period 2019-2024, which stated that special attention should be paid to the organization, capacities and improvement of the work of the Administrative Court, as well as to the manner of regulating the administrative dispute.[27]

It is clear that the above circumstances directly affect the holding of an oral public hearing. Namely, on the one hand, it is necessary to ensure that the court acts within a reasonable time. The right to act within a reasonable time is a right explicitly embodied in the right to a fair trial. On the other hand, the conventional and constitutional guarantee of the right to a fair trial consists, inter alia, in the fact that a decision on one's right or obligation was passed in a procedure with conducting an oral public hearing. In an effort to act within a reasonable time, and in accordance with the statutory rule that facts are established at an oral public hearing, given the current organization and capacity of the Administrative Court, it seems that holding of a hearing is rather an exception than a rule, as indicated by officially published statistics, the review of which is shown below.

---

[26] Добросав Миловановић, В. Цуцић, „Реформа управног судства" ("Administrative Judicial Reform"), *Правни живот* бр. 10, 2016, 152.

[27] Draft version of the Judicial Development Strategy for the period from 2019 to 2024, 26, available at:*https://www.mpravde.gov.rs*, accessed 15th August, 2019.

5.1. What do the statistics show?

In 2011, when the Administrative Court started to settle exclusively the newly received cases, out of a total of 12,196 cases resolved, in only 264 cases an oral hearing was held, which makes 2.17% cases, while in 2012 the number of the held oral hearings increased, but the total percentage of resolved administrative disputes based on the facts established at the oral hearing still does not exceed even a symbolic 10% of the total resolved cases."[28]

From the latest published data[29] for the six-month period of 2019, when comparing the relationship between deciding in non-public sessions and deciding at oral public hearing, all given the total number of pending cases at the beginning of the reporting period (37,520), we can conclude that the percentage of oral public hearings held did not increase significantly beyond the determination of the jurisdiction of the Administrative Court.

6. CONCLUSION

The conclusion of the paper is, in fact, a summary of the conclusions reached by an analysis of the legal provisions and relevant case-law. First of all, most administrative court proceedings in which court decisions were passed after oral public hearings, involved multilateral administrative matters in which oral public hearings are mandatory. In the other analyzed cases, the statutory exception to the oral public hearing in a court decision is justified by simply stating the legal provision that provides for this exception. When it comes to administrative matters in which the court has exercised the discretion to assess the complexity of the administrative matter and decide on the need to hold an oral public hearing, it can be concluded that the case-law is uneven.

We believe that the facts from the foregoing paragraph are a consequence of the shortcomings of legislative solutions. In addition to resolving the organizational issues of the administrative judiciary that will certainly follow, as part of a national strategy for the development of the judiciary, we believe that providing

---

[28] Зоран Лончар, „Примена европских стандарда у управном спору у Србији" ("Implementation of European Standards in Administrative Disputes in Serbia") „ *Правни живот* бр. 5-6/2013, 91,93.

[29] In the headquarters and units of the Administrative Court, oral public hearings were held in 742 cases, adjourned in 132 cases, cancelled in 20 cases, non-held in 14 cases and scheduled in 243 cases, while the court ruled in non-public sessions in 10,715 cases. The number of unresolved cases at the beginning of the reporting period amounts to 37,520. The six-month report on the work of the Administrative Court by matters for the period from 1st January 2019 to 30th June 2019 Su III-20 10 / 19-3 of 5th July 2019, available on the website of the Administrative Court, accessed 15th August, 2019.

for provisions in administrative field by which oral public hearings are mandatory or prescribing exceptions to the rules on mandatory public hearings in an administrative dispute, without the use of legal standards and vague terms in such prescribing, would very much contribute to the fairness of the trial in administrative dispute.

REFERENCES

Brajovic, Zorana, „Sporna pravna pitanja u vezi primene Zakona o upravnim sporovima“ (“Disputed legal issues regarding the application of the Law on Administrative Disputes”), *Bulletin of the Administrative Court* 3/2011.

Golubović, Katarina, „Evropski standardi pravičnosti u upravnom zakonodavstvu i praksi“ (“European Fairness Standards in Administrative Legislation and Jurisprudence” PhD thesis, Belgrade 2015.

Ivanović, Jelena, „Utvrđivanje činjenica u upravnom sporu“ (“Establishing the Facts in an Administrative Dispute”), *Bulletin of the Administrative Court* 3/2011.

Lončar, Zoran, „Primena evropskih standarda u upravnom sporu u Srbiji“ (“Application of European Standards in Administrative Dispute in Serbia”), *Pravni život* br. 5-6 / 2013.

Milkov, Dragan, „O upravnom sporu u Srbiji“ (“On Administrative Dispute in Serbia”), *Proceedings of the Faculty of Law in Novi Sad* 3/2011.

Milovanović, Dobrosav, Cucić, Vuk, „Reforma upravnog sudstva“ (“Administrative Judicial Reform”), *Pravni život* br. 10, 2016.

Pljakić, Ljubodrag, *Praktikum za upravni spor sa komentarom, sudskom praksom i obrascima za primenu u praksi* (*Practicum for administrative disputes with commentary, case-law and and forms for practical implementation),* Belgrade 2011.

Popović, Dragoljub, „Autonomni koncept evropskog prava ljudskih prava“ (“*An Autonomous Concept of European Human Rights Law*”), *Annals of the Belgrade Faculty of Law*, Belgrade 2009.

Tomić, Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima (Commentary on the Law on Administrative Disputes), Official Gazette 2012*.

Cucić, Vuk, *„Upravni spor pune jurisdikcije – modeli i vrste“ (Administrative Dispute of Full Jurisdiction – Models and Types”,* Belgrade 2016.

LEGAL SOURCES

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Official Gazette of Serbia and Montenegro – International Treaties,* no. 9/03, 5/05, 7/05, *Official Gazette of RS – International Treaties ”,* no. 12/10 and 10/15.

Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of RS,* No. 98/06.

Law on Administrative Disputes, *Official Gazette of RS No.* 111/09.

Law on Civil Procedure, *Official Gazette of RS*, no. 72/11, 49/13 – Constitutional Court decision, 74/13 – Constitutional Court decision, 55/14 and 87/18.

Law on Administrative Disputes, *Official Gazette of FRY No.* 46/96.
Law on Local Elections, *Official Gazette of RS* No. 129/07, 34/10 and 54/11.
Judgement of the Administrative Court-Division in Niš II-3 U. 4396/17 of 10th May 2018.
Judgement of the Administrative Court 17 U. 2600/16 of 19th May 2017.
Judgement of the Administrative Court 15 U. 11078/17 of 22nd June 2018.
Judgement of the Administrative Court-Division in Kragujevac I-4 U. 18343/16 of 8th June 2018.
Judgement of the Administrative Court 22 U. 4016/16 of 26th October 2016.
Judgement of the Administrative Court 17 U. 181/18 of 22nd March 2018.
Judgement of the Administrative Court 7 U. 20516/10 of 14th July 2011.
Judgement of the Administrative Court-Division in Kragujevac I-2 U. 194/2018 of 3rd October 2018.
Constitutional Court Decision Už -6894/2015 of 19th September 2016
Constitutional Court Decision Už- 8397/2015 of 8 November 2016.
Constitutional Court Decision Už- 1386/2015 of 2 June 2016.

OTHER SOURCES

Draft version of the Judicial Development Strategy 2019-2024, 26, available at https://www.mpravde.gov.rs, accessed 15 August, 2019.
The six-month report on the work of the Administrative Court by matters for the period from 1 January 2019 to 30 June 2019 Su III-20 10 / 19-3 of 5 July 2019, available on the website of the Administrative Court www.up.sud.rs, accessed on 15th August, 2019.

Ренаша Р. Бјелица, сшуденш докшорских сшудија
Универзишеш у Београду
Правни факулшеш у Београду
renata.bjelica@ustavni.sud.rs

Усмена јавна расправа у управном спору

Сажешак: *Право на усмену јавну расправу обухваћено је правом на правично суђење као правом гаранشованим Европском конвенцијом за заштишу људских права и основних слобода и Усшавом Републике Србије. У шом смислу је Законом о управним сборовима прописано правило да суд уврђује чињенично сшање на усменој јавној расправи. Овим законом су прописани изузеци од наведеног правила, као и случајеви у којима ће суд „увек", а у којима је „обавезан" да одржи усмену јавну расправу. Анализом законских одредаба, уз осврше на релевашну управносудску и усшавносудску праксу, а имајући у виду садашњу организацију и капацишеш управног судсшва, аушор је у раду указао на одређене мањкавосши законодавних решења и управносудских одлука, ше на основу изведених закључака покушао да понуди могућа решења како би се можда, када је у питању одржавање расправе пред судом, могао досшићи вишши сшепен правичносши суђења.*

Кључне речи: *право на правично суђење, ЗУС, право на усмену јавну расправу*

Датум пријема рада: 30.9.2019.

Прегледни чланак 347.23(37)
doi:10.5937/zrpfns54-23148

Stefan V. Stojanović, Research Assistant, Ph.D. Student
University of Niš
Innovation Center
stojanovicst91@gmail.com

ROMAN PROPERTY LAW IN COMPARATIVE ANALYSIS OF THE INSTITUTES OF GAIUS AND THE INSTITUTES OF JUSTINIAN*

***Abstract**: In this paper comparison of the provisions of Roman property law in the Institutes of Gaius and the Institutes of Justinian has been made. The aim of this paper is to find out which provisions of the Institutes of Gaius were reciprocated in the Institutes of Justinian, and which were not, and whether certain provisions were taken with modification and what the modification consists of. In this way, it will be determined which institutes of Roman property law remained unchanged until Justinian's time, which underwent changes, and which, due to changes in social relations, don't exist anymore. The comparative method will analyze the most important legal concepts and institutes of Roman property law from the Institutes.*

***Keywords:** Roman law, property law, Institutes of Gaius, Institutes of Justinian.*

1. INTRODUCTION

In this paper, a comparative analysis of the provisions which governs the institutes of Roman property law of the *Institutes of Gaius* and the *Institutes of Justinian*, has been made. *Institutes of Justinian* have *Gaius* as their basis. The editors of the *Institutes of Justinian* (Tribonian, Theophilus, and Dorotheus) also pointed out this: "These Institutes, extracted from all the old Institutes, from many Commentaries, but mostly from the Commentary of our Gaius ..."[1] This is evident

* The paper is the result of research based on the obligations of the Agreement on the realization and financing of scientific research work of the Innovation Center University of Niš in 2020. (ev. br. 451-03-68/2020-14/200371)

[1] The paper uses a translation of *Institutes of Justinian* by Lujo Bakotić: *Caesar Flavius Justinianus: Institutiones*, Београд 1912.

from the structure of *Institutes of Justinian*, since it fits the structure of *Institutes of Gaius*. The whole theme in both, is divided into four books, that is, commentaries.[2] *Institutes of Justinian* accept Gaius division of rights, so here matter is exposed according to the system of tripartition: *personae* (personal rights), *res* (property rights) and *actiones* (court proceedings).

The provisions of property law are in the first half of the second commentary (book). The aim of the paper is to determine which provisions of the *Institutes of Gaius* are reciprocated in the *Justinian's*, which are reciprocated with the modification (and what the modification consists of), and which don't have their own model in the *Gaius*. It will also point to the provisions of the *Gaius* which have not been taken over by the *Institutes of Justinian*. In this way, it will be determined which institutes of Roman property law remained unchanged until Justinian's time, which underwent certain changes, and which, due to changes in social relations, don't exist. The comparative method will analyze the most important legal concepts and institutes of Roman property law from the *Institutes*: things and their division, property and ways of acquiring property, usucapion and servitude.

2. THINGS

Neither *Gaius* nor the *Justinian's Institutes* define the concept of things (*res*). Both *Institutes* start with division of things (*de rerum divisione*).

There are different criteria for dividing things. The basic division is into things in legal circulation (*res in commercio*) and things outside legal circulation (*res extra commercium*). Things are out of legal circulation either "by human law" (*res extra commercium humani iuris*) or "by divine law" (*res extra commercium divini iuris*).[3]

Institutes of Justinian are paying more attention to matters that are outside the legal circulation "by human law" (*res extra commercium humani iuris*) than *Gaius*. They contain many articles that list these things, and that do not have their pendant in *Gaius*. These things are: air, running water, sea and seashores (*Just. Inst*. 2. I. 1. *aer et aqua profluens et mare et per hoc liters maris*), ports and rivers (*Just. Inst*. 2. I. *flumina autem omnia et portus publica*), river banks (*Just. Inst*. 2. I. 4. *riparum*), use of shores and seas (*Just. Inst*. 2. I. 5. *litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris*) as well as *res universitatis* belonging to associations (municipalities), such as theaters and racetracks in cities (*Just. Inst.* 2. I. 6. *theatra et stadia*). On these matters, Gaius merely states that public goods

[2] *Institutes of Gaius"* use the term „commentary" (*commentarius*), and *Justinian's* „book" (*liber*).

[3] *Gaius, Inst.* 2. 2. *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani* (The basic, then, division of things comes down to two types: some are out of legal circulation by divine law, the other out of human law). The paper uses a translation of *Instites of Justinian* by professor Obrad Stanojević: *Гај*, *Инсшишуција*, Београд 2009.

are considered not to belong to anyone's property but to the community itself.[4] This provision was not reciprocated in *Institutes of Justinian*, but its essence was expressed by a different nomotechnic. Instead of a general provision, editors have chosen to determine, through examples in several articles, what is in the public domain. Since the *Institutes of Justinian* were a legal textbook at state colleges (with legal force), it is likely that this enumeration was intended to bring law students closer to understanding all things that constitute public goods.

When we talk about things that are outside the legal circulation "by divine law" (*res extra commercium divini iuris*), both *Institutes* contain provisions governing the legal regime of these goods. Gaius says that what belongs to divine right cannot be in anyone's property.[5] In *Institutes of Justinian*, this provision is modified by determining what categories of things are by divine law.[6] These things are *res sacrae* (those that belong to temples and serve religious ceremonies), *res religiosae* (things dedicated to the cult of the dead), and *res sanctae* (things that are declared holy). *Res sacrae* (sacral things) are those which are consecrated to the celestial deities,[7] and the sacred place is one which has been proclaimed as such by the decision of the Roman people – by law or by Senate decision.[8] The *Institutes of Justinian* modify these provisions in such a way that they determine that sacred (religious) things are those intended for God by priests, such as religious buildings (churches) and things intended for the service of God.[9] Modification of the relevant provisions of the *Institutes of Gaius* was influenced by Christianity. The provision stipulating that the one who buries the deceased on his land consecrates the land, and it becomes *res religiosae*[10] is taken from the *Gaius* (*Gaius, Inst.* 2. 6). The mentioned provision of the *Institutes of Justinian* also contains an annex which provides for an obligation for the one who wishes to bury the deceased on someone else's land to seek the permission of the landowner, but if he buries the deceased even before obtaining this permission, the land still becomes *res religiosae*.[11] The provision of the *Institutes of Gaius* according to which sacred things (*res sanctae*),

[4] *Gaius, Inst.* 2. 11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse credentur.*

[5] *Gaius, Inst.* 2. 9. *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est*.

[6] *Just. Inst.* 2. I. 7. *Nullius autem sunt res sacrae et religiosea et sanctae: quod enim divini iuris est, id nullius in bonis est*. Also, this division is cited by *Institutes of Gaius* (*Gaius, Inst.* II. 3. *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae*). Here Gaius dropped the third category – *res sanctae.* They are discussed in Article 9 (*Gaius, Inst.* II. 9).

[7] *Gaius, Inst.* 2. 4. *Sacrae sunt quae diis superis consecrate sunt...*

[8] *Gaius, Inst.* 2. 5. *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.*

[9] *Just. Inst.* 2. I. 8. *Sacra sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt...*

[10] *Just. Inst.* 2. I. 9. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum*.

[11] *Just. Inst.* 2. I. 9. *...in alienum locum conceddeate domino licet inferre: et liceta postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, tamen religiosus locus fit*.

such as city walls and gates, belong to divine law,[12] was taken up in the *Justinian's* with the prescription of a criminal sentence, the death penalty for those who would in any criminal way damage the walls.[13] Therefore, these things also have criminal protection, since this is a particularly serious crime (*sacrilegium*) for which the death penalty is provided. This punishment for criminal act also existed in Gaius time, and as it was well known Gaius had no need to mention it.

The following division of things, contained in both *Institutes*, is into corporeal (*res corporales*) and not-corporeal (*res incorporales*) things. Some things are corporeal and some are not-corporeal.[14] Corporeal things are those that can be touched, such as land, slave, clothing, gold, silver and many other things.[15] Not-corporeal things are those that cannot be touched, such as those which consist in a right, such as legacy, ususfruct, obligations in any way.[16] *Institutes of Justinian* have fully taken up all these provisions (*Just. Inst.* 2. II. 1, 2, 3), but they had only theoretical value. Not-corporeal things could only be transmitted through „court cession'' (*in iure cessio*) because there could be no possession on them. When Justinian introduced the possession of not-corporeal things (*quasi possessio*), this distinction lost its practical significance.

The division of things into res mancipi and res nec mancipi is contained in the *Institutes of Gaius* (*Gaius. Inst.* 2. 14a, 15, 16, 17, 18), but it is overcome in Justinian's law, because the tradition (traditio) is sufficient mode of acquiring property rights, so his *Institutes* don't say anything about it. Why this division has lost its former significance, will be discussed in the section on modes to acquire property.

3. PROPERTY AND THE MODES OF ACQUIRING IT

Property is the most significant right to things. The Roman jurists didn't define in a direct way the term of property. The *Institutes of Gaius* don't define this institute. *Institutes of Justinian* indirectly regulate the term of property. Namely, when the usufruct stops (*ususfructus*), it was said that the owner, who until then had only "bare property" (*nuda proprietas*), from that moment he regains "complete authority on things" (*plena in re potestas*)[17].

---

[12] *Gaius, Inst.* 2. 8. *Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt.*

[13] *Just. Inst.* 2. I. 10. *...ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint.*

[14] *Gaius, Inst.* 2. 12. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.*

[15] *Gaius, Inst.* 2. 13. *Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*

[16] *Gaius, Inst.* 2. 14. *Incorproales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, ususufructus, obligationes quoquo modo contractae.*

[17] *Just. Inst.* 2. II. 4. *Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet propiretatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.*

In this way, at least indirectly, Roman law introduced the concept of property. If we have in mind that property consists of three rights (*usus* – right to use things, *fructus* – right to acquire natural and civil fruits and *abusus* – right to factual and legal disposal), then this definition of property fully expresses the essence of this legal institute in Roman law.

Modes to acquire property (*modus acquirendi*) can be divided into derivative and original. Derivative modes of acquiring property are those in which the acquirer derives this right from his predecessor's rights, while the original acquirer bases this right on things that don't have the owner, that is, regardless of the will of the previous owner.

Derivative modes include *mancipatio*, *in iure cessio* and *traditio*. *In iure cessio* (fictitious litigation), in addition to the transfer of property rights, was also used for the circulation of other rights (for not-corporeal things it was the only mode of trade). Gaius states that it was also used for the transfer of city land servitude[18], usufruct[19], inheritance[20]. *In iure cessio* has been out of use over time. The Romans, however, most often and almost always used mancipation.[21] It took the form of *per aes et libram*, with the presence of a mancipant, a mancipator, five witnesses and an official surveyor (*libripens*). It was used to transfer property on *res mancipi* (land in Italy, slaves and livestock). Although from the beginning it had its justification to provide legal certainty through it, since in this way publicity was gained in the transfer of ownership of things important for human economy and even for its survival, over time it gained a legal political connotation. This happens when Rome becomes a state with a large territory inhabited by various nations, Roman citizensand also foreigners (peregrines). As a form for transferring property rights to *ius civile*, it was only available to Roman citizens (*cives Romani*). In this way, foreigners were prevented from acquiring property on Italian land. Mancipation over time becomes a burden for the Romans themselves. That is why Roman law, under the influence of *ius gentium* and the principle of *bona fides*, begins to slowly release from formalism.

Now, quirit property can be acquired even when the mancipation was not done (of course, this refers to *res mancipi*, since for *res nec mancipi* hand over was sufficient), through usucapion, and of course, with the fullfilled conditions for usucapion (expiration of a certain term, conscientiousness, *res habilis* – a thing eligible for the ownership of it can be acquired by usucapion, that the legal work is directed to the transfer of ownership, a continuous possession). The praetor who protected such a "qualified" holder with *exceptio rei venditae et traditae* and *actio Publiciana* also contributed to this. When Caracalla brought his famous edict in

[18] *Gaius, Inst.* 2. 29. *Sed iura praedorium urbanorum in iure cedi tantum possunt.*
[19] *Gaius, Inst.* 2. 30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit.*
[20] *Gaius, Inst.* 2. 34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit.*
[21] *Gaius, Inst.* 2. 25. *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur.*

212, to which Roman citizenship was granted to all peregrines (except for *dediticii* – capitulated), the mancipation lost its legal political justifications. It was formally abolished in Justinian's law by replacing the term *mancipatio* in all legal texts with the term *traditio*. Therefore the provisions of the *Institutes of Gaius* (*Gaius, Inst*. 2. 22, 23[22], 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37) that regulate *mancipatio* and *in iure cessio* were not taken in *Justinian's*.

Traditio (informal hand over) is also one of the derivative modes of acquiring property. Gaius points out that *res nec mancipi* is alienated simply by informal hand over, if they are cornal and eligible.[23] He gives an example of acquiring property by handing over a suit, gold or silver[24], either on the basis of a sale, gift or other legal basis.[25] The editors of the *Institutes of Justinian* have stated this in a more general way, respecting the changes made in Roman law, first of all the abolishing of mancipation (the division of things into *res mancipi* and *res nec mancipi* then becomes meaningless), making informal hand over (*traditio*) the only derivative way of acquiring property. *Institutes of Justinian* state that by natural law things are acquired by *traditio*, and that bodily things are disposed of by *traditio*.[26] On the other hand, they are introducing a new legal solution when it comes to the acquisition of property on the basis of the sale, by setting conditions on the acquisition of ownership of the property by the buyer to pay the price to the seller, so in this case it is not enough to hand over the property to the buyer.[27] Setting conditions of the transfer of ownership for the sold and delivered property to the purchaser by payment of the price was probably taken from Greek law. The following provisions have no role model in the *Institutes of Gaius*. As this is the only derivative mode of acquiring property, editors of the *Institutes of Justinian* could

[22] Article 23 of the Second Commentary of the *Institutes of Gaius* refers to Articles 119-123. of the First Commentary, which describe how the mancipation was perfomed, and these articles was abolished.

[23] *Gaius, Inst*. 2. 19. *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiint, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*.

[24] This rule also applies to estates in the province (*Gaius, Inst. 2. 21. In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendaria alia tribotoria vocamus*). The difference in the legal status of the land existed in Gaius time, because the Italian lands were *res mancipi,* so that the transfer of property on them required mancipation. In Justinian's law, the legal status of the land was equalized, so that the delivery was sufficient to acquire ownership of the land, as *Institutes of Justinian* also speak of (*Just. Inst. 2. I. 40. ...itaque stpendaria quoque et tribotaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est*).

[25] *Gaius, Inst*. 2. 20. *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*.

[26] *Just. Inst*. 2. I. 40. *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur...et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur...*

[27] *Just. Inst*. 2. I. 41. *...venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit...*

add regulations for different modes of handing things over. So the owner of the thing can hand over the things himself, but it can be done by someone else under his authority,[28] and through the person to whom he entrusted the business[29]. Except these modes, they predict two types of so-called "fictive hand over" (*traditio brevi manu* and *traditio longa manu*), when the transfer of property rights occurs, but without handing over things. *Traditio brevi manu* implies that if a thing is sold or donated to one who already holds it on the basis of a contract of employment, inherit or rent there is no real act of hand over, because it has already been made on another legal basis.[30] *Traditio longa manu* is a symbolic hand over of things (usually used to hand over real estate). The *Institutes* provide an example of handing over merchandise located in a granary, by handing over a granary keys.[31]

The original modes to acquire property are: occupation (occupatio), increment (accessio), specification (specificatio), mixing things (confusio, commixtio), finding a treasure (thesaurus), and usucapion (usucapio).

Occupation (*occupatio*) is take over of things that do not belong to anyone (*res nullius*) or abandoned things (*res derelictae*)[32]. For acquiring property this way, except possession, it is necessary that there is will to hold things for yourself (*animo et corpore*). *Institutes of Justinian* predict that the subject of occupation may be wild animals, birds, fish, all sea animals, air or land.[33] The second part of this article took over a provision from the *Institutes of Gaius* that states that if an animal escapes and returns to its natural freedom, it may become the property of the next one who capture them.[34] For those animals that intent to go and come

---

[28] *Just. Inst.* 2. I. 42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate eius alius*.

[29] *Just. Inst.* 2. I. 43. *Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio a domino permissa fuerit isque ex his negotiis rem vediderit et radiderit, facit eam accipientis*.

[30] *Just. Inst.* 2. I. 44. *...quam tibi aliquis commodavit aut locavit aut apud deposuit, vediderit tibi aut onaverit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso...*

[31] *Just. Inst.* 2. I. 45. *Item si quis merces in orreo depositas vendiderit, simul atque elaves horrei tradiderit emptori, transferit proprietatem mercium ad emptorem*.

[32] The occupation of abandoned things (*res derelictae*) is governed only by the *Institutes of Justinian* (*Just. Inst.* 2. I. 47. *Qua ratione verius esse videtur et, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici*). The things that get thrown off the ship are not really derelictae; he who takes them for the purpose of appropriation commits theft (*Just. Inst.* 2. I. 48. *Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. Hae enim dominorum permanent...qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo absulerit, furtum committit*).

[33] *Just. Inst.* 2. I. 12. *Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra mari caelo nascuntur...*

[34] *Gaius, Inst.* 2. 67. *....cum vero custodiam nostram evaresit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit...* We can reasonably assume that the entire member of the *Institutes of Gaius* (*Gaius, Inst. 2. 67.*) has been taken over by the *Justinian's* (*Just. Inst. 2. I. 12*), since the first two lines of this article are illegible. However, after the illegible text, the words "...become our property as long as we keep it;" (*Gaius, Inst.* 2. 67. *... eo usque nostrum*

back, such as pigeons, bees or deer, *Justinian's Institutes* (*Just. Inst.* 2. I. 15) have taken over the provision of the Gaius: "when they lose their intention to return, they stop being ours, and become the property of those who capture them."[35] And the next article of the *Institutes of Gaius*, which regulates the so-called *occupatio bellica*, is reciprocated in *Justinian's* (*Just. Inst.* 2. I. 17). It says: "And what we have taken from the enemy becomes our by the natural law."[36]. The following articles of the *Institutes of Justinian* do not have role model in the *Gaius*. There was a question in them – when a wounded animal becomes the property of a person, is it a wounding moment or a moment of capture? Compilers of the *Institutes* have decided that this is the moment of its capture.[37]As a rule, bees are wild, so they must be caught in order to gain ownership of them, and the same applies to those that swarm on wood. However, if they escape they can become the property of the one who catches them.[38] Chickens and ducks are not wild in nature, which means that if they escape they remain the property of person who owned them. If someone else would then take them, it would be theft.[39] The object of occupation may also be precious stones and similar objects found on the coast.[40]

Increment (*accessio*) is the case when one thing is attached to another so that it forms a whole. There are three groups of increments: the increment of the immovable thing immovable, the movable to immovible, and the increment of two movable things. There is the increment of the immovable thing immovable in the following cases: 1) *alluvio* – river silts (*Just. Inst.* 2. I. 20.) – decree taken from Gaius (*Gaius, Inst.* 2. 70.); 2) avulsio – "If the river has torn off part of your property and brought it to mine, that part remains yours"[41] (*Just. Inst.* 2. I. 21.) – a provision taken from the Gaius (*Gaius*, *Inst.* 2. 71.) ; 3) *insula in flumine nata* – an island formed in the middle of the river belongs to the coastal landowners and, if not in the middle, belongs to the nearest coastal landowners[42] (*Just. Inst.* 2. I. 22.)

---

esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur;), which are almost the same (only instead of *nostrum* stands *tuum*) transcribed in Justinian's.

[35] *Gaius, Inst.* 2. 68. *...ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium*.

[36] *Gaius, Inst.* 2. 69. *Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt.*

[37] *Just. Inst.* 2. I. 13. *Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur...*

[38] *Just. Inst.* 2. I. 14. *Apium quoque nauta fera est...*

[39] *Just. Inst.* 2. I. 16. *Gallinarum et anserum non est fera natura idque ex eo possumus intellegere...*

[40] *Just. Inst.* 2. I. 18. *Item lapilli gemmae et cetera...*

[41] *Justinian's Institutes* in this article also contain an appendix in relation to *Gaius,* which provides that if trees from an infested piece of land root in the land of the owner of the adjacent land, the inflicted piece of land becomes the property of the owner of the neighbour land (*Just. Inst.* 2. I. 21*....plane si longiore tempore funod vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini funod adquisitae esse*).

[42] The article contains an additional provision for an island that appears in the sea (*insula in mari nata*). In this case, the island becomes the property of the one who appropriates it (*Just. Inst.*

– a decree taken from the Gaius (*Gaius, Inst*. 2. 72.); 4) *alveus derelictus* – abandoned riverbed (*Just. Inst.* 2. I. 23.) –a decree has no role model in the *Institutes of Gaius*. The basic rule of increment a moving thing to immobile is *superficies solo cedit.* These include: 1) the construction on their land with someone's material (*inaedificatio*), for which the case of the *Institutes of Justinian* provides that the building belongs to the owner of the land.[43] This article (not taken from the *Institutes of Gaius*) invokes the *Law of the Twelve Tables* and the *actio de tigno iuncto*, which belonged to the owner of the material and voted for twice the value of the incorporated material, was introduced in order to avoid demolition of buildings. However, as soon as the building is demolished for any reason, the provision in question entitles the owner of the material to *actio rei vindicatio* or *actio ad exhibitoria*[44]; 2) In the article of the *Institutes of Justinian* (*Just. Inst*. 2. I. 30), which reciprocated the Gaius provision,[45] provided that if one used the material to build a building on someone else's land (*inaedificatio*), then the building belonged to the landowner; 3) this rule applies to planting on someone else's land (*implantatio – Just. Inst.* 2. I. 31. the corresponding provision is *Gaius, Inst*. 2.74); as well as sowing on someone else's land (*satio – Just. Inst*. 2. I. 32. the corresponding provision is *Gaius, Inst.* 2.75). The same principle applies to the growth of two moving things: 1) *textura* – if the thread is woven into someone else's suit, then the thread becomes the property of the one whose suit it is.[46] The provision wasn't taken from the *Institutes of Gaius*; 2) *scriptura* – what someone wrote on someone else's paper or papyrus follows the legal fate of the paper or papyrus, "even if he wrote in gold letters".[47] This legal solution was also accepted in the *Institutes of Justinian* (*Just. Inst*. 2. I. 33); 3*) pictura* – the opposite view was adopted here, because if someone painted a painting on someone else's material (plate, canvas), then that material also becomes the property of the painter, provided that the previous owner is compensated for the value of the material, otherwise it may be rejected by objection (*exceptio doli*), if the painter is the owner of the material he can be sue for the reasons of utility (*utilis causa*).[48] This provision was also taken over (*Just. Inst*. 2. I. 34).

2. I. 22. *Insula, quae in mari nata est, quod rare accidit, occupantis fit*). It should be borne in mind that this is an occupation, not an increment.

[43] *Just. Inst*. 2. I. 29. *Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit, ipse dominus intellegitur aedificii...*

[44] *Just. Inst*. 2. I. 29 *...sed si aliqua ex causa dirutum sit aedficium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere*.

[45] *Gaius, Inst*. 2. 73. *Praetera id quod in solo nostro ab aliquo aedficatum est, quamis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fi...*

[46] *Just. Inst*. 2. I. 32. *Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento...*

[47] *Gaius, Inst*. 2. 77. *...quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse...*

[48] *Gaius, Inst.* 2.78. *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur; certe*

When we speak of specification (*specificatio*), Gaius was in a dilemma to whom the processed thing belongs, whether to the owner of the material [49] or the processor[50]. *Institutes of Justinian* predict an intermediate solution – if the thing can return to the state of the raw material, then it belongs to the owner of the material, and if it cannot, then the processor.[51]

Mixing things or confusion (*confusio*, *commixtio*) exists when the liquid or solid things of different owners are mixed, but so that no increment or specification is created. Gaius does not mention confusion. The *Institutes of Justinian* cite an example of the willing or accidental mixing of wines by two different owners (*confusio*), and predict that in this case there is a co-existence, as well as the situation when the cereals are mixed by two or more different owners (*comixtio*).[52] If this is done voluntarily, then a co-ownership occurs on the whole grain and each co-owner can claim his share through *actio communi dividundo*; accidental mixing does not lead to co-ownership, and if one of the co-owners takes such a mixed amount of grain, the other is entitled to *actio in rem*.[53]

Gaius says nothing about finding the treasure (*thesaurus*) as a mode of acquiring property. The *Institutes of Justinian* contain one article which refers to Hadrian's provision that when one discovers a treasure in his land, then it belongs to him, but if he finds the treasure in someone else's land, then the treasurer and the inventor would be divided in half.[54]

4. USUCAPION

Usucapio (*usus* – usage, use, and *capere* – acquire, gain) is a mode of acquiring property on someone else's property through its continued use over a period of time provided for by law. Gaius and Justinian's textbook of law regulate usucapion. Introduction of Chapter VI *De usucapionibus et longi temporis possessionibus* of

---

secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoveri; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversarum te dari debeat...

[49] *Gaius, Inst.* 2. 79. *...Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illus et res, quae facta sit, videatur esse...*

[50] *Gaius, Inst.* 2.79. *...Alii veroeius rem esse putant qui fecerit...*

[51] *Just. Inst.* 2. I. 25. *...si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominium qui fecerit...*

[52] *Just. Inst.* 2. I. 27. *Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint...*

[53] *Just. Inst.* 2. I. 28. *...sed si ab abterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competat...*

[54] *Just. Inst.* 2. I. 39. *Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divu Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit qui invenerit...at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit.*

the The *Institutes of Justinian* contains two provisions from the *Institutes of Gaius*. The first, which says that a thing can be acquired through the usucapion by a non-proprietor provided that the thing is received conscientiously,[55] ie. in the belief that the transferor is at the same time its owner,[56] and the other, which prescribes two years for the holding of immovable or one year for usucapion of movable property.[57] The continuation of the *Institutes of Justinian*, these terms are extended by the constitution to 3 years for movable property, and for immovable property to 10 years (*inter praesentes*) and 20 years (*inter absentes*).[58] The provision according to which free people, religious and sacral things cannot be the object of usucapion,[59] was taken up (*Just. Inst.* 2. VI. 1). According to the *Law of the Twelve Tables* the object of usucapion cannot be stolen things, and according to the *Julius and Plautius Law* things abducted from somebody.[60] This article is also reciprocated (*Just. Inst.* 2. VI. 2). Not only a thief and a hijacker cannot gain something by usucapion, but neither can any other person, even if the thing is obtained in good faith and on a legal basis.[61] This provision was also taken over[62] (*Just. Inst.* 2. VI. 3). There are cases when it is possible to usucapion an item that doesn't belong to the transferor, since he has no intent to steal (*affectus furandi*). The first case is when the heir, by acting in good faith, alienates (sells, give) to a conscientious acquirer a thing which was not in the estate of the deceased but was leased or given to him;[63] the second is when the landloard, believing that the slave-owner alienates her child;[64] and there are other cases in which another's property may be handed over

[55] However, *Justinian's institutions*, unlike the *Gaius*, point out that it does not matter whether it is a sale, gift or other legal basis for the transfer of property (*Just. Inst.* 2. VI. *...rem emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa...*).

[56] *Gaius, Inst.* 2. 43. *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis conpetit, quae non a domino nobis traditae fuerint...si modo eas bona fide acceperimus...*

[57] *Gaius, Inst.* 2. 42. *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio...*

[58] *Just. Inst.* 2. VI. *...et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua autum est, ut res qiudem mobiles per triennium usucapiantur. Immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis...*

[59] *Gaius, Inst.* 2. 48. *... liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.*

[60] *Gaius, Inst.* 2. 45*....nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.*

[61] *Gaius, Inst.* 2. 49. *...ut ne ipse fur quive vim possidet, usucapere possit...sed nec ullus alius; quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.*

[62] Except these, the *Institutes of Justinian* foresee that it is not possible to maintain things belonging to fiscus (*Just. Inst.* 2. VI. 9. *Res fisci nostri usucapi non potest ...*), as well as those in the view that there is a delusion (*Just. Inst.* 2. VI. 11. *Error autem falsae cause usucapionem non parit...*).

[63] *Gaius, Inst.* 2. 50. *...nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit...*

[64] *Gaius, Inst.* 2. 50. *...item si is, ad quem ancille ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit...*

to another without theft being committed so that the acquirer may acquire the property by usucapion.[65] This article is reciprocated in the *Institutes of Justinian* into three articles (*Just. Inst*. II. VI. 4, 5, 6). A holder of someone else's land abandoned by the owner's negligence, or the owner's death without an heir or has been away for a long time, may acquire the land by usucapion, and may transfer the land to another person, who may acquire it by usucapion, if he was conscientious.[66] The *Institutes of Justinian* have taken over this provision (*Just. Inst*. 2. VI. 7).

Institute based counting of time required for usucapion (*accessio temporis*) is regulated only by the *Institutes of Justinian* (*Just. Inst*. 2. VI. 12, 13, 14). On the other hand, the usucapion in the name of the heirs (*usucapio pro herede*) and usureception (*usureceptio*) are legal institutes that are not known in Justinian's law and are not regulated by his *Institutes*, and therefore the articles which were dedicated to them are not taken over from the *Institutes of Gaius* (*Gaius*, *Inst*. 2. 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61).

5. SERVITUDE

Servitude (*servitutes*) represent proper rights to other people's things (*iura in re aliena*). It is a heterogeneous group of proper rights, which allow their titulars to use others property. The common division of servitude is into land servitudes (*servitutes praediorum*) and personal servitudes (*servitutes personarum*). The basic criterion for this division could be reduced to the question for whose benefit it is established? If servitude is constituted for the easier or better use of a particular immovable property [67], no matter who is the titular of this right, it is a land servitude, and if it is established for the benefit of a specific person, then it is a matter of personal servitude. Land servitudes are divided into rural (*praediorum rusticorum*) and urban (*praediorum urbanorum*), and personal are usufruct (*ususfructus*), right of use (*usus*), right of habitation (*habitatio*) and right to use the labor of another's slave or animal (*operae servorum vel animalium*). When we speak of land servitudes (*servitutes praediorum*), the *Institutes of Gaius*[68] were

[65] *Gaius, Inst*. 2. 50. *...Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

[66] *Gaius, Inst*. 2. 51. *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia, dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor...*

[67] Real estate on which servitude exists is called *praedium serviens*, and real estate in favor of which servitude is constituted for ease or better use is called *praedium dominans*.

[68] Gaius states that city land easements are transferred only by way of a judicial assignment (*in iure cessio*), and rural can by mancipation (*Gaius, Inst*. 2. 29. *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt*), which of course does not accept Justinian's right, since these ways of constituting real rights have been abolished.

not the source of the *Institutes of Justinian*. These servitudes were regulated in the chapter *De Servitutibus III* of the Second Book of the *Institutes of Justinian*. The introduction discusses rural servitudes (*rusticorum praediorum iura*), which include: 1) *iter* – the right to pass by walking; 2) *actus* – the right to chase cattle; 3) *via* – the right to pass by tandem and 4) *aquaeductus* – conducting water over someone else's land (*Just. Inst.* 2. III).[69] The rural servitudes are: 1) *aquehaustus* – the right to take water from another's land (wells); 2) *servitus pecoris ad apulsus* – the right to water cattle on someone else's land (this servitude also includes *servitus actus*); 3) *servitus (ius) pascende* – the right to graze and 4) *servitus calcis coquendae* – the right to make calx; 5) *servitus harenae fodiendae* – right to dig and take sand (*Just. Inst.* 2. III. 2). The urban servitudes (*praediorum urbanorum*)[70] are: 1) *servitus tigni immitendi* – the right to install their beams in someone else's wall; 2) *servitus stillicidi* – drainage of rainwater from the roof onto the neighbor's land; 3) *servitus altius non tollendi* – not to raise (or at least to a certain height) buildings and 4) *servitus ne liminibus officiatur* – not to obscure light (*Just. Inst.* 2. III. 1). In Justinian's law, land servitudes are constituted by an informal agreement, stimulations or testament.[71]

Usufruct (*ususfructus*) is the right to use and enjoy one thing without touching its essence.[72] The *Institutes of Gaius* do not contain this definition, but merely provide modes of constituting this servitude: 1) *in iure cessio*[73]; 2) informal agreements and stipulations for the usufrucut of provincial lands[74]; 3) *deductio servitutis* during mancipation[75]. The mentioned provisions of the *Institutes of Gaius,* which provide different ways of constituting usufruct, couldn't be role model to the editors of the *Institutes of Justinian*, since *in iure cessio* and *mancipatio* were the legal institutes, that didn't exist in post-classical Roman law. As the legal regime of the provincial and Italian lands was even, the regime was for constituting

[69] These servitudes used to be *res mancipi* by *ius civile*.

[70] Urban servitudes are attached to buildings, where their name comes from, so urban servitudes exists even when the building is located in the countryside (*Just. Inst.* 2. III. 1. *Praediorum urbanorum sun servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appelantur, etsi in villa aedificata sunt*).

[71] *Just. Inst.* 2. III. 4. *Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. potest etiam in testamento...* During Gaius time, easements were established by informal agreements and stimulations only on provincial land (*Gaius, Inst.* 2. 31. *Alioquin in provincialiubus praedis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedese aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceterque iura consistuere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest...*).

[72] *Just. Inst.* 2. IV. *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

[73] *Gaius, Inst.* 2. 30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit*.

[74] *Gaius, Inst.* 2. 31. *Alioquin in provincialiubus praedis sive quis usumfructum...pactionibus et stipulationibus id efficere potest...*

[75] *Gaius, Inst.* 2. 33. *...non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit*.

usufruct (but also other servitudes) and they became unique. According to the *Institutes of Justinian* the legal basis for constituting usufruct was informal agreements, stipulations, legacies or *deductio usu fructu* on the basis of the testament (*Just Inst*. 2. IV. 1). Usufruct could only be constituted on non-consumable items (land, building, goods, animal) but not on consumable items, and that such a rule was until the Senate decided that usufruct could also be established on consumable items (for example, on money), with the fact that the thing is transferred to the property of the beneficiary, and he bails (*cautio ususfructus*) that he will repay the same amount over the period of time (death or *capitis deminutio*). The Senate didn't predict real usufruct over these matters, but something resembling usufruct (*quasi ususfructus*), through bail.[76] Usufruct stops with the death of the titular of the usufruct, and as a result of *capitis deminutio maxima* and the *media* titular of the usufruct, by not using this right in a certain way or for a certain period of time, giving up to the owner, consolidation, the collapse of the thing that was the subject of the usufruct.[77] When the usufruct ceases, the owner, who until then had only "bare property," from that moment on, regains "complete authority on things."[78]

The *Institutes of Gaius* do not contain provisions for other personal servitudes. *Institutes of Justinian* predict that the right of use (*usus*) arises and disappears just as usufruct,[79] as well as it is less than usufruct, because it gives the titular the right to use only the thing but not to acquire the fruits.[80] One who has a right of habitation (*habitatio*) can live in the house, but cannot transfer that right to another.[81] Also, anyone who has the right to use the labor of another's slave or animal (*operae servourum vel animalium*) can use their work only for their own business, but cannot transfer that right to another.[82]

6. CONCLUSION

The paper identifies which provisions governs the institutes of Roman property law of the *Institutes of Gaius* were, or could be, role model of the *Institutes of*

[76] *Just. Inst.* 2. IV. 2. *...ergo senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constitut.*

[77] *Just. Inst.* 2. IV. 3. *Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus...*

[78] *Just. Inst.* 2. II. 4. *Cum autem finitus fuerit usus fructus, revertitur scilicet propiretatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem.*

[79] *Just. Inst.* 2. V. *Isdem istis modis, quibus usus fructus constituitur...*

[80] *Just. Inst.* 2. IV. 1. *Minus autem scilicet iuris usu est quam in usu fructu...*

[81] *Just. Inst.* 2. IV. 2. *Item is, qui aedium usum habet, hactenus iuris habere intellegitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest...*

[82] *Just. Inst.* 2. IV. 3. *Item is, ad quem servi usus pertinet. ipse tantum operis atque ministerio eius uti potest: ad alium vero nullo modo ius suum transferre et concessum est. idemscilicet iuris est et in iumento.*

Justinian. The term of things (*res*) doesn't define either. The *Institutes of Gaius* had some influence over the *Justinian's* in the legal regime of certain things, especially when it came to matters outside the legal trade, whether they were outside the of legal circulation "by human law" (*res extra commercium humani iuris*) or "by divine law" (*res extra commercium divini iuris*). Also, the division of things into corporeal (*res corporales*) and not-corporeal (*res incorporales*) was literally taken over, but in Justinian's law it had only theoretical significance, since the state of not-corporeal things (*quasi possessio*) was introduced. The division of things into *res mancipi* and *res nec mancipi* also lost its significance by abolishing mancipation *(mancipatio)*, so the provisions on those things were not taken over. Property was indirectly defined by *Institutes of Justinian*. The derivative modes of acquiring the property of the *ius civile* (*mancipatio* and *in iure cessio*), spoken of by Gaius, ceased to exist in post-classical Roman law, so Justinian's law predict only *traditio.* In terms of original modes of acquiring property, such as occupation (*occupatio*), increment (*accessio*) and specification (*specificatio*), the *Institutes of Gaius* were a role model to Justinian's, but when it came to confusion (*confusio, commixtio*) and finding the treasure (*thesaurus*) are not. Usucapion provisions (*usucapio*) were reciprocated from the Gaius, with modifications to the time required for usucapion, while servitude provisions (*servitutes*) weren't taken over, but they are inovation in relation to the *Institutes of Gaius.*

REFERENCES

Бакотић Лујо, *Caesar Flavius Justinianus: Institutiones*, Београд 1912.
Станојевић Обрад, *Гај*, *Инсшишуције*, Београд 2009.

Стефан В. Стојановић, истраживач сарадник, студент докторских студија
Универзитет у Нишу
Иновациони центар
stojanovicst91@gmail.com

Римско стварно право у упоредној анализи Гајевих Институција и Јустинијанових Институција

Сажетак: *У раду је извршено упоређивање одредаба римског стварног права у Гајевим и Јустинијановим Институцијама. Циљ рада је да открије које су одредбе Гајевих Институција рецепиране у Јустинијановим, а које нису, те да ли су поједине одредбе преузете уз модификацију и у чему се та модификација састоји. На тај начин биће утврђено који су институти римског стварног права остали неизмењени до Јустинијановог времена, који су претрпели промене, а који су услед промена у друштвеним односима престали да постоје. Компаративном методом биће извршена анализа најважнијих правних појмова и института римског стварног права из Институција.*

Кључне речи: *римско право, стварно право, Гајеве Институције, Јустинијанове Институције.*

Датум пријема рада: 11.9.2019.

Прегледни чланак 34(495.02)“03/14“
doi:10.5937/zrpfns54-17584

Milan M. Macura, Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
milan.macura992@gmail.com

BYZANTINE LAW AS A NURSERY GARDEN FOR LEGAL TRANSPLANTS WITH SPECIFIC REVIEW OF DUSAN'S CODE

Abstract: *The term Byzantium or Byzantine Empire is used for a state creation that existed from the 4th to the 15th century, more precisely until 1453 and the fall of Constantinople due to the Ottoman conquests. Regardless of what historical discussions and opinions otherwise differ regarding the origin of Byzantium, in this scholarly work May 11th, 330 AD, was taken as the beginning of the Byzantine Empire, the date when New Rome came into existence (Greek ΝέαΡώμη, Lat. Nova Roma) at the site of the Byzantine Greek colony. The paper will analyze the influence of Byzantine law on the further development of the law in the world, as well as the temporal continuity and development of Byzantine law that relies on Roman law. In addition, through a comparison of the Byzantine Code Members and later Dusan's Code, the theory of legal transplants developed by Alan Watson will be analyzed.*

Keywords: *Byzantine law, legal transplants, development of law, Byzantine Empire, Roman law.*

1. INTRODUCTION

The basis of Byzantine law lies in Roman and canon law, that is, the law of the Orthodox Church. This law, subject to the influence of other laws such as Roman and customary law, developed from 330 to 1453 AD. The biggest link through which Byzantine law exerted influence was the so-called Byzantine Commonwealth[1] y which included the Serbian state as an Orthodox state. This is

[1] The term comes from Dimitri Obolensky and was created in 1971. *The Byzantine Commonwealth-Eastern Europe* 500-1453.

supported by the geographical location of Byzantium, which was located on three continents (Europe, Asia, and Africa) in areas such as Balkan Peninsula, Asia Minor, Apennine Peninsula, Mediterranean sea, Iberia, Middle East, Crimea, Caucasus, and North Africa – areas that were then centers of cultural and social development.[2]

The greatest influence on the preservation of the law was exercised by the emperors, who, through hard work, recognizing the necessity, codified existing law and modified it according to the needs of society. The first in Byzantium to work on this was Theodosius II (408-450 AD), who published Theodosius Codex in 438 AD[3] (lat. Codex Theodosianus). It is a code that preceded Justinian's codification and which laid the further ground for the development of the codifying activity of the Eastern Roman emperors. It covered the laws of the period of Constantine the Great (324 – 337 AD) (from the Edict of Milan in 313 AD) to the laws passed by Theodosius II.[4]

Then came the re-codification and legislative process that had Theodosius Code as the starting point, along with Gregorian and Hermogenian collections. Tribonian together with his fellow jurists produced a collection of valid imperial laws passed by Hadrian (117-1988 AD) and Justinian (527-565 AD), along with the laws of other emperors, and this collection was issued in 529 AD. Five years after that, a supplementary collection was issued that was far more extensive.[5]

Later on, Justinian's Digests (Pandects) were drafted, the most comprehensive codification of Roman law by classical Roman jurists. Later Justinian Institutions are a textbook of law and serve as a kind of manual for the study of law. The last section of the Novels consists of the enacted regulations that were issued after codification.

After Digest and Novel, we come to Eclogue (Greek: ἐκλογή – selection), which was created in 726 AD.[6] Eclogue reformed inheritance and criminal law and introduced some changes to Justinian's sentencing legislation. For example, death sentences were replaced with corporal punishments carried out by cutting nose or hands-off, blindness, haircuts, etc. The eclogue made great progress in the field of humanization of criminal law and contributed to the then direction of philanthropy. It improved the litigation process because it was drafted as a certain

---

[2] Georgije Ostrogorski, *History of Byzantium,* Prosveta*,* Belgrade 1969, 4.

[3]

[4] John Murray, *Codex Theodosianus*, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, London 1875, 43.

[5] Johannes Coder, Byzantine World, Utopia, Belgrade 2011. 75,

[6] Although the reign of Emperor Leo III lasted from 726 until 741, it is believed that the Eclogue was not enacted in 741, as some authors claim; the reason for this is the iconoclasm movement that was active in Byzantium in 741, which includes a religious movement that fought against frescoes, icons, statues and other visual representations that exist in their religion, and Eclogue does not even contain the traces of this movement.

court manual unlike Digests at the time, which, due to their size and character, were incomprehensible.[7] Eclogue has also made significant progress in the field of children's and women's rights. In addition, Eclogue was partly concerned with judicial organizational law as it determined judges' salaries, starting with the Quaestors[8]. It was a ceratin step in reducing the corruption that was tearing up the Byzantine Empire at the time.

After the death of Leo III (717-741 AD), Vasily I (867-886 AD) came to power in Byzantium, to whom the enactment of Procheiron was associated (Greek Ο προχειρος νομος), the law manual relating to the legislative activity of Emperor Vasily of Macedonia and his sons Constantine and Leo. In that time, Procheiron was the most comprehensive codification since it contained all the parts of the Institutions, Digest, Novel and Code that were force and in the true sense of the word was a legal transplant since it was later incorporated into the Nomocanon of Saint Sava (Krmcija) in the part with ecclesiastical criminal law and Dusan's Code, which were the most important legal acts in medieval Serbia. At that time, Procheiron was known in Serbia as City Law. Procheiron regulated public and civil law. It is assumed to have been issued between 870 and 879 AD. The fact that it remained in force until the fall of Constantinople makes it one of the longest standing legal acts in Byzantium, which is impressive.

Legal Act issued later – Epagoge introduces the obligation of the emperor to take care of the material treasure of the citizens, while the spiritual treasure is taken care of by the patriarch. Also, this is one of the few *par excellence* examples of legal transplants when we consider that later legal acts adopted in Europe, and especially Serbia, from Krmcija to Dusan's Code, implied this obligation on the heads of the church and emperor or ruler. The epanagoge was enacted after 879 AD and represents the codifying endeavor of the three emperors (Alexander, Leo, and Vasily), and regulates mainly marital law.[9]

Following the Epanagoge, the following legal acts that were issued were Vasilike the Lion VI the Wise (866-912 AD), who in the whole continued the work that began with Vasily. The enactment of Vasilika or the Imperial Laws is a very comprehensive and thorough codifying activity, as is evidenced by sixty books and six volumes, which is the largest codification collection of Byzantium in the Middle Ages. Vasilikas deal with both canonical and civil and public law.[10] The fact that they are comprehensive codification is evidenced by the fact that Vasilika

[7] G. Ostrogorski, 166-177.

[8] Quaestor, a Roman official in charge of public finances and overseeing the Treasury. In war conquests, they were accompanied by a consul, and they were in charge of paying the army and distributing the loot of war. In addition to these *quaestoes classici*, there were quaestores in charge of criminal offenses (quaestors parricidii).

[9] J. Coder, 79.

[10] Charles Diehl, *History of the Byzantine Empire*, Edition, Belgrade 2010, 58.

draws its material from both Digest and the Code, not so much from the Justinian Institutions as from the Justinian Novels as well as Tiberius Novels. It also includes material from Justin II Novels (565-574 AD). One of the crucial reasons for Vasilika's prevalence is that they were written in Greek and thus found their way through an Orthodox clergy that spoke mostly Greek until Serbian law and later to European law. The fact that they were almost completely suppressed by the Justinian Code and became the very foundation of the Byzantine Empire's laws with later Novels and Orders (113 of them) suffices to say that this was a very significant path.

2. BREAKTHROUGH OF BYZANTIAN LAW IN SERBIAN LAW VIA LEGAL TRANSPLANTS

One of the easiest ways to transmit legal standards and legal norms is through the same language or religion.[11] In this way, the path to Serbian law was facilitated because the baptism of Serbs at that time, which took place in the ninth century, played a large role in the further future of Serbian law. Beginning with the code of Theodosius and to Vasilika, in Serbian law there remained an indelible trace of the Byzantine Empire that still exists today. Legal transplants and theory believe that the development of law throughout history has been facilitated by the intermingling of cultures that have been systematically occurring over the years, and that law has also changed over time.[12] The theory brought to us by Alan Watson, a leading authority in the field of comparative law, can perfectly describe how people adopt certain legal rules or how customs settle in one's law and make certain categorizations.

The first group that as such participates in cultural unification is one that inhabits a particular area in which no nation or civilization is culturally or legally similar to them, and in that case, they exercise their right. The second grouping is one that inhabits a particular area where there is a nation or civilization that is culturally and legally similar to theirs. The third group is the one who inhabits a certain area and, in that case, accepts a large part of a particular system and assimilates into the cultural and legal type of civilization and people they found.[13]

One reason for the successful transfer of the Byzantine right to Serbian could be that each of the Serbian rulers tended to look upon Byzantium. Dusan Silni (1331 – 1355) succeeded when he was granted the imperial title because that title was unique in the Orthodox world and according to the hierarchy of states, there could be only one empire, namely Byzantium. The reason and explanation for this

[11] Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Official Gazette, Belgrade, 2008, 36.

[12] Sima Avramovic, *General Legal History – Old and Middle Ages*, Belgrade 2000, 21.

[13] A. Watson, 58.

can be seen in Dusan's Code, which in its first article brings the purification of Christianity as its goal. When we talk about connection, we cannot omit the connection between Byzantine collections and Syntagma by Matthias Vlastar, who in a certain way empowered and paved the way of Byzantine law in Dusan's Code. Vasilika is the legal act with the most similarities, about 60 articles of Dusan's Code have been taken from Vasilika.

The first chapter of Vasilika's first book bears the title *De summa tirnitete et de fide catholica, et ut nemo de ea publica contendere audeat*.[14]

There is a similarity to the introductory part, in front of the A-composition of Syntagma by Matthias Vlastar, entitled ***„O vhrh pravoslavnoi"***.[15]

Article 2 and Article 3 of Dusan's Code

About marriage:

Gentry -and other people not to marry without the blessing of their Bishop, or to be blessed by those appointed by the Bishops by choosing them as priests.[16]

About wedding celebration:

About wedding celebration: No wedding can be done without a wedding celebration, and if done without a blessing and asking the church, they will be distinguished.[17]

The reason why the two provisions were found in Dusan's Code is not known, but it is assumed that the reason is that they are not in the Vlastar's Syntagma. Also, the source of these two provisions can be found in the imperial orders of the Byzantine emperors. They are not found in any codex, which tells us that there was, nevertheless, a legal tradition that contributed to the preservation of this rule as custom, until Emperor Lav the Wise recorded it in his Novel in 893 AD[18] and thus creates a monopoly in the field of marriage among the citizens of the Byzantine Empire. However, despite this provision, many marriages were still contracted out of all the rules of custom and law, which created a disturbance in legal affairs. Later, slaves also had an obligation to marry, and they were obliged to do so in the church.[19] The ruler who brought this Novel was Emperor Alexei Komnin (1081 – 1118), who did so in 1095.[20] Later, this provision came into Serbian legislation when Emperor Andronicus II Paleologus and Patriarch Athanasius brought

[14] Stojan Novakovic, *Syntagma of Matthias Vlastar,* Belgrade 1907, 48.

[15] Nikola Radojcic, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354*, Belgrade 1960, 144.

[16] Djurica Krstic*, Dusan's Code: Bistrica transcript*, Belgrade 1994.

[17] Dj. Krstic*, Dusan's Code: Bistrica transcript*, Belgrade 1994.

[18] Aleksandar Vasiljevich Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan, emperor of Serbs and Greeks*, 103; C. Mitrovic, Ecclesiastical law, Belgrade 1929, 143.

[19] St. Novakovic, *Code*, 152.

[20] C. E. Zachariae v. Lingenthal, *Collectio Novelarum = Jus Graeco-Romanum*, III, Lipsiae 1873, IV, n. 35.

a novel that specified that each marriage had to be made in the presence of a priest, that is, as they stated, with the knowledge of the priest.[21] In this way, the "transplant" of the legal transplant into the Serbian codification occurred, and no mistake was made as it had happened to the Byzantine emperors, which is that this provision could not be found in large imperial collections. Autonomy has been given to the ecclesiastical judiciary, which can be seen from Article 12 of Dusan's Code. The Church had the powered to judge: 1) in matters within its jurisdiction such as marriage and inheritance litigation, all clergy in any field, as well as criminal offenses against the church and to prevent heresy; 2) the Church stock members for all acts, both civil and criminal; 3) to all persons, especially peasants, on church property.[22]

We can find these provisions in two places, and this tells us that this is a legal transplant that marked the church judiciary in Serbia through the Middle Ages. The first place we can find this provision is Anecdote (Ἀνέκδοτα).[23]

Περί του μή έξείηαι πολιτικψ άρχοντι έκκλησιαστικόν έπιξητείν πράγμα.

Civili magistrtui ne liceat in rem ecclesiasticam inquirere.[24]

In addition, we can also find this provision in the Vlastar's Syntagma, in chapter nine of paragraph D, where the legislator also introduced a provision punishing the saint, who judged instead of the church in spiritual cases, with 300 perpers.[25]

3. LEGAL TRANSPLANTS IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW IN DUSAN'S CODE

One of the first offenses referred to in Dusan's Code is criminal offense from Article 19 – the overthrow of races.

On the overthrow of races:

And a nun who overthrows races, to be held in prison until he returns to obedience, and to be punished.

The very title of the Article indicates Byzantine influence[26]. In addition to the etymological correspondence with Byzantine law, this norm can also be found in the CXXIII Novel, which is part of Vasilika and as such has been transplanted into Dusan's Code.[27]

---

[21] C. E. Zachariae v. Lingenthal, Collectio, V, n. 26, c. 11; A. V. Solovjev, Legislation, 103.

[22] A. V. Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354,* Sources of Serbian Law 6, Belgrade 1980, 181.

[23] C. G. E. Heimbach, *Ἀνέκδοτα*, II, 1840, 250 и 226-7.

[24] Nikola Selakovic, *Dusan's Code and legal transplants*, Belgrade 2007, 28.

[25] St. Novakovic, *Syntagmat*, Chapter 9, paragraph D, 226.

[26] Rasa – гр.τό ράσον – monks' clothing [riza]; N. Radojcic, *Code,* 94.

[27] Basil. Lib. IV, Tit. I, XIV = Nov. CXXIII, sar. XLII.

Also, there is a certain immunity of ecclesiastical persons, which is expressed in Article 30 of Dusan's Code and which reads as follows:

> *And henceforth, that no authority shall rip the beard/hair of a monk or a man of the church, and whoever bypasses this for the life and after the death of my kingdom, shall not be blessed; if anyone is to blame for anything, one should make him go to court and press charge, if one rips the beard/hair without a court, or if one hits another, one has to pay sevenfold.*[28]

In addition to the particular immunity given to ecclesiastical persons in this Article, this is not the only place in Dusan's Code where we can find this attitude towards ecclesiastical persons. Also, self-sitting is a punishment that we find in the following Articles: 93, 102, 143, 187, 193 and 200. Self-sitting is an institute developed by the Byzantine jurists by interpreting Scripture, which implies that a person who has concealed an "offense", committed a "sin" or broke a custom, he should make up for it seven times. So once for the damage done and six more times. Most authors, as well as Solovyev, one of the leading legal historians, note that the punishment was not known to other Germanic or Slovenian peoples.[29]

The interpretation of Scripture that originated in Constantinople contains the view that it is commensurate to punish a guilty person and a convicted person for a specific crime sevenfold – εις τό έπταπλάσιον άντιμετρουμένην. Also, the Novel of Emperor Manojlo Komnin (1143 – 1180) from 1165 prescribes in several Articles this system of punishment.[30]

Dusan's Code also prescribes the criminal offense of rape contained in Article 53. Rape offense existed in Serbian customary law before, but the sanction provided for in the Code for the commission of this crime, tells us that it is a sanction that with its intensity could be found in Byzantine law.

About violence:

If any landlord takes landlady by force, his hands and his nose should be cut off;

If sebar takes landlady by force, he shall be hung, if he takes his lady by force, his hands and his nose should be cut off.[31]

Prohiron (XXXIX, 66) prescribes, in one of the laws, as punishment for rape, cutting the nose off and confiscation of 1/3 of property.[32] The law as such has been transmitted to Syntagma and to its Serbian editorial board, which has been ab-

[28] A. V. Solovyev, *Code*, 171.

[29] A. V. Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354,* Sources of Serbian Law 6, Belgrade 1980, 195.

[30] Ibid, 196.

[31] Dj. Krstic, *Dusan's Code: Bistrica transcript*, Belgrade 1994.

[32] E. H. Freshfield, A manual of Eastern Roman law THE PROCHEIROS NOMOS, Cambridge MCMXXVIII, 156.

breviated. In Dusan's Code, the penalties were considerably tightened, but at the same time, the legislature was able to adapt the provisions of the law to the class circumstances of the Serbo-Greek Empire.[33] The penalties prescribed by the Code are similar to the Byzantine ones (penalties such as the cutting the hands- off); cutting the nose off was also present, but so was the death sentence, which was carried out by hanging, which was intended for the sebar who would rape the landlady. The penalty by hanging (φονρκιξεσθαι) in Byzantine law was regarded as one of the most shameful punishments by being executed publicly and as soon as possible and before the act of hanging the verdict was read in public as well as the reason for executing that sentence.[34]

In addition to the above crimes, there are many examples where one can see the similarities of Byzantine law with Serbian, both through provisions regarding the prescribing of the objective conditions of crime incrimination and prescribing sanctions that were characteristic of Byzantine law. In some places, the legislature, in Dusan's Code, merged the offenses into one Article if those offenses were prescribed as two separate offenses. An example of this is a crime related to the obscenity of a woman and to the adultery of a woman who was placed in Article 54[35] Dusan's Code and thus received a more general tone with harsher sanctions. The nuance that gives it a more general tone compared to Prohiron is that it omits the distinction made by Prohiron. Instead of the word *slave*, the word *man* is used, under which any subject who serves his master can be placed, which can be a meropach[36], otrok[37] and servant.[38]

Dusan's Code also introduces the punishment of perdition, which meant that the beard and hair would be dirty, leaving a trace that would stay for some time. In Byzantium, a pandan to that punishment would be the punishment of a haircut intended to dishonor a convicted person and to deter those who intend to commit a crime. Regardless of the specific similarity in the execution of the sentence, the

---

[33] A. V. Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354,* Sources of Serbian Law 6, Belgrade 1980, 218

[34] A. V. Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan, emperor of Serbs and Greeks*, 103; C. Mitrovic, Ecclesiastical law, Belgrade 1929, 182.

[35] Despite being placed in the same Article, we have two separate criminal offenses.

[36] Dusan's Code also discusses the problem of fugitive merophas in several Articles. First, in Article 22, we read: And the lords of men, who sit in the village and on the catuns, to visit the village with their lord. For more see: Srdjan Sarkic, "*The Legal Position of Meropachs in Medieval Serbia*", Proceedings, Faculty of Law, Novi Sad 2/2010, 26.

[37] The lowest rank on the social ladder of medieval Serbia was the so-called otroci (singular = otrok). The legal position of an otrok in medieval Serbia was similar to that of a slave, but as otrok also enjoyed some personal rights, many questions regarding their legal status remain debatable. For more on this, see: S. Sarkic, *"The Legal Position of Vlach and Otrok in Medieval Serbia",* Proceedings, Faculty of Law, Novi Sad 3/2010. 44.

[38] E. H. Freshfield, A manual of Eastern Roman law THE PROCHEIROS NOMOS, Cambridge MCMXXVIII, 156.

implication of the sentence of imprisonment came from the East. The reason for this is that in the East and the Eastern civilizations, beard and hair were considered a status symbol and also symbolized dignity.

The haircut to "bare skin" was reserved for slaves so that was a humiliating sentence appropriate to the offender's social status.[39]

Of the other penalties that were taken from Byzantine law and included in Dusan's Code, we have enmity that was paid either individually or the whole village paid enmity. To some extent, the collective responsibility institute applies here. An example of this can be found in Article 20 of Dusan's Code, which reads as follows:

> *About the sorcerers, who burn the bodies of the dead: And the people who take things from the graves by using the spells and burning the bodies, the village that does it, is to pay the devil, and if a priest comes to it, he will no longer be the priest.*[40]

One of the most interesting articles pointing to the breakthrough of Byzantine law (a provision taken from the Greek Nomocanon by the Great Belt, ed. Translated by A. Pavlova, page 145) also mentions werewolves and the punishment imposed on anyone who violates this order, namely is twenty-one years of epithymia. The act of execution is the removal of the body from the grave and the subsequent burning of the body. The punishment for this offense, if committed by more than one peasant, is a fine of 500 perpers. An interesting coincidence, which has not yet been explained, is that the same fine as when the murder was committed. A priest who would participate in the act itself, reading a thunderbolt and saying words that swear an evil spirit, would no longer be able to be a priest.[41] Such provisions are not found in Syntagma of Matthias Vlastar, which contains a special head regulating the disrespect for graves and the deceased. Chapter 10 T of the composition and its final provisions concern the rules of contempt for the deceased and the graves. The legislature's reason for criminalizing this behavior in Dusan's Code is to eradicate another custom with a pagan background that was happening among Serbs.

---

[39] Some authors state that this punishment was not carried out in reality, only that it is the result of speculations of certain authors. However, we find a confirmation of the execution of this sentence in the 1161 Ipatiian yearbook. In addition, we find information about the execution and the threat that this sentence would be executed when the Serb authorities in Konavle threatened their peasants in 1349 that they would be punished in this way. The term used for this is *comburere barbam et capud.*

[40] Dj. Krstic*, Dusan's Code: Bistrica transcript*, Belgrade 1994.

[41] A. V. Solovjev, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354,* Sources of Serbian Law 6, Belgrade 1980

5. CONCLUDING REMARKS

An empire that has lasted for over a thousand years has enacted legal regulations that still to the present day is the image many lawyers look up to. Regardless of its rigidity and the severe repressive character it had in some areas, it paved the way for the progress of the law itself. Testimony from sources assures us that Dusan's legislative work was not confined to the national assemblies of 1349 in Skopje (brought 135 Articles) and 1354 in Ser (brought Articles 136-201), but that the emperor's intention was to, modeled after his idols, (the great Roman emperors of the legislature Justinian, Vasily I and Leo VI the Wise) revise all the previously enacted legal rules, secular and ecclesiastical, and to create a single legal system.[42] The Articles given in Dusan's Code are one of many that see the transfer of rights and the incorporation of Byzantine law into the positive law of the Serbian state that existed during that period. These articles are representative because one can see the impact not only on one branch of law, but in all branches of law. The purpose of this analysis was to show, regardless of the generality or imprecision of the theory of legal transplants, that it is a theory that no lawyer can bypass and which still has a tremendous influence in the development of law in general.

The long period of the Byzantine Empire has left its mark. Even though it was created as a result of the fall of Constantinople in 1453, it has confirmed two theories that exist in the field of law today – the theory of legal pluralism and the theory of legal transplants. This paper aimed to analyze the theory of legal transplants in practice and to express the positive response of the author to that theory. The provisions of the Byzantine emperors, adapted both to the social status and the wider circumstances that existed during that period, found their place in Serbian Codes. Such an endeavor by the legislature must not be ignored.

REFERENCES

Ἀνέκδοτα II, ed. C. G. E. Heimbach, Lipsiae 1840.

A. V. Solovyev, *Selected Monuments of Serbian Law,* Belgrade 1926.

A. Watson*, Legal transplants*, Belgrade 2000.

A. V. Solovyev, *L'influence du droit Byzantin dans les pays ortodoxes*, X Congresso Internazionale di Scienze Storiche – Roma, 4-11 Settembre 1955, Relazioni generali e supplementi VI, Firenze 1955

A. V. Solovyev, *Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354*, Sources of Serbian Law 6, Belgrade 1980

Basilicorum libri LX – I, ed.C. G. E. Heimbah, Lipsiae 1833

[42] C. Sarkic, *"The Idea of Rome in the Thought and Work of Emperor Dusan"*, Proceedings, Faculty of Law, Novi Sad 1, 2006, 66.

Collectio Novelarum = Jus Graeco-Romanum III, ed. C. E. Zachariae v. Lingenthal, Lipsiae 1873
Dj. Krstic, *Dusan's Code: Bistrica transcript*, Belgrade 1994.
D. Obolensky, *Byzantine Commonwealth: Eastern Europe*, 500-1453 (America Council of Learned Societies), May 1, 2009
E. H. Freshfield, *A manual of Eastern Roman law THE PROCHEIROS NOMOS*, Cambridge MCMXXVIII
G. Ostrogorski, *History of Byzantium*, Education, Belgrade 1969
C. Mitrovic, *Ecclesiastical Law*, Belgrade 1929.
J. Coder, *Byzantine World, Utopia*, Belgrade 2011.
J. Murray, *Codex Theodosianus, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London 1875.
M. Tomic, The Death Penalty in Criminal Law, Belgrade 1985
N. Radojcic, Code of Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354, Belgrade 1960.
N. Radojcic, Dusan's Code and Byzantine Law, Proceedings in Honor of the Sixth Centenary of Emperor Dusan's Code, Belgrade 1951.
N. Selakovic, Dusan's Code and Legal Transplants, Belgrade 2007, Prochiron (Ο ΠΡΟΧΕΙΡΟΣ ΝΟΜΟΣ, ed. C. E. Zachariae v. Lingenthal, Haidelberg 1837.
C. Avramovic, General Legal History-Old and Middle Ages, Belgrade 2000.
C. Savic, History of the Death Penalty in Serbs, Proceedings, Faculty of Law University of East Sarajevo 2011
St. Novakovic, Code of the Emperor Stefan Dusan 1349 and 1354, Belgrade 1960.
St. Novakovic, Legal Monuments of the Serbian States of the Middle Ages, Belgrade 1912.
St. Novakovic, Syntagma of Matthias Vlastar, Belgrade 1907.
C. Dill, History of Byzantium, Edition, Belgrade 2010,
T. Taranovski, History of Serbian Law in the Nemanjic State, Belgrade 1931.
L J. Krkljus, Selected Sources in the Legal History of the Serbian People, Novi Sad 2003.

Милан М. Мацура, студент докторских студија
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
milan.macura992@gmail.com

Византијско право као расадник правних трансплантa са посебним освртом на Душанов законик

Сажетак: *Појам Византија или Византијско царство се користи државну творевину која је постојала у периоду од IV па све до XV века, тачније до 1453. године и пада Цариграда услед османских освајања. Без обзира на то какве су историјске дискусије и мишљења која се иначе разилазе у вези са настанком Византије, у овом научном раду као зачетак Византијског царства узет је 11. мај 330. године, датум када је настао Нови Рим (грч. Νέα Ῥώμη, лат. Nova Roma) на месту где се простирала грчка колонија Византи. У раду ће бити анализиран утицај византијског права на даљи развој права у свету као и временски континуитет и развој византијског права које се ослања на римско право. Осим тога, кроз упоређивање чланова византијских законика и касније Душановог законика, Закона Проте Матеје Ненадовића и Карађорђевог законика, биће аналиsирана теорија правних трансплантa коју је развио Алан Вотсон.*

Кључне речи: *Византијско право, правни транспланти, развој права, Византијско царство, римско право.*

Датум пријема рада: 24.05.2018.

Прегледни чланак 343.712:343.14(497.11)
doi:10.5937/zrpfns54-24792

Saša N. Dmitrašinović, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
sadmiso65@gmail.com

POLICE OPERATING AND EVIDENCE PROCEDURES IN RESOLVING THE CRIMINAL ACT OF ROBBERY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *The criminal act of robbery is a complex criminal act in the field of property crime with the elements of violence, as stated in the Criminal Law of the Republic Of Serbia by the Provision 206 of the Criminal Law. The dynamics and the frequency of the manifestations of such criminal acts in everyday life, along with the scope and the intensity of the consequences, all contribute to the continual interest in the research and in the need to provide a deeper insight into this phenomenon. The focus of this research, therefore, is on recognizing the state and tendencies, and on taking specific measures in the field of confronting the acts of robbery. More specifically, the paper mainly examines the police operating procedures in implementing operating and evidence procedures and in criminal processing and resolving the criminal act. The paper is particularly focused on the comparative analysis of operating and evidence procedures, and their interdependency in efficient resolving of criminal acts and in raising evidence.*

Keywords: *robbery, police operating procedures, evidence procedures, criminal processing.*

1. INTRODUCTION

The criminal act of robbery is prescribed in the Criminal Law of the Republic of Serbia[1] by the Provision 206, chapter XXI in the field of criminal acts against property.

[1] Criminal Law ("Official Gazzette of the Republic of Serbia", no. 85/2005, 88/2005 – corrected, 107/2005 – corrected, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 and 35/2019)

Property offences can be classified into typical offences; offences with the elements of physical violence; adultery offences and offences without mercenary motives.[2]

The act of robbery is a complex criminal act, the characterized by the criminal act of coercion, and consisting of deprivation of other person's assets with the goal of attaining material benefit towards oneself or others, using force against the other person or using threats to directly assault life or body.

The law defines the criminal act of robbery to be a two-sided criminal act which requires two cumulative actions to be taken: both the force or threat and seizing other person's assets. The first action taken is the act of coercion, i.e. the act of force or threat to assault life or body, followed by the act of seizure, or coercion as a means of seizing the assets.[3]

The Criminal Law prescribes the basic form of robbery, two qualified and one minor form of committing the criminal act. There are other forms of criminal act in case the basic form of a criminal act has been done by a group,[4] in case the offender has intentionally committed an infliction of serious bodily harm during the act of robbery, or in case the value of the seized assets exceeds the amount stated by the Criminal law (one million and five hundred thousand dinars). The act is qualified as a major criminal act of robbery in case the basic form of the act has been done by an organized criminal group.[5] The act is qualified as a minor, or privileged form of the act, in case the value of the seized assets when committing the basic form does not exceed fifteen thousand dinars, with the obligatory condition of having the intention of acquiring minor material benefit on the part of the person committing the act.

The phenomenon of robbery is heterogeneous, particularly in terms of its manifestations. In criminal practice, it is expressed in the forms of bullying, robbery in smaller grocery shops, but also in the form of criminal acts committed by organized criminal groups by ways of armed robberies in money transport, in banks and other financial institutions.

The way in which a criminal act is committed, especially as a way of an organized criminal action is, by the rule, the use of force and threats of using cold

---

[2] Milo Bošković, Miloš Marković, *Kriminologija sa elementima viktimologije*, Novi Sad 2015, 201.

[3] More in: Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Edicija Komentari zakona, SLužbeni glasnik, Beograd 2012, 616.

[4] Provision 112, paragraph 2 to the Criminal Law, defines a group as consisting of at least three persons related with the goal of committing permanent or temporary criminal actions, which does not need to be defined in terms of its members' roles, the continuity of their membership or the structural development.

[5] Provision 112, paragraph 35 to the Criminal law defines an organized criminal group as a group of three or more persons, which has been existing for a certain period and has been taking actions with the goal of committing a single or multiple criminal acts that may be sanctioned by the prison sentence of four years or more, in order to directly or indirectly gain financial or other benefit.

or fire weapons. The most frequent means in committing such a criminal act is physical force, fire weapons or a copy of a fire weapon resembling the original. The following fire weapons are usually used: a pistol, a gun, an automatic pistol or an automatic rifle. Other means of execution are also used, such as cold weapons, various types of blades (a knife, a dagger, an axe), mines or explosives and various other disabling sprays.[6]

Criminal offenders are organized in such a way that they enter into committing a crime in a planned and organized way and leave the crime scene quickly. When committing a crime, depending on the object of the assault, it is possible to employ various modes, but they all have one characteristic in common: a sudden break-in into the object of the assault, the surprise factor, supressing security and preventing potential resistance, taking money or obtaining other benefit, and a fast runaway from the crime scene. A sudden break-in is characteristic for all the robberies, whereas organized robberies bear this characteristic as the prominent one. The surprise factor, without any doubt, represents the crucial factor to a successful robbery, which is something the offenders are aware of. The more surprise there is, or, the higher the effect is, the higher the efficacy of the criminal activity is.[7]

Offenders of the criminal acts of robbery are by rule repeated offenders in committing violent acts, without empathy for the victims of criminal acts, especially when the committers are groups with smaller or higher degree of organization.

There is a concerning tendency in the rise of the acts of felony and in the victim's physical state. Researches show that the repercussions of a trauma to the victim can be significant and long-lasting.[8]

Regarding the complex definitions of this criminal act from the aspect of phenomenology of the act of robbery and the use of force and threat in committing a criminal act, the criminal police that has the jurisdiction over suppression of crime, uses a wide range of operating and evidence procedures in detecting and pleading a criminal act of robbery.

The general legal framework in employing operating and evidence procedures of the police has been enacted by the Law on Criminal Procedure[9], and by the Law on Police.[10]

Operating and tactical actions are taken by the police in case there is a reasonable doubt that a criminal act has been committed, and the offenders are prosecuted

[6] More in: Warren J. Sonne, Criminal Investigation fro the Professional Investigator, Boca Raton 2006, 73-84.

[7] Cf. Bernasco Wim, Block Richard, „When Offenders Choose to Attack: A Discrete Choice Model of Robberies in Chicago" Criminology, 47/2009, 93-130.

[8] Willan Matthews, Armed Robbery, Devon: Willan Publishing 2002, 78.

[9] The Law on Criminal Procecudre ("Official Gazzette of the Republic of Serbia", no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 and 55/2014).

[10] The Law on Police ("Official Gazette of the Republic of Serbia", no. 6/2016, 24/2018 and 87/2018)

by the law (Law on Criminal Procedures, Provision 286); in other words, when the police is performing its primary duty of resisting the crime, aforementioned actions are not used as evidence, but are of operating significance in resolving the circumstances of the committed criminal acts and in channeling the course of the criminal investigation.

Evidence procedures are the procedures implemented by police officers as required by the law, in the prescribed cases when there is a possibility of the adjournment, and these are used as evidence. Evidence obtained in such a way, by implementing evidence procedures in the prescribed form of the law, can be used as evidence in criminal procedure.

Having in mind the significance of protecting basic property and assets, the scope and intensity of the committed robbery, the paper comparatively analyzes police operating and evidence procedures by postulating the essential question of whether their mutual and complementary implementation is necessary in resolving all the circumstances regarding criminal acts, and in adducing valid evidence.

2. OPERATING ACTIONS TAKEN BY THE POLICE IN PROCESSING A CRIMINAL ACT OF ROBBERY

Operating-tactical actions taken by the police in suspending crime are employed without a strictly stated process form, while the information obtained in such a way cannot be used as evidence in the criminal proceedings. Still, such activities have a specific significance in resolving the circumstances of the committed criminal acts, and in channeling the criminal investigation.

Specific provisions of the Law on Criminal Procedure and the Law on Police provide a legal basis for the police operating activities.

The authority of the criminal police is primarily in charge of uncovering and resolving criminal acts, as stated by the Law on Criminal Procedure, Provision 286. The work on uncovering criminal acts and their offenders represents the main duty of the criminal police.[11]

In case there is a reasonable doubt that the committed criminal act is prosecuted ex officio, the police directly implements the measures and the actions with the goal of finding the offender and the partners in the crime, preventing their escape, uncovering and of securing the criminal act clues and objects that may serve as evidence, and of obtaining all the information that may be used in successful implementation of the criminal procedure (Provision 286, paragraph 1, Law on Criminal Procedure).

[11] Goran P.Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o kriviičnom postupku*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Edicija komentari, Službeni glasnik, Beograd 2018, 753.

When implementing these law stated actions, the police employs a number of the prescribed measures and actions[12] and other measures and actions specially prescribed by the law. By the order of the court in previous procedures, and by the public attorney's motion, the police may obtain evidence of the phone communication, the use of cell towers, or may locate the place at which the communication is taking place (Provision 286, paragraph 3, Law on Criminal Procedure).

The Law on Police is the legal act, organizational and functional in its character. This Law enacts organizations and jurisdictions of the Ministry of Internal Affairs and the Police Directorate, while specific prescriptions foresee the measures taken by police officers in performing police duty. Such measures are uncovering and resolving criminal acts, providing evidence, analyzing the evidence, using criminal-forensic expertise by modern forensic methods and evidencing and finding the assets taken in the criminal act itself, all prescribed as a specific type of the police job (Provision 30, paragraph 3, item 2, Law on Police). The Law specifically prescribes the police measures and actions regarding the police tasks (Provision 47, Law on Police).

The following police measures and observations are of particular significance: polygraph examination; searching for people and objects as a criminal forensic registration, taking other samples and performing criminal forensic expertise and analyses (Provision 47, paragraph 3, items 3,7,9 and 12 of the Law on police).

The tactics and the methodology of the police procedures in criminal processing, open and enforced, related to the committed criminal act of robbery, are defined by criminalistics as a science, the experience of good criminalistic practice and by the specific circumstances of the committed criminal act.

In order for the criminal processing to provide results, the practice procedure needs to provide a link between the theoretical conception and practice, while theoretical knowledge should be verified through direct operative proceedings.[13]

With the goal of efficiently resolving and evidencing the criminal act of robbery, police officers need to employ a number of operating (and evidence) measures and acts. A specific number of measures and acts, prioritizing the principle of urgency, are employed directly upon the first notice on the committed criminal act, some of them being employed continually during the criminal processing.

---

[12] Provision 286, paragraph 2, of The Law on Criminal Procedure states that the police is allowed to do the following: to ask for the necessary information from the citizens; to inspect and check vehicles, passengers and luggage; to restrict a person from the right of movement in a specific territory for a required time, not longer than 8 hours; to take the necessary actions in order to claim the authenticity of persons and objects; to issue a wanted circular for persons and objects; to inspect, in the attendance of a person in charge, certain objects and premises in state organs, companies, shops and other legal parties; to gain insight into their documents and to seize them if necessary; to take other necessary measures and actions.

[13] Vladimir Krivokapić, Uvod u kriminalistiku, Beograd 2008, 130.

Criminal processing is an organized activity of internal affairs authorities with the specially emphasized criminal repressive character, where operating-tactical actions and measures are taken in order for the initial information (particulars of doubt) on the existence of the specific criminal act or on the offender, to be eventually confirmed. This should raise the probability level of uncovering the fact that a specific person has committed a specific criminal act for which the person is prosecuted ex officio; in that way the conditions for lawfully brining the offenders to criminal prosecution should be provided.[14]

The measures and actions carried out by the principle of urgency upon committing and reporting the criminal action of robbery, may be viewed through the three separate segments of the operation work.

One way of the criminalistic operating actions is directly related to the evidence action the crime scene examination. These are primarily the general activities of the police and are related to securing the crime scene, with the special focus on securing the unchangebleness of the crime scene until the crime scene investigation team (the organs) arrives.

Of particular importance are the operating actions of the police officers – crime technicians in finding clues, in photographing and scanning the crime scene. It is of particular importance to bear in mind that specific clues, found or taken at the crime scene, such as traces of papillary lines, may be the subject of expertise evidence procedure during the course of criminal procedure.

The other segment consists of the measures of urgent observations, examination of the persons, vehicles and objects, and search for persons or objects. These measures are taken through the so-called police blockade, by ways of controlling the persons and the objects in the wider area of the crime scene. The main goal of this segment of operative work is to catch the offenders on the spot or immediately upon committing the crime, and to find the objects and the instruments used in the crime. In case objects or instruments used in the crime have been found, these operating actions taken by the police will be used as a reason for taking evidence procedures in temporary seizure of the objects and in (or) search of the premises. In case the offender is found, the specific measure of police arrest will be taken, followed by the measure of escorting the offender to the public attorney in charge (Provision 291, Law on Criminal Procedure).

Obtaining information from the citizens at the crime scene is the third segment of urgent actions taken by the police. Of particular importance is the first operating information about the criminal action and the offender, which is gathered without any time distance, within a short interval of the crime committed. The necessary information is obtained from the parties injured in the criminal act,

[14] Branislav Simonović, Kriminalistika, Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kragujevac 2012, 118.

from witnesses or other parties that have direct information of the committed crime (offenders entering or leaving the crime scene, the vehicles used etc.).

In case the urgent operating activities by the police do not result in resolving the criminal act, the continuation of operating procedures employs some of the urgently taken measures and actions, but also other operating– tactical measures and actions with the goal of efficiently resolving and clarifying criminal acts.

The internal affairs authorities are required to build up the methods and the means by which those who are most efficient in unclosing criminal acts and offenders will be engaged. The essence of this operating action consists of taking measures and actions to unclose criminal acts and to secure the clues and objects in order for them to be used as evidence in the criminal proceeding.[15]

In this way, the operating action of obtaining information from the citizens is continually done during the criminal procession. The Law particularly prescribes the police to be allowed to summon citizens and to convey the person not acting by the summons only if the person has been warned prior to conveying (Provision 288, paragraph 1, Law on Criminal Procedure). The means and the conditions of employing this measure, its restrictions, the procedure and preconditions for gathering information from specific categories of citizens, like detainees, have also been prescribed by the law (Provision 288, paragraphs 3-7, Law on Criminal Procedure).

The sources of information can be various categories of citizens who have some information about the criminal act committed and the offender, therefore the persons from criminal environment have specific contacts and relations with police officers in the criminal police. Most often, these persons are so called informants with whom police officers keep professional contacts in order to gather direct insight into the criminal environment, or keep contacts with other persons who willingly provide police officers with the specific information.[16]

The tactics and the methods of gathering information must be adapted to the general and specific characteristics of the persons gathering the information.

The information interview should be done by an experienced officer with a vast knowledge in criminal tactics and in the methodology of the specific types of criminal acts. The officer is expected to have a thorough knowledge in psychology of various categories of people, to have social intelligence (which means to be patient in treating the person being interviewed, to be adaptable to the person being interviewed, to be communicative, to think and react quickly during the interview, to have the ability to carefully listen, to think and to study the person's reactions at the same time).[17]

---

[15] V. Krivokapić, ibid 133.

[16] More in: Tatjana Lukić, *Posebnosti krivičnog postupka za organizovani kriminal, terorizam i korupciju*, Novi Sad 2008, 174-198.

[17] B. Simonović, ibid 123.

While gathering information from the citizens, the police can not conduct the hearing of the citizens ad being suspects or experts, unless special conditions for Hearing the suspect are fulfilled, in which case the police is allowed to conduct the hearing of the suspect by the provisions of the Law on hearing the suspect (Provision 289, Law on Criminal Procedure).

In uncovering criminal acts, many other non-evidence criminal-tactical measures and actions are also taken. These comprise using various records, video surveillance records, or measures like inspection of the premises and the persons, so called riots, but also the measures of criminal techniques like taking traces of papillary lines or DNA samples. Polygraph examination is also carried out in police investigations concerning the circumstances of the criminal act of robbery and its resolving. This operative activity performed by police officers is prescribed as a specific type of police measures and actions (Provision 57, Law on police). The required precondition of the polygraph examination is the willful acceptance of the examination on the part of the person being examined; the person examined is asked to submit their free will consent in written form. Polygraph examination can not be undertaken on persons who are under the influence of alcohol, drugs or other psychoactive substances, on persons with severe heart diseases or respiratory distress, on persons who are under stress; on persons who are sedated; on persons exhibiting visible signs of mental illness, temporary psychic alienation or on persons exhibiting other forms of illnesses that prevent interrogation; on persons experiencing intensive physical pain; on pregnant or nursing women; on persons under the age of 14 (Provision 57, paragraph 4, items 1-8 Law on Criminal Procedure). Minors can be tested on the polygraph only with their personal consent and under the presence of their parent, guardian or an adult person of discretion. The person of discretion may be the person who is close to the minor in various terms, mainly persons taking part in the process of education or socialization of minors (teachers, employees of the Social welfare center, educators in the field of sport etc.).

In criminal procession, polygraph may be used as a technical aid in order to quickly and a relatively reliable way eliminate innocent persons from the range of suspects. In this way, the operative activity is focused on the probable offender, on obtaining information from him/her and on finding material carriers of evidence information.[18]

The significance of polygraph testing is in gathering information about the possible offender of the criminal act, about unclosing specific important circumstances in performing or directing the course of the criminal procession. Moreover, it can help in possible exclusion (elimination) of a specific person from the range of suspects, especially in cases when polygraph testing results are in accordance with other gathered information in the criminal investigation.

[18] Ibid, 126.

When taking operative, informal measures and actions in preliminary procedure, the police needs to bear in mind the law stated role of public attorney. Apart from the significantly important duties of prosecuting the criminal offender in the criminal proceedings, public attorney is also in charge of the preliminary procedure (Provision 43, paragraph 2, item 1 of Law on Criminal Procedure). In this way, public attorney may allow the police to take specific measures or actions or may take these by himself/herself, although the criminal practice normally exhibits a consensus between public attorney and the police in terms of taking operating actions.

2. EVIDENCE PROCEDURES BY THE POLICE

The police employs evidence facts in criminal procedures when unclosing criminal acts and finding offenders. There are evidence procedures which, by the principle of urgency in acting, the police may independently take as being given the approval or as being permitted by the other authority in the procedure.[19] The police may entrust the evidence facts to the public attorney (Provision 299, paragraph 4, Law on Criminal Procedure) even after the investigation has begun, as stated by the Law.

The crime scene investigation, by rule, represents the first evidence procedure done by the police or by another proceeding authority, which is done on the crime scene in case of the criminal act of robbery, with the goal of identifying and clarifying the relevant facts (Provisions 133-136 Law on Criminal Procedure).

While taking the crime scene investigation, it is usually various professionals that are engaged there, with the aim of finding, securing or describing the criminal act clues (Provision 133, paragraph 3 of the Law on Criminal Procedure). Of special significance are the activities done by the police officers – crime technicians who are employed in finding and fixing the clues of the criminal act. The crime scene may, therefore, provide various clues coming from the offender (biological traces, papillary lines) or from the instruments used in the robbery, such as mechanical traces of the instruments or fire arms traces. The information gathered and the clues obtained are written down in the record made according to the investigation, which is a necessary precondition in taking other evidence procedures in the criminal proceedings, like expertise of the found and the sampled criminal act clues (Provisions 113-132 of the Law on Criminal Procedure).

Material clues found at the crime scene are subject to particular expertise and may therefore be used as material evidence, as well as the objects that have

[19] More in: G.P. Ilić, et al. ibid 759-760.

been robbed, but found and taken from the offender during the investigation process of searching the premises.[20]

Police officers – crime technicians employ the specific crime-technical procedure in identifying the persons (offenders) on the basis of the detected and lifted papillary line traces, which is specifically discussed and given opinion of, and which may be used in the criminal proceeding as a separate evidence. The rule is that such a technique of expertise is done by the persons with the proper knowledge in crime technique; their findings and their opinion (expertise) may be used as material evidence in the criminal procedure.

Taking the first evidence action in criminal investigations is particularly important in the criminal proceedings, as from the day of taking the first evidence action by the police or by the public attorney there is a 30 day period within which the attorney needs to decide on launching (or not launching) the investigation, or the criminal proceeding (Provision 296, paragraph 2 of the Law on Criminal Procedure).

Criminal police, when processing a crime, particularly felonies such as robbery, traditionally takes evidence actions regarding **Temporary seizure of objects** acquired by the felony or of objects used in the criminal act (Provisions 147-151 of the Law on Criminal Procedure). In order to find the suspect, the clues or the objects related to the criminal act, police officers may conduct **Search** as the evidence action (Provisions 152-160 of the Law on Criminal Procedure).

The Search procedure may be done on the basis of the court order, and on the well grounded opinion of the public attorney (Provision 155 of the Law on Criminal Procedure) or without the order (Provision 158 of the Law on Criminal Procedure) in case there are urgent conditions as stated by the law (agreement of the tenant to search the flat and other premises, in case there are calls for help, in case of the direct arrest of the offender, in case of enforcing the court order on confinement or bringing the suspect and in case of removing the direct and serious threat to the people or the assets).

Criminal procession of the committed criminal act of robbery and the aforementioned evidence acts may be preceded by operating-tactical measures of inspecting persons or objects, applied directly upon the committed criminal act with the goal of tracking down the offenders and finding the objects and means of the criminal act. In cases when the inspection of persons or premises results in finding the objects or means of the criminal act, evidence action of temporary seizure of objects and (or) the evidence action of searching will be taken.

When the police is in charge of obtaining and securing the evidence, the prescribed authority of **examination of the suspect** is of particular significance (Provision 289 of the Law on Criminal Procedure). When gathering the information from the persons which are under reasonable doubts of being the offenders (in the

[20] Mićo Bošković, *Kriminalistička metodika*, Beograd 2005, 149.

criminal act of robbery) or from the citizen who, during the process of gathering information, is found to be the suspect, the police officers may conduct the examination of such suspects as stated by the provisions of the Law on Criminal Procedure and the Examination of the Suspect.[21]

In case the suspect expresses willingness to give evidence in the attendance of the defender, the record on examination has the power of evidence and may be used as evidence in the criminal proceeding.

The efficacy of implementing this action depends on the quality of the preliminary operating findings and on the degree of resolving the state of facts regarding criminal aspects.

In case the required necessary information about the criminal act and the offender has been gathered, and other operating-tactical (and evidence) measures and actions have been taken, all providing a grounded version of the committed criminal act and the offender, the examination of the suspect will provide the main goal of this action in obtaining evidence.

When gathering evidence for qualified forms of robbery as stated in Provision 206, paragraph 2 (in case the act of the first paragraph has been committed by a group, or a grievous bodily harm with intent has been done to a person or in case the value of the robbed assets exceeds one million and five hundred thousand dinars) and in paragraph 3 (in case the criminal act has been done by an organized criminal group) of the Criminal Law, police officers, acting upon the court order brought on the basis of the public attorney's detailed motion, may employ **Specific evidence actions** (Provisions 161-180 of the Law on Criminal Procedure). The conditions and restrictions of employing specific evidence actions, and the manner of employing them, are stated by the law. It concerns specific measures that impend to some extent the rights of privacy guaranteed by the Constitution; they are therefore restrictively employed only when the acts of felony have been committed and when other methods can not achieve the results of the criminal procedure.[22]

CONCLUSION

The criminal act of robbery is a felony in the filed of property crime, with elements of physical violence, both in the method of committing the crime using force and threat and in the consequences to the property and other rights on the part of the victim of the criminal act.

[21] The authority in charge needs to introduce the specific rights of the defendant to the defendant prior to the first hearing at the court; the rights are prescribed by Provision 68, paragraph 1, items 2-4 and item 6, while the regulations for hearing the defendant are prescribed by Provisions 85-90 of the Law on Criminal Procedure.

[22] More in: Tanja Bugarski, Posebne dokazne radnje, Novi Sad 204, 23-31

While searching and investigating felonies like robbery, while searching for the offender, gathering and securing the evidence, criminal police in charge of suppression of crime employs a wide range of operative-tactical and evidence measures and actions.

The general legal framework regarding police activities in suppression of crime is defined by the Law on Criminal Procedure and by the Law on Police. There are also prescribed operative, informal measures and actions that do not result in directly obtaining evidence; still, there are evidence actions that police officers take when it is necessary to act urgently in obtaining evidence. In case the evidence actions are taken in the prescribed processing form and by the law, the evidence obtained may be used in the criminal proceedings.

The tactics and the methodology of criminal actions is conditioned by the methods of criminalistics as a science, of the experiences in good criminalistic practice and of the conditions and the weight of the committed criminal act.

With the aim of efficiently resolving felonies, criminal acts such as robbery, it is necessary to simultaneously implement a wide specter not only of operating but also of evidence measures and actions.

Operating and evidence actions taken by the police represent a unique whole, both in the field of the goals set in resolving the circumstances of committed crimes, and through criminalistic practice in searching for the offenders, objects, clues and evidence that may be of use in the criminal procedure.

When taking operating and evidence measures, criminal procession may define the logical relation between these two types of police procedure, as the efficient implementation of one type of actions depends on taking the other type of measures and actions, and in some cases evidence actions follow directly from operating measures and actions.

The goal of taking examination measures towards the suspect may be obtained only if other operative measures and actions have been taken before, regarding all the conditions of the committed criminal act, while operating actions, such as inspection of persons or premises, taken immediately upon committing the crime and on the principle of urgency, directly implement evidence procedures of temporary seizure of objects and search of premises.

Operating and evidence actions taken by the police during preliminary investigation, regardless of their different legal nature, or due to their different legal nature, represent a compatible whole in achieving the main goals of both the preliminary and the criminal procedure in obtaining evidence and bringing the offenders to justice.

REFERENCES

Bernasco Wim, Block Richard, „*When Offenders Choose to Attack: A Discrete Choice Model of Robberies in Chicago "Criminology*, 47/2009.

Bošković, Mićo, *Kriminalistička metodika*, Beograd 2005.

Bošković, Milo; Marković, Miloš, *Kriminologija sa elementima viktimologije*, Novi Sad 2015.

Bugarski, Tanja, *Posebne dokazne radnje*, Novi Sad 2014.

Goran P. Ilić; Majić, Miodrag, Beljanski, Slobodan, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Edicija komentari, Službeni glasnik, Beograd 2018.

Zakonik o krivičnom postupku („*Sl. Glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014*).

Zakon o policiji („*Sl. Glasnik RS", br. 6/2016, 24/2018 i 87/2018*).

Krivični zakonik („*Sl. Glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 u 35/2019*).

Krivokapić, Vladimir, *Uvod u kriminalistiku*, Beograd 2008.

Lukić, Tatjana, *Posebnosti krivičnog postupka za organizovani kriminal, terorizam i korupciju*, Novi Sad 2008.

Simonović, Branislav, *Kriminalistika*, treće dopunjeno i izmenjeno izdanje, Kragujevac 2004.

Stojanović, Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd 2012.

Warren J. Sonne, *Criminal Investigation for the Professional Investigator*, Boca Raton 2006.

Willan Matthews, *Armed Robbery*, Devon: Willan Publishing 2002.

Саша Н. Дмитрашиновић, студент докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
sadmiso65@gmail.com

Оперативне и доказне радње полиције у расветљавању кривичног дела разбојништва у Републици Србији

Сажетак: *Кривично дело разбојништва сложено је кривично дело из области имовинског криминалитета са елементима насиља, прописано у Републици Србији чланом 206. Кривичног законика. Динамика и фреквенција појавних облика овог кривичног дела у свакодневном животу, али и обим и интензитет последица, доприносе константној актуелности истраживања и потреби исцрпније спознаје овог феномена. Стога фокус нашег истраживања усмерен је на когницију стања и тенденција, као и конкретних мера у области супротстављања кривичном делу разбојништва. Конкретно у раду се доминантно разматра оперативни рад полиције, у примени оперативних и доказних радњи, у криминалистичким обрадама на расветљавању овог кривичног дела. Посебан фокус усмерен је на компаративну анализу оперативних и доказних радњи, те њихову међузависност у ефикасном расветљавању кривичних дела и прикупљању доказа.*

Кључне речи: *разбојништво, оперативне радње полиције, доказне радње, криминалистичка обрада.*

Датум пријема рада: 14.01.2020.

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 Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ђорић,
доц. др Марко Кнежевић, доц. др Цвјетана Цвјетковић Иветић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић, др Сандра Самарџић,
др Иван Милић, др Ратко Радошевић, Милица Ковачевић, мр Радмила Дабановић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“, Петроварадин
Тираж: 100 примерака

2020