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 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

LV 1 (2021)

НОВИ САД, 2021.

ЗРПФНС, година LV Нови Сад, бр. 1 (2021)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

# САДРЖАЈ

*Драган Л. Милков*
*Ратко С. Радошевић*
Незаконити управни акти . . . . . 1

*Гордана Б. Ковачек Станић*
*Сандра О. Самарџић*
Да ли (породично) право штити породицу? . . . . . 25

*Љубомир С. Стајић*
*Горан Ј. Мандић*
*Ненад П. Радивојевић*
Приватна безбедност и јединствен систем прекограничног (обезбеђења) транспорта новца између земаља чланица еврозоне . . . . . 47

*Душан Ж. Николић*
*Слобода Д. Мидоровић*
Развој посебних својинскоправних режима . . . . . 67

*Раденка М. Цветић*
Право етажних власника на земљишту на коме се зграда налази у контексту претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту . . 93

*Слободан П. Орловић*
*Наташа Н. Рајић*
Консултације централних и локалних органа у области финансија у Србији . 113

*Маша М. Кулаузов*
Незаконито потомство у Црној Гори у освит XX века . . . . . 129

*Јелена Ђ. Видић Трнинић*
Опозив и судско стављање завештања ван снаге према закону о наслеђивању Србије уз осврт на остала савремена европска права . . . . . 143

*Петар М. Ђундић*
Критеријум контроле и право правног лица да се јави као тужилац у арбитражи под окриљем ИКСИД . . . . . 161

*Бојан Н. Тубић*
*Сшефан Н. Радојчић*
Актуелна питања и тенденције развоја заштите животне средине у праву Европске уније . . . . . 185

*Бојан П. Урдаревић*
Рад на даљину као специфичан начин организације рада . . . . . 205

*Милан М. Рапајић*
Први министар (премијер) Пете француске Републике – између значајног уставног положаја и преовлађујуће праксе у сенци шефа државе . . . . . 223

*Иван Д. Милић*
Поводом измена и допуна закона о заштити становништва од заразних болести (шта ново доноси тзв. корона закон) . . . . . 253

*Биљана Ж. Гавриловић*
Правноисторијски поглед на заштиту земљорадничког минимума у српском праву . . . . . 273

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

*Аштила З. Бадо*
Покушаји централизације у процесу трансформације мађарског система локалне самоуправе . . . . . 295

*Адам А. Риксер*
Наука управног права и наука о управи као популарне науке у Мађарској . . . 313

*Маше И. Мохаи*
Уговор о оснивању привредног друштва у светлу одредаба о уговорима мађарског Грађанског законика . . . . . 335

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

*Милан М. Кошић*
Престанак радног односа на иницијативу послодавца . . . . . 363

ПРИКАЗИ

*Дарко З. Симовић*
Приказ монографије „Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине”, аутора проф. др Горана Марковића . . . . . 387

*Цвјешана М. Цвјешковић Ивешић*
Michal Radvan: „Czech Tax Law” . . . . . 391

Одлука уредника . . . . . 393

# TABLE OF CONTENTS

*Dragan L. Milkov*
*Ratko S. Radošević*
Rechtswidrige Verwaltungsakte . . . . . 1

*Gordana B. Kovaček Stanić*
*Sandra O. Samardžić*
Does (Family) Law Protect Family? . . . . . 25

*Ljubomir S. Stajić*
*Goran J. Mandić*
*Nenad P. Radivojević*
The Private Security and the Uniform System of Cross-Border (Security) of Transport of Cash between Euro-area Member States . . . . . 47

*Dušan Ž. Nikolić*
*Sloboda D. Midorović*
Development of Special Property Rights Regimes . . . . . 67

*Radenka M. Cvetić*
Right of Apartment/Condominium Owners on the Land on which the Building is Located in the Context of Conversion of the Right of Use into the Right of Ownership on the Construction Land . . . . . 93

*Slobodan P. Orlović*
*Nataša N. Rajić*
Consultation between Central and Local Authorities in Financial Matters in Serbia . 113

*Maša M. Kulauzov*
Illegitimate Offspring in Montenegro at the Beginning of the 20th Century . . . . . 129

*Jelena Đ. Vidić Trninić*
Revocation of Will and Judicial Proceedings for Declaring a Will Ineffective Under the Law on Inheritance of Serbia With Reference to Other Contemporary European Legal Systems . . . . . 143

*Petar M. Đundić*
Criterion of Control and the Right of Standing of a Juridical Person in ICSID Arbitration . . . . . 161

*Bojan N. Tubić*
*Stefan N. Radojčić*
Current Issues and Development Tendencies of the Right to a Healthy Environment in the EU Law . . . . . 185

*Bojan P. Urdarević*
Teleworking: a New Method for Organizing Work . . . . . 205

*Milan M. Rapajić*
First Minister (Prime Minister) of the Fifth French Republic – Between the Significant Constitutional Position and the Prevailing Practice in the Shadow of the Head of State . . . . . 223

*Ivan D. Milić*
On the Changes and Ammendments to the Law on Protection of the Population from Contagious Diseases (What Novelties does the so-called Corona Law Bring) . . . . . 253

*Biljana Ž. Gavrilović*
Legal – Historical Overview of the Protection of Homestead (Farmer'S Minimum) in Serbian Law . . . . . 273

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

*Attila Z. Badó*
Centralization Efforts in the Transformation of the Hungarian Local Government System . . . . . 295

*Adam A. Rixer*
Administrative Jurisprudence as a Popular Science in Hungary . . . . . 313

*Máté I. Mohai*
The Memorandum of Association in the Light of the Provisions on Contracts of the Hungarian Civil Code . . . . . 335

SECTION FOR STUDENTS

*Milan M. Kostić*
A Termination of Employment by Being Dismissed by an Employer. . . . . 363

BOOK REVIEW

*Darko Z. Simović*
Prikaz monografije „Ustavni lavirint – aporije ustavnog sistema Bosne i Hercegovine", autora prof. dr Gorana Markovića . . . . . 387

*Cvjetana M. Cvjetković Ivetić*
Michal Radvan: „Czech Tax Law" . . . . . 391

Editor's decision . . . . . 393

Оригинални научни рад 35.077.6:340.134
doi:10.5937/zrpfns55-31519

*Драган Л. Милков*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*d.milkov@pf.uns.ac.rs*

*Ратко С. Радошевић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

# НЕЗАКОНИТИ УПРАВНИ АКТИ*

***Сажетак:*** *У домаћој науци управног права, по угледу на немачку и аустријску, незаконити управни акти традиционално се деле на ништаве и рушљиве. Подела, међутим, открива многе нелогичности. Основни проблем произлази из питања да ли ништави управни акти имају правно дејство, на које аутори одговарају противречно. Разлог је једноставан: своје ставове не заснивају у довољној мери на важећем праву. Исувише се ослањају на истоимену грађанскоправну поделу правних послова, која није примерена управном праву и правној природи управног акта. С обзиром на то да у нашем праву ништави управни акти имају правно дејство, подела губи свој изворни, грађанскоправни смисао. Без њега, она више ни нема смисла – више је штетна него корисна. Из важећег права основано може да се изведе само једна специфична категорија управних аката, условно названих ништавим. То су управни акти са најтежим повредама закона, због којих могу увек да се уклоне из правног поретка. Покушај да се насправ њих поставе сви остали управни акти, названи рушљивим, није логички исправан и не може доследно да се спроведе ни по једном критеријуму – нарочито не по оном грађанскоправном.*

***Кључне речи:*** *законитост управе, незаконити управни акти, ништави управни акти, рушљиви управни акти, ништавост, рушљивост.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови" за 2020. годину.

## 1. УВОД

У складу са начелом законитости управе, заснованост на закону представља једно од обележја управног акта. Доношењем управног акта примењује се закон у појединачним ситуацијама. Свака грешка у примени закона доводи до незаконитости управног акта, али не у подједнакој мери.

О тој мери правна теорија већ традиционално води рачуна и дели управне акте на ништаве и рушљиве. Ништави би требало да садрже теже повреде закона, а рушљиви лакше. На следећем кораку, правна теорија покушава да из тежине незаконитости извуче њихов различит утицај на правно дејство управног акта, али у том настојању наилази на озбиљне препреке и противречности.

Проблем настаје из тога што се наука управног права при дефинисању ових појмова исувише ослања на грађанско право. На управне акте преносе се грађанскоправни појмови ништавости и рушљивости, априорно прихваћени, иако то није увек у складу са важећим правом. Није у складу ни са правном природом управног акта, битно другачијом од оне грађанскоправних послова, о чему се такође не води довољно рачуна.

Кључна теза је следећа: појмови ништавости и рушљивости не могу дословно да се пренесу из грађанског права у управно. Подела примерена грађанскоправним пословима није примерена управним актима. Издвајање управних аката са најтежим недостацима, условно названих ништавим, има сасвим други и специфичан смисао, а преузета подела само га скрива и доводи нас у заблуду. Тако је, нажалост, утицала и на нашег законодавца, онда када је мењао правила о ванредним правним средствима у управном поступку.

## 2. УПРАВНИ АКТ И ЗАКОН: ЗАСНОВАНОСТ НА ЗАКОНУ КАО ОБЕЛЕЖЈЕ УПРАВНОГ АКТА

Стварање правне државе пратила је правна институционализација управе – подвођење управе под правни поредак.[1] У правној држави управа је ограничена правом, а не, као до тада, сопственом проценом онога што је корисно и препоручљиво.[2] Након правне институционализације, уместо своје воље, управа почиње да спроводи законе: начело законитости постаје основно начело вршења управне делатности.

---

[1] Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020, 25. „Држава која за своју управу нема закон и која нема управни акт, није правна држава." (Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Erster Band, Leipzig 1895, 66)

[2] O. Mayer, 39.

Начелна везаност управе законом простире се и на управне акте. Заснованост на закону једно је од обележја управног акта. Зато се уобичајено и говори о томе да се управним актом извршава закон у појединачним ситуацијама. Доношењем управног акта, тачније речено, закон се примењује.[3] У управним стварима, применом закона и доношењем управног акта прецизирају се права и обавезе појединаца.[4]

Сажето посматрано, заснованост на закону састоји се у томе што управном акту претходи општа правна норма, која се конкретизује у појединачном случају.[5] Опште правне норме унапред опредељују садржину управног акта и уређују поступак његовог доношења. На доношење управног акта управу овлашћује закон: доношење управног акта израз је законом дате надлежности.

Из закона се изводе сва овлашћења управе, чак и она најшира – дискрециона. И дискрециони управни акти морају да се заснивају на закону. Сваки дискрециони управни акт има и правно везане делове, како оне специфичне тако и оне заједничке за све управне акте. Законом директно није опредељен једино правно слободни део дискреционог управног акта. У односу на избор између понуђених опција за решавање одређене управне ствари више не говоримо о законитости управног акта; говоримо о његовој целисходности и о избору оне опције која, у конкретном случају, највише одговара јавном интересу.[6]

## 3. ПОВРЕДЕ ЗАКОНА ПРИЛИКОМ ДОНОШЕЊА УПРАВНИХ АКАТА

Законитост управног акта цени се према моменту његовог доношења и тада постојећим околностима. Повреде закона могу да захвате управни акт у целини, а могу и делимично, у појединим елементима, без којих управни акт и даље има способност да опстане у правном поретку. Управни акт може да буде незаконит у више различитих погледа, али је логично да веће и крупније грешке засењују оне ситније.[7]

Приликом доношења управног акта могуће су две основне грешке. С обзиром на то да су управни акти везани законом и у процесном и у садржинском

[3] Драган Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Београд 1983, 155-157.

[4] „Већина права и обавеза јавноправног карактера поприма чврст облик тек изјавом воље органа управе. Између закона и поданика умеће се управни акт органа управе. Права и обавезе не заснивају се стога непосредно на закону, него да том управном акту." (Fritz Fleiner, *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1913, 174)

[5] Д. Милков (1983), 157-159.

[6] Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018, 161.

[7] *Ibid.*, 183.

смислу речи, све повреде закона могу да се сведу на два основна типа – формалноправне и материјалноправне. Мало прецизније гледано, незаконитост обухвата грешке у правно везаним деловима управног акта: надлежности, спровођењу поступка, утврђивању чињеничног стања или примени материјалног права.

До незаконитости управног акта, најпре, доводи повреда правила о надлежности доносиоца и поступку доношења.[8] Повреда може да се односи како на стварну тако и на месну надлежност. Понекад се о ненадлежности говори и онда када управни акт донесе неовлашћено службено лице, иако би у том случају, подједнако основано, могло да се говори и о повреди процесноправног карактера. У основи, за сваки облик ненадлежности могло би да се каже да спада у процесноправне повреде – оне које произлазе из погрешно спроведеног управног поступка, општег или посебног, укључујући ту и оне грешке које се односе на форму управног акта.

Процесноправне грешке нису увек релевантне и не утичу увек на садржину управног акта. Упркос грешкама у спроведеном поступку, управни акт може да буде у складу са материјалним правом.[9] Битне су, стога, само оне процесноправне повреде које утичу на садржину управног акта; остале су небитне.[10] Употребљена терминологија првенствено је теоријска, али за саму поделу основа постоји и у важећем праву.[11] Битне процесноправне повреде нису одређене унапред, на апсолутан начин, бар не када је у питању редовна могућност побијања управног акта. Одређене су на релативан начин, тако да свака процесноправна грешка може да буде битна, у зависности од тога да ли утиче на донету одлуку.[12]

---

[8] „Решење може да се побија: [...] због тога што га је донео ненадлежни орган; [...] због повреде правила поступка". (Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење – ЗУП, чл. 158, тач. 2 и 5) „Управни акт може се побијати тужбом у управном спору због незаконитости, и то ако: [...] је акт донео ненадлежни орган; [...] у поступку доношења акта није поступљено по правилима поступка". (Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009 – ЗУС, чл. 24, ст. 1, тач. 2 и 3)

[9] „Формалноправно незаконит управни акт не мора да буде незаконит и материјалноправно. Упркос грешкама у поступку доношења, могуће је да исход управног акта буде усклађен са материјалним правом." (Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 280)

[10] Ратко Марковић, *Управно право: општи део*, Београд 2002, 109.

[11] На ову поделу упућују одредбе о жалби у управном поступку. Жалба се одбија ако је „у првостепеном поступку било недостатака који нису утицали на законитост и правилност побијаног решења". (ЗУП, чл. 170, ст. 1, тач. 2) Подела, нажалост, није спроведена сасвим доследно, с обзиром на то да у Закону о управним споровима није прописан сличан разлог за одбијање тужбе.

[12] Неке од процесноправних грешака посебно се издвајају као правно релевантне и битне тек у оквиру ванредних правних средстава у управном поступку. Разликовање апсолутно и релативно битних повреда процесних правила није ни карактеристично за теорију

Законитог одлучивања нема без законите подлоге – тачно и потпуно утврђеног чињеничног стања. Погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање представља повреду закона, а то важи и за извођење неправилног закључка о чињеничном стању из иначе тачно и потпуно утврђених чињеница.[13] Погрешно утврђене чињенице последица су погрешног става о њиховом постојању, а непотпуно утврђено чињенично стање последица је погрешног става о њиховој правној релевантности.[14] У првом случају, чињенице јесу утврђене, али нетачно; у другом случају, чињенице нису ни утврђиване, иако су правно релевантне.

На чињенична питања логички се надовезују правна. Повреда материјалног права директно погађа садржину управног акта – то је незаконитост у његовој суштини.[15] До повреде материјалноправног прописа може да дође или зато што он није примењен уопште, или зато што није примењен на правилан начин.[16] То што материјалноправни пропис није уопште примењен обично долази као последица погрешног схватања о његовом временском важењу; погрешно, наравно, може да буде и схватање о правној природи конкретног правног односа, те о правном режиму који за њега треба да важи. С друге стране, неправилна примена тиче се тумачења и разумевања смисла материјалноправног прописа: да је он примењен правилно, одлука садржана у управном акту гласила би другачије.[17]

Наведене повреде закона заједничке су за све управне акте. Дискрециони управни акти, међутим, могу да буду незаконити и зато што садрже грешку у неком од специфичних правно везаних делова. У њих спадају овлашћење на вршење дискреционе оцене, границе тог овлашћења и циљ у којем се оно врши.[18] Када прекорачи границе датог овлашћења или га врши у неком другом циљу, а не оном прописаном, доносилац управног акта зло-

управног права, али јесте за теорију грађанског процесног права. (Вид. Siniša Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1983, 533; Borivoje Poznić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1991, 255-257)

[13] „Решење може да се побија: [...] због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања; [...] због тога што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак о чињеничном стању". (ЗУП, чл. 158, тач. 3 и 4) „Управни акт може се побијати тужбом у управном спору због незаконитости, и то ако: [...] је чињенично стање непотпуно или нетачно утврђено или ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања". (ЗУС, чл. 24, ст. 1, тач. 4)

[14] S. Triva, 535.

[15] Р. Марковић, 110.

[16] „Решење може да се побија: [...] због тога што у њему није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт". (ЗУП, чл. 158, тач. 1) „Управни акт може се побијати тужбом у управном спору због незаконитости, и то ако: [...] у акту није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт". (ЗУС, чл. 24, ст. 1, тач. 1)

[17] Драган Милков, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019, 80-81.

[18] Р. Радошевић, 161.

употребљава власт и одлучује незаконито.[19] Одлука донета унутар прописаних граница, насупрот томе, није незаконита; у случају грешке, она је нецелисходна. И нецелисходним управним актима, додуше, вређа се закон, али не директно, него посредно, кроз повреду законом заштићеног јавног интереса.[20]

## 4. КЛАСИФИКАЦИЈА НЕЗАКОНИТИХ УПРАВНИХ АКАТА: НИШТАВИ И РУШЉИВИ УПРАВНИ АКТИ

Унутар типски различито опредељених повреда закона може да се уочи и одређена градација. Полазећи од тежине недостатака, правна теорија настоји да разврста управне акте на две основне категорије – на ништаве и рушљиве. Ништави би били они управни акти који садрже недостатке тежег карактера, док би се рушљивима сматрали они чија незаконитост има лакши облик.[21]

О томе шта је тежа, а шта лакша повреда закона, правна теорија није успела да заузме јединствен и једнообразан став: понекад се ништавост управног акта посматра уже, а понекад шире. Грешке ништавости можда јесу веће, значајније и лакше уочљиве, како је писао Лазо Костић.[22] То, међутим, није поуздан критеријум; поуздано је једино оно разграничење које произлази из закона. Теже повреде обично се посебно издвајају и таксативно нормирају као грешке које за собом повлаче ништавост управног акта. Ништавост је законом изричито нормиран изузетак, а рушљивост правило и претпоставка, намењена свим осталим грешкама.[23]

Оптерећени најтежим повредама закона, ништави управни акти не могу накнадно да се оснаже. Ништави управни акти могу увек да се уклоне из правног поретка, без обзира на рок.[24] Они никада ни не постају истински правноснажни;[25] код њих нема конвалидације;[26] њихови недостаци не могу

---

[19] „Решење може да се побија: [...] због тога што су прекорачене границе овлашћења при одлучивању по слободној оцени или због тога што решење није донето сагласно циљу због кога је то овлашћење дато". (ЗУП, чл. 158, тач. 6) „Управни акт може се побијати тужбом у управном спору због незаконитости, и то ако: [...] је у акту који је донет по слободној оцени, орган прекорачио границе законског овлашћења или ако такав акт није донет у складу са циљем у којем је овлашћење дато". (ЗУС, чл. 24, ст. 1, тач. 5)

[20] „За разлику од незаконитих управних аката, којима се непосредно повређују правни прописи, нецелисходним управним актима то се чини посредно, повредом јавног интереса који је заштићен правним поретком." (Р. Марковић, 278)

[21] Pavle Dimitrijević, *Osnovi upravnog prava*, Beograd 1983, 252.

[22] Лазо М. Костић, *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд 2000, 508.

[23] Р. Радошевић, 185.

[24] Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 56.

[25] Slavoljub Popović, *Upravno pravo: opšti deo*, Beograd 1982, 384.

[26] Ivo Krbek, *Upravni akt*, Zagreb 1957, 73.

да се санирају.[27] Из правног поретка уклањају се уназад, са свим правним последицама, *ex tunc*, а ситуација се враћа у пређашње стање, као да никада нису ни постојали.[28]

О пуноважности и правном дејству ништавих управних аката мишљење правне теорије није сасвим логично и доследно изведено. Често се указује на то да ништави управни акти нису важећи, да немају правно дејство и да не производе правне последице.[29] Ништавост се стога само констатује, одлуком декларативног карактера.[30] Констатација ништавости је, међутим, нужна, због претпоставке пуноважности управног акта.[31] То би значило да ништави управни акти ипак могу да остварују правно дејство, све док се њихови недостаци не утврде.[32] Док се то не деси, странка треба да поступа и по ништавом управном акту.[33] Или је то тако барем у пракси, саопштава нам Никола Стјепановић, иако би формално-логички произлазило да ништави управни акти не везују ни појединца ни орган управе.[34]

Код рушљивих управних аката правна теорија нема дилему: они производе правно дејство, све док се не уклоне из правног поретка.[35] С обзиром на то да садрже лакше повреде закона, рушљиви управни акти могу да се уклоне из правног поретка у ограниченом временском периоду.[36] Уклањају се из правног поретка уназад, *ex tunc*, или само за убудуће, *ex nunc*: они се, у прописаном року, поништавају или укидају.[37] Након истека тог рока, долази до конвалидације;[38] њихови недостаци се санирају;[39] самим тим, они могу да постану правноснажни.[40]

---

[27] Л. М. Костић, 508.

[28] S. Popović, 384; Р. Марковић, 276.

[29] Никола Стјепановић, *Административно право ФНРЈ: општи део*, Београд 1954, 388. Ivo Borković, „Ništavi upravni akti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, XIV, 1977, 15; I. Krbek (1957), 73.

[30] Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2010, 124; Л. М. Костић, 512; I. Krbek (1957), 73; Н. Стјепановић, 388.

[31] P. Dimitrijević, 254.

[32] Л. М. Костић, 508.

[33] S. Popović, 384.

[34] Н. Стјепановић, 388.

[35] I. Krbek (1957), 74; P. Dimitrijević, 253; Н. Стјепановић, 388; S. Popović, 384; Р. Марковић, 271.

[36] Л. М. Костић, 508; Z. R. Tomić (2010), 123.

[37] I. Krbek (1957), 74.

[38] P. Dimitrijević, 252.

[39] „Њихове грешке не могу се више истицати, оне су протеком времена ишчезле; акт који је услед тих грешака трпео и био мањив ослободио се њих, он је оздравио или конвалесцирао, он је саниран. Мане које је акт имао биле су излечиве и време их је заиста излечило." (Л. М. Костић, 510)

[40] I. Krbek (1957), 74; S. Popović, 384; Р. Марковић, 272; Z. R. Tomić (2010), 123.

Своју постојаност и опстанак у правном поретку, упркос незаконитости, рушљиви управни акти дугују начелу правне сигурности. Код лакших недостатака, након одређеног периода, правна сигурност добија предност у односу на начело законитости. Код ништавих управних аката обрнуто је: начело законитости не дозвољава нам да се поуздамо у њихову непроменљивост и оставља трајну могућност уклањања тако тешких недостатака из правног поретка.

Подела управних аката на ништаве и рушљиве, иако нама делује уобичајено и широко заступљено, није карактеристична за обе велике школе управног права. Карактеристична је за немачко и аустријско право, али не и за француско. У француском праву оваква разлика углавном се не повлачи.[41] У складу са логиком тамошњег учења о управном праву, последице незаконитости управног акта првенствено се посматрају у контексту управног спора.[42] Повреде закона због којих управни судови поништавају управне акте јединствена су категорија.[43] У односу на њих, разликовање између ништавих и рушљивих управних аката нема нарочитог смисла.

Оне очите и најтеже грешке ипак нису остале непримећене ни у француском праву. Напротив, оне доводе до издвајања једне посебне категорије управних аката – названих непостојећим. За њих Државни савет чак ни не говори да су незаконити – једноставно констатује да су изван права и без икаквог правног ефекта.[44] И док незаконити управни акти могу да се пониште само у одређеном року, непостојање управног акта може да се констатује у сваком тренутку.[45]

Стиче се утисак да је појам непостојећих управних аката противречан.[46] Тешко је под посебну категорију управних аката подводити нешто што уопште ни не представља управни акт. Уколико њихово издвајање има неког смисла у француском праву, оно је непотребно у оним правима у којима већ постоји деоба на ништаве и рушљиве управне акте. Додавање ове треће категорије не доноси ништа ново – доноси само додатну конфузију и различите покушаје да се између њих повуче јасна граница. Како би се она повукла,

---

[41] Р. Радошевић, 184.

[42] I. Krbek (1957), 72.

[43] Француски управни судови поништавају управни акт (*l'annulation*). Када треба да постигну исти ефекат, органи управе повлаче управни акт (*le retrait*). Када пак желе да управни акт буде само укинут, они га опозивају (*l'abrogation*), како би вршење управне делатности прилагодили општем интересу. (Jacqueline Morand-Deviller, Pierre Bourdon, Florian Poulet, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux 2017, 432, 435, 437)

[44] *Ibid.*, 432.

[45] Gi Breban, *Administrativno pravo Francuske* (prevela Katarina Damjanović), Beograd-Podgorica 2002, 222-223.

[46] „Сам назив ових аката указује на извесну контрадикцију. Јер, ако се ради о акту који не постоји, онда то уопште није управни акт." (S. Popović, 384)

прибегава се спорном разликовању спрам тога који од њих постоје правно, који фактички, а који чак ни то.[47]

Уместо да се додатно усложњавају, ствари треба поједноставити. Није смисао у томе шта постоји правно, а шта фактички: смисао је томе да оно што се назива „непостојећим управним актом" није управни акт и не може да представља његову посебну категорију. Уколико је оно што се означава као „непостојећи управни акт" правно релевантно, а може да буде, онда је то нека друга правна чињеница, која доводи до неких других правних последица. Њоме се можда не заснивају управноправни односи, али могу да се заснују неки други правни односи. То што нека правна чињеница не постоји за управно право и нема обележја управног акта, не значи да је она правно неважна и да уопште нема никакву правну вредност.[48]

Остављајући по страни оно што за управно право није релевантно, враћамо се на деобу која је потекла из немачког и аустријског права. И док се у немачком праву подела на ништаве и рушљиве управне акте ослања на детаљно законско нормирање, у аустријском праву, услед недоречености законодавства, још увек има претежно теоријски карактер.

Немачким Законом о управном поступку (немачки ЗУП) грешке које доводе до ништавости управног акта (*Nichtigkeit*) уређене су на два начина – једне на општи начин, а друге изричитим набрајањем. Занимљиво је то да уз позитивно постоји и негативно набрајање: у немачком ЗУП-у не набрајају се само оне повреде које увек доводе до ништавости управног акта, него и оне које до таквог исхода не доводе никад.

Генерално посматрано, управни акт може да се сврста у ништаве уколико садржи посебно тешку грешку, која је, при разумној оцени свих окол-

---

[47] Иво Крбек пише о томе како ништави управни акти постоје фактички, али су без правне важности. Непостојећи управни акти немају ни фактичку егзистенцију. (I. Krbek [1957], 84) Зоран Томић критикује тај став и наглашава да су и непостојећи управни акти „фактичко нешто". Они, међутим, за разлику од ништавих управних аката који бар привремено правно постоје, правно не постоје ни привремено, а често ни привидно немају правно обличје. (Z. R. Tomić [2010], 213) Питање је како би се онда у тај критеријум „фактичког" и „правног" постојања управних аката уклопили они који су рушљиви и по чему би се они разликовали од ништавих управних аката.

[48] Овај став може лепо да илуструје пример грубе узурпације власти, који се често наводи као пример за непостојеће управне акте: „У Немачкој је чувен случај био једног обућара који се преобукао у официрску униформу капетанског чина, преузео команду над једним одредом војске, отишао у општину Кепеник, затворио сву општинску управу, одузео новац из касе и издао читав низ наредаба. Све те његове наредбе су правно без икаквог значаја, све оне претстављају правно непостојеће акте." (Л. М. Костић, 511) Ернст Форстхоф наглашава да се овде уопште не ради о управним актима, чак ни оним ништавим – ради се о радњама приватног лица, које могу да изазову кривичноправне последице. (Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts: Allgemeiner Teil*, München-Berlin, 1966, 221)

ности, очигледна.[49] Овом законском дефиницијом прихваћена је и иначе владајућа теорија очигледности – названа тако скраћено и не сасвим тачно, јер уз очитост грешке мора да се води рачуна и о њеној тежини. Очигледност грешке не зависи од субјективне представе странке, нити од правничког знања; она зависи од процене коју би извршио пажљив и разуман грађанин.[50]

Позитивним набрајањем разлога ништавости отклања се потреба за било каквом проценом и прецизно се издвајају неки од најтежих недостатака. Управни акт је тако ништав: онда када је издат у писаном или електронском облику, али не може да се утврди орган који га је издао; онда када је прописано да може да се изда само као исправа, али та форма није довољна; зато што га је орган издао супротно одредбама о месној надлежности – у стварима које се тичу непокретности или права, односно правних односа везаних за одређено место – а на то није био овлашћен; стога што је фактички неизвршив; онда када захтева извршење незаконите радње, којом се остварује обележје бића неког кривичног дела или прекршаја за који се изриче новчана казна; и зато што вређа добре обичаје.[51]

С друге стране, у немачком ЗУП-у су набројани случајеви повреда за које се сматра да не доводе до ништавости. Набрајање негативног карактера такође отклања потребу за проценом, али тако што спречава да се одређене грешке сврстају у најтеже, оне које акт чине ништавим. У том смислу, управни акт није ништав због тога: што постоји нека друга повреда правила о месној надлежности; што је у доношењу управног акта учествовало службено лице које је требало да буде изузето (осим ако је службено лице истовремено било и странка у поступку – тада ништавост није искључена); што у доношењу управног акта, колективно тело није одлуку донело на прописан начин или није имало потребну већину; што акт није донет уз прописано учешће другог органа.[52]

У немачком Закону о управном поступку изричито пише то да ништав управни акт није пуноважан и да нема правно дејство.[53] Ништавост управног акта органи управе могу да утврде у свако доба, по службеној дужности, или на захтев лица које има оправдан интерес.[54] Од самог почетка, ништави управни акти не обавезују и не могу да произведу жељене правне ефекте: странке не морају да их следе, органи управе не смеју да их спроводе. По

---

[49] 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, § 44, Abs. 1.

[50] H. Maurer, 275-276.

[51] VwVfG, § 44, Abs. 2 im Zusammenhang mit dem § 3, Abs. 1, Nr. 1.

[52] VwVfG, § 44, Abs. 3 im Zusammenhang mit dem § 20, Abs. 1, S. 1.

[53] VwVfG, § 43, Abs. 3.

[54] VwVfG, § 44, Abs. 5.

речима немачких аутора, странке чак не морају ни да их побијају; могу да их игноришу. Наравно, чине то на сопствени ризик, јер њихов став о ништавости управног акта не мора да се покаже као исправан. Зато је ипак сврсисходно да затраже утврђивање ништавости управног акта, а то могу да учине не само пред органима управе, него и пред управним судом.[55] Овакво немачко схватање природе ништавих аката је веома опасно. Ако би странке саме процењивале да је неки акт ништав и сматрале да по таквом акту не треба да поступају, тј. да могу да га игноришу, то би могло да води ка самовољи и да терет доказивања законитости пренесу на надлежни орган. С друге стране, ако странке погрешно процене да је неки акт ништав, могле би да се изложе негативним последицама.

За разлику од ништавости, рушљивост управних аката није посебно издвојена законска категорија. Закључивањем по принципу супротности, у посебно издвојене разлоге рушљивости можемо да сврстамо једино оне негативно набројане, који спречавају наступање ништавости. Размишљајући на сличан начин, рушљиви би били и сви они управни акти који садрже грешку која није нарочито тешка и очигледна.

Рушљиви управни акти имају правно дејство, али могу да се побијају (*Anfechtbarkeit*) и уклоне из правног поретка (*Aufhebbarkeit*). Побијање и уклањање управних аката тесно су повезани појмови, али ипак различити. О побијању се говори из угла странке, која против управног акта може да изјави приговор и поднесе тужбу у управном спору. Стављање управног акта ван снаге посматра се из угла органа управе и суда, као могућност која, бар кад су у питању органи управе, није ограничена на случајеве побијања. Органи управе могу да повуку незаконит управни акт, чак и онда када странка више не може да га побија.[56] Занимљиво је то да повлачење обавезујућих управних аката зависи од дискреционе оцене органа управе и да је могуће увек. Насупрот томе, повлачење овлашћујућих управних аката могуће је само под прописаним условима и у прописаном року.[57]

У складу са аустријским Законом о општем управном поступку, управни акти могу да се огласе ништавим: онда када их донесе ненадлежни орган, или колегијални орган који нема прописан састав; уколико могу да доведу

[55] H. Maurer, 277-279.

[56] *Ibid*., 264-265.

[57] Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 224, 235. Услови за повлачење овлашћујућих управних аката тичу се начела заштите поверења. (Вид. Драган Л. Милков, Ратко С. Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 1/2020, 9) Рок за повлачење овлашћујућих управних аката износи годину дана од сазнања за разлог повлачења. Рока нема једино онда када до повлачења долази зато што је овлашћујући управни акт странка прибавила злонамерном преваром, претњом или подмићивањем. (VwVfG, § 48, Abs. 4 im Zusammenhang mit dem Abs. 2, S. 3, Nr. 1)

до повреде кривичног закона; зато што фактички не могу да се изврше; и стога што садрже грешку која је неким посебним законом изричито означена као недостатак који изазива ништавост. Управне акте ништавим оглашава виши орган управе, искључиво по службеној дужности, вршећи своје право надзора.[58] У случају ненадлежности или непрописног састава колегијалног органа, оглашавање управног акта ништавим дозвољено је само у року од три године од његовог достављања или усменог саопштавања.[59] У осталим случајевима, рок није предвиђен.

Према владајућем схватању аустријске правне теорије, оглашавање управног акта ништавим није чисто декларативна, него конститутивна одлука.[60] Ради се, по мишљењу аустријских аутора, о одлуци којом се управни акт укида, односно ставља ван снаге за убудуће, *ex nunc*. Ова ништавост управног акта и није стога права, апсолутна ништавост. Управни акти који садрже поменуте повреде заправо ни нису неважећи, ништави – они су само једна посебна врста рушљивих управних аката.[61]

Необичне законске формулације натерале су аустријске ауторе да праву, апсолутну ништавост управног акта – ону због које он правно уопште не би могао ни да постоји – потраже ван законских норми. Признају, при томе, да је питање апсолутне ништавости управног акта спорно и подложно различитим ставовима у теорији и судској пракси. Не треба стога да нас зачуди то што у овој потрази долазе до уопштеног и непрецизног резултата: апсолутна ништавост управног акта постоји онда када је грешка толико тешка да ни доња граница испуњености минималних законских услова није достигнута. Та доња лествица, међутим, може да се постави и више и ниже, у зависности од тога како се одговори на питање супротстављености између начела законитости и начела правне сигурности.[62]

По угледу на аустријско право, управни акт је и у нашем праву дуго могао да се огласи ништавим, у складу са тада важећим Законом о општем управном поступку. Разлози ништавости управног акта били су прописани у оквиру посебно издвојеног ванредног правног средства – оглашавања решења ништавим. Односили су се на решење:

---

[58] Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, *BGBl.* Nr. 51/1991, zuletzte Änderung *BGBl.* I Nr. 58/2018 – AVG, § 68, Abs. 4. Управне акте не може да огласи ништавим сам доносилац, што значи да је ова могућност искључена у односу на управне акте највиших органа управе. (Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987, 411)

[59] AVG, § 68, Abs. 5 im Zusammenhang mit dem § 63, Abs. 5.

[60] Andreas Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen 2013, 223.

[61] L. K. Adamovich, B. C. Funk, 276; A. Glaser, 223.

[62] L. K. Adamovich, B. C. Funk, 271, 276.

„1. [К]оје је у управном поступку донесено у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се уопште не може решавати у управном поступку: 2. које би својим извршењем могло проузроковати неко дело кажњиво по кривичном закону; 3. чије извршење није могуће; 4. које је донео орган без претходног захтева странке [...], а на то странка није накнадно изричито или прећутно пристала; 5. које садржи неправилност која је по некој изричној законској одредби предвиђена као разлог ништавости."[63]

Даље од набројаних разлога, сличност са аустријским узором није ишла. Напротив, утицај ових недостатака на правно дејство управног акта код нас је био уређен битно другачије: оглашавањем решења ништавим поништавале су се и правне последице које је оно произвело – исто као и код понишавања рушљивог решења.[64] Оглашавање ништавим могло је да се учини у свако доба, по службеној дужности, али и по предлогу странке или јавног тужиоца.[65] Решење је ништавим оглашавао и другостепени орган, решавајући о изјављеној жалби.[66] Наша правна теорија закључила је да таква одлука има само декларативни карактер, иако је, супротно немачком праву, сматрала да претпоставка законитости важи и за ништаве управне акте.[67] За разлику од ништавих, рушљиви управни акти, као законом посебно неименована категорија, нису увек морали да се поништавају. Било је случајева у којима су лакше повреде закона доводиле једино до њиховог укидања.[68]

Нови Закон о општем управном поступку (ЗУП) доноси са собом промене у овој материји. Најкрупнија од њих: ни ништави управни акти више нису посебно издвојена и законски именована категорија. Међу ванредним правним средствима више нема оглашавања решења ништавим, а разлози

[63] Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010 – Претходни ЗУП, чл. 257.

[64] Претходни ЗУП, чл. 259, ст. 1.

[65] Претходни ЗУП, чл. 258, ст. 1. Занимљиво је да рок за уклањање из правног поретка директно није постојао ни код појединих разлога који нису били подведени под разлоге ништавости. То су најпре били следећи разлози за понављање поступка: „[А]ко је решење донесено на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака, или ако је дошло као последица дела кажњивог по кривичном закону; ако се решење заснива на пресуди донетој у кривичном поступку или у поступку за привредни преступ, а та пресуда је правноснажно укинута; ако се решење органа који је водио поступак заснива на неком претходном питању, а надлежни орган је то питање доцније решио битно друкчије". (Претходни ЗУП, чл. 242, ст. 4 у вези са чл. 239, тач. 2, 3 и 5) Затим је то важило и код једног од разлога за поништавање решења по основу службеног надзора: „[А]ко је решење донесено као последица принуде, изнуде, уцене, притиска или друге недозвољене радње". (Претходни ЗУП, чл. 254, ст. 4 у вези са чл. 253, ст. 1, тач. 5)

[66] Претходни ЗУП, чл. 231, ст. 1.

[67] Зоран Р. Томић, Вера Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2012, 563, 604.

[68] *Ibid.*, 612.

који су се раније подводили под њега, суштински неизмењени, унети су међу разлоге за поништавање коначног решења – уз неке нове и оне који су до сада доводили до поништавања и укидања по основу службеног надзора.[69]

Обједињене повреде закона сада прати заједничка последица – управни акт се поништава. За поједине ауторе то значи да досадашњи правни институт оглашавања решења ништавим, а ни сама ништавост управног акта, више не постоје.[70] Слично објашњење пружају нам и приређивачи новог ЗУП-а:

> „Теоријско разликовање по којем један начин уклањања има конститутивни карактер (поништавање), а други декларативни (оглашавање ништавим) јер, наводно, у потоњем случају је управни акт од почетка био ништав и никакве правне последице није могао да произведе, не налази упориште у пракси. [...] Произлази да једину разлику чини рок за уклањање управног акта."[71]

Разлика у року и даље постоји: управни акти раније изричито названи ништавим и сада могу да се уклоне из правног поретка увек, без обзира на рок.[72] О тим повредама, по службеној дужности, рачуна воде и првостепени и другостепени орган, приликом поступања по жалби.[73] У чему се онда састоји та велика промена? Суштински ни у чему – промењени су једино називи, а ни то није урађено доследно и до краја. Ништавост се више не помиње у имену овог ванредног правног средства, али се и даље помиње у оквиру прописаних разлога и упућивања на посебне законе.

Ново је у ствари само то што се раније одвојена ванредна правна средства сада вештачки спајају у једно, ради њихове наводне рационализације.[74]

---

[69] ЗУП, чл. 183, ст. 1 и 3 у вези са претходним ЗУП-ом, чл. 253, ст. 1 и 2.

[70] Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017, 626.

[71] Предлог Закона о општем управном поступку, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/ cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf*, 101, 17. септембар 2020. Било би добро да су аутори Предлога навели ко то у теорији тако разликује поништавање и оглашавање решења ништавим и зашто би то теоријско разликовање уопште било релевантно, када није одговарало нашем важећем праву. Од савремених аутора схватање о декларативном карактеру одлуке којом се решење оглашава ништавим заступа Зоран Томић, а чини се да су га раније прихватали и сами аутори новог ЗУП-а. Како би се другачије објаснило то што је оглашавање решења ништавим у време писања претходних верзија новог ЗУП-а било прихватљиво? Да ли то значи да је тада „налазило упориште у пракси", а више га „не налази"? Шта се, у међувремену, променило – „пракса" или теоријско разликовање самих писаца новог ЗУП-а?

[72] ЗУП, чл. 183, ст. 2.

[73] ЗУП, чл. 163, ст. 1 и чл. 168, ст. 2.

[74] „Због оваквог вештачког повезивања, може се десити да се *правноснажно* решење уклони из правног поретка употребом средства које се зове поништавање *коначної* решења. Практично се тада поништава коначно решење које је постало правноснажно!" (Д. Милков [2017], 257, фн. 400) „Упркос толиким изменама у погледу ванредних правних средстава, на основу којих би се већ на први поглед можда могло закључити о великим новинама, новим

Теоријско разликовање које приређивачи новог ЗУП-а изводе из текста претходног није исправно. Оглашавање ништавим није ни раније представљало посебан начин уклањања управног акта из правног поретка. Означавало је констатацију грешке због које је управни акт могао да буде поништен, у било којем тренутку. Стављање ништавог управног акта ван снаге и раније је подразумевало његово поништавање, а то је писало и у претходним одредбама.

Зато је и решење које су изабрали аутори новог ЗУП-а погрешно: привидно ћемо избацити оглашавање решења ништавим из ЗУП-а, као да тиме нешто постижемо. А постижемо једино то да одредбе ЗУП-а више нису усклађене са одредбама Закона о управним споровима, у складу са којима решење може да огласи ништавим и Управни суд.[75] Али не из неких нових разлога, којих ни нема, већ из разлога уређених ЗУП-ом и посебним прописима.

Важећи ЗУП само сакрива ништаве управне акте, али они и даље постоје, бар у оној мери у којој су постојали и раније. То што су сада помешани са другима, не мења њихов карактер, који би се јасније и боље видео да су остали издвојени, као посебна целина, одређеног смисла. Писци новог ЗУП-а, истина, наслућују да у вези са ништавим управним актима постоји неки проблем, али не виде његов прави смисао и узрок.

## 5. НИШТАВОСТ И РУШЉИВОСТ УПРАВНИХ АКАТА: УПРАВНО ПРАВО И НЕПРИМЕРЕНО ПРЕУЗИМАЊЕ ГРАЂАНСКОПРАВНИХ ПОЈМОВА

Подела на ништаве и рушљиве управне акте не може да се сагледа исправно, уколико се не води рачуна о ширем контексту – о њеном пореклу и начину настанка. Управно право, као млада грана права, попут неког „немирног детета" (да мало ублажимо Крбекове речи – *enfant terrible*), често је задирало у друге гране права.[76] Ослањајући се на њих, управно право градило је сопствене појмове. Тако је било и онда када је требало разврстати незаконите управне акте: ослонац је пронађен у грађанскоправним појмовима ништавости и рушљивости.[77]

---

Законом ипак нису извршене суштинске промене у систему ванредних правних средстава. Наиме, сва питања која су суштинска за њихов правни режим, а у која свакако не спадају само називи појединих ванредних правних средстава, као што су разлози за употребу, надлежност органа за решавање и рокови у којима се могу користити, нису битније мењани." (Зоран Ј. Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку", *Зборник радова ПФНС*, 4/2017, 1519)

[75] ЗУС, чл. 41, ст. 2 и чл. 42, ст. 3.

[76] Ivo Krbek, „Upravno pravo i njegovo razgraničenje", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1951, 351.

[77] I. Krbek (1957), 72.

То што је ове појмове, првобитно намењене грађанскоправним пословима, у управном праву прва прихватила немачка и аустријска правна теорија, не треба да нас зачуди. Разлог је једноставан: имала је ослонац у тамошњем грађанском праву.[78] Штавише, у једном тренутку немачки аутори су и управни акт почели да дефинишу као правни посао – публицистичког, односно јавноправног карактера.[79]

У грађанском праву, појмови ништавости и рушљивости део су учења о неважности правних послова. Коришћењем ових појмова, неважећи правни послови деле се према тежини санкције која их погађа. Ништави правни послови погођени су строгим последицама зато што су супротни јавном поретку – принудном праву и моралним нормама. Недостаци рушљивих правних послова не вређају директно јавни интерес; они су противни интересу самих учесника и зато су праћени блажим санкцијама.[80]

Ништави правни послови немају правно дејство и тако је од самог почетка. Ова последица наступа по сили закона, а суд је само констатује декларативном одлуком, водећи о томе рачуна по службеној дужности. На ништавост, наравно, може да укаже и свако заинтересовано лице, без временског ограничења. Са друге стране, рушљиви правни послови имају правно дејство: они се поништавају, одлуком конститутивног карактера, а могу и да се укину, онда када учесници тако желе. О рушљивости правних послова не води се рачуна по службеној дужности, већ само на захтев заинтересованог лица, поднет у прописаном року. Уколико се њихово правно дејство у прописаном року не оспори, долази до конвалидације.[81]

Није требало да прође много времена како би постало јасно да ови грађанскоправни појмови у управно право не могу да се пренесу дословно. Одмах је уочено то да они у управном праву имају другачији значај: за разлику од грађанскоправних послова, незаконити управни акти нису начелно ништави, већ обрнуто – рушљиви.[82] Жеља да преузети појмови у основи ипак сачувају своју садржину довела је ауторе управног права пред озбиљан проблем и унела у њихове ставове бројне противречности. Смисао преузетих

---

[78] Као што није случајно ни то што се у француској теорији управног права говори о непостојећим управним актима – по угледу на појам непостојећих грађанскоправних уговора, који потиче из француске теорије грађанског права. (Вид. Сања М. Радовановић, Николина Б. Мишчевић, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву", *Зборник радова ПФНС*, 1/2020, 268)

[79] На управни акт тако гледа Карл Корман, јасно саопштавајући и то да се појмови ништавости и рушљивости преузимају из приватног права. (Karl Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin 1910, 21, 204, 208)

[80] Р. Радошевић, 141-142.

[81] *Ibid.*, 142.

[82] K. Kormann, 216-217.

појмова указивао им је на то да ништавим управним актима треба да одузму правно дејство, а важеће законодавство терало их је на подривање сопствених ставова, јер за то није увек пружало правну основу.

Суштина проблема и јесте у томе је да ли ништави управни акти производе правно дејство. Основу за негативан одговор на ово питање пружа нам немачко право, које је у преузимању грађанскоправног појма ништавости отишло најдаље, до крајњих граница. Тамо где оваква законска основа не постоји, разликовање ништавих и рушљивих управних аката постало је предмет спорних теоријских конструкција.

Зашто је подела незаконитих управних аката на ништаве и рушљиве спорна? Зато што управном акту приписује својства која су супротна његовој правној природи. Обележја ништавости и рушљивости примерена су правном послу, али не одговарају управном акту; неприкладна су, јер управни акт није правни посао. Управни акт не стиче правну снагу зато што тако жели његов доносилац; извор правног дејства управног акта је закон, а не воља његовог доносиоца, као код правног посла. Без закона, воља доносиоца управног акта не постоји; она није, као код правног посла, законом само спутана и ограничена.

Управни акт је акт власти, акт ауторитативног карактера, израз правног поретка у конкретном случају. Управни акт проистиче из закона и стога се претпоставља да је законит. Ова претпоставка требало би да важи за све управне акте, а то правна теорија најчешће и тврди – парадоксално, чак и немачка.[83] Све док се не утврди другачије, управни акт обавезује и производи правно дејство. Претпоставка законитости не дозвољава да се управни акт сведе на правно ништа. Одузимање управном акту правног дејства по сили закона логичка је противречност, јер би по ауторитету закона његова обавезност и требало да наступи.

Каже се да законодавац може све, па тако, приликом прописивања последица незаконитости управних аката, може и да занемари њихову специфичну правну природу. Попут немачког законодавца, може да их прогласи правно необавезујућим – чак и на општи начин, непрецизном и неодређеном формулацијом, на штету правне сигурности. Ако то пак не уради, онда ће правна теорија, попут аустријске, настојати да по сваку цену пронађе ову „праву" ништавост, поред оне „лажне", коју је понудио законодавац.

Када се занемаре правила логике, онда је у тој теоријској игри све могуће. Ништави управни акти час имају, час немају правно дејство. Час се декларативно утврђује да су ништави, а час се уклањају из правног поретка, конститутивном одлуком – негде чак и укидају. Важење им се оспорава, а

[83] „За све управне акте претпоставља се да су законити и да важе." (Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931, 247)

претпоставља се да су законити. Ништавост се само констатује, а тврди се да је таква констатације нужна. Могу да буду одређени прецизним набрајањем, а могу и да зависе од процене у сваком конкретном случају. Могу да се побијају, а могу и да се игноришу – додуше, на сопствени ризик.

Све су то противречности које не би требало да постоје. Још важније је то што наше право не даје основу за њих. У нашем праву разлика између ништавих и рушљивих управних аката не огледа се у њиховом правном дејству, јер га и једни и други имају. Правно дејство губе тек онда када се ставе ван снаге, а до тога у односу на све незаконите управне акте редовно долази поништавањем. Разлика се своди на рок за поништавање и могућност конвалидације: ништави управни акти могу да изгубе правно дејство увек, а рушљиви најчешће до одређеног момента.

Основе нема ни за истрајавање у ставу да се ништавост само утврђује, а рушљивост отклања конститутивном одлуком. Поништавање је увек конститутивног карактера, без обзира на то да ли је претходно утврђена ништавост или рушљивост управног акта. То су само различити елементи једног управног акта – недостатак најпре мора да се констатује, а затим и да се отклони. Исход је исти: управни акт уклања се из правног поретка ретроактивно, тако што се отклањају све правне последице које је до тада створио.[84]

Када разлику сведемо на праву меру, онда подела на ништаве и рушљиве управне акте остаје без изворног смисла и подлоге. У новом окружењу, ништавост и рушљивост не разматрају се више у контексту настанка и пуноважности управног акта – сагледавају се из угла његове правноснажности. Питање више није да ли управни акт ступа у правни поредак, него да ли он може да опстане у том правном поретку. Не ради се више ни о разлици између повреде јавног поретка и приватног интереса. Незаконити управни акти увек вређају јавни поредак, али су ништави само онда када та повреда има посебну тежину, довољну да начело законитости однесе трајну превагу над начелом правне сигурности: ништавост је стога трајни изузетак од правноснажности управног акта.

Лишени изворног смисла, појмови ништавости и рушљивости у управном праву не могу доследно и логички исправно да се изграде. Њихов обим је променљив, а мерила разликовања недовољна и помешана. Трајно одсту-

---

[84] „Правни поредак може овластити један специјалан орган да изјави да је норма неважећа, што значи да поништи норму с ретроактивним дејством, тако да правне последице које су пре тога настале на основу норме буду поништене. То се обично – али не и тачно – карактерише тиме што се каже да је норма била непуноважна ab initio или да је проглашена за ‚непуноважну и непостојећу‘. ‚Проглашавање‘ о коме је реч има, међутим, не само декларатoран, него и конститутиван карактер. Без те декларације надлежног органа норма се не може сматрати непуноважном.” (Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе* [превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић], Београд 2010, 248)

пање од правноснажности, на први поглед, можда делује као најочигледнији критеријум разликовања, али, нажалост, није сасвим поуздан. Понекад се незаконити управни акти уклањају из правног поретка без временског ограничења не зато што садрже најтеже грешке, већ зато што то захтевају неки други, специфични разлози и околности. Ни поступање по службеној дужности није кадро да учини више за ову поделу – оно понекад долази до изражаја и у односу на рушљиве управне акте.

Све су то непоуздани критеријуми, јер је и сама подела непримерена правној природи управног акта и начину на који се он ставља ван снаге, употребом различитих правних средстава. То и јесте смисао: управни акти се стављају ван снаге употребом правних средстава. Свако од правних средстава употребљава се из одређених разлога и доводи до одређених последица. Незаконитост јесте најчешћи разлог за њихово коришћење, али не и једини. Понекад је то нецелисходност, а понекад се уопште ни не ради о грешкама, већ о потреби за усклађивањем са промењеним јавним интересом. О правним средствима управно право би и требало да води рачуна, а не о некаквој подели преузетој из грађанског права.

Заслепљени грађанскоправним појмовима, не видимо да раздвајање незаконитих управних аката у две категорије никада није ни било циљ. Смисао је одувек био у томе да се посебно издвоје и нагласе они управни акти који садрже најтеже повреде закона. То, међутим, не значи да сви остали могу да се сврстају у једну хомогену категорију рушљивих. О ништавости можемо да говоримо само условно и опрезно, ни у једном тренутку не заборављајући другачије и специфично значење овог израза у управном праву. Жеља да се оде корак даље, да се насупрот ништавих поставе и рушљиви управни акти, само скрива то специфично значење и доводи нас у заблуду – више је штетна него корисна.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Незаконитим управним актима називају се они који садрже директне повреде закона, које на правно дејство управног акта остављају одређене последице. Типски посматрано, повреде могу да се сведу на две основне групе – формалноправне и материјалноправне. Њихов утицај на правно дејство управног акта, међутим, зависи од једне друге класификације: оне која се ослања на тежину учињене повреде.

Полазећи од тежине грешке, правна теорија, првенствено немачка и аустријска, дели управне акте на ништаве и рушљиве. Ништави управни акти садрже теже повреде закона, а рушљиви лакше. Озбиљније грешке доводе до озбиљнијих последица: сматра се у неким земљама да ништави

управни акти немају никакво правно дејство. Они не важе, не морају да се уклоне из правног поретка, а њихова ништавост, евентуално, може да се констатује. Рушљиви управни акти имају правно дејство и важе све док се не ставе ван снаге.

О ништавим и рушљивим управним актима дуго већ пише и наша правна теорија. Често по угледу на немачку и аустријску, изводећи сличне закључке о томе који управни акти обавезују, а који не. Њени ставови, нажалост, нису увек доследни и логични. Наши аутори полазе од неважности ништавих управних аката, а онда негирају и обезвређују сопствене изјаве. У тим противречним тврдњама управни акт истовремено је и без правне снаге и претпостављено законит; реакција на ништавост истовремено је и декларативна и нужна.

Узрок ових противречности је јасан: разлика између ништавости и рушљивости изворно је настала у грађанском праву и била намењена правним пословима. Упркос његовој битно другачијој правној природи, ова својства придодата су и управном акту. Иако свесна тога да њихово преузимање мора да прати извесно прилагођавање, наука управног права ипак је желела да очува њихов почетни смисао, који циља на правно дејство управног акта.

Немачки аутори имају за то основа и у важећем праву, зато што је њихов законодавац остао најближи грађанскоправним узорима – ништаве управне акте изричито је лишио правног дејства. За аустријске писце то већ не важи: из њиховог законодавства произлази да се управни акти оглашавају ништавим само за убудуће. За њих права ништавост ни не произлази из закона – они је траже у теоријским конструкцијама и судској пракси.

И код нас се подела на ништаве и рушљиве управне акте више обликује теоријски, него што се изводи из важећег права. Позитивно право указује једино на постојање једне посебне категорије незаконитих управних аката, названих ништавим. Они садрже најтеже повреде закона, али то не значи да немају никакво правно дејство. Напротив, имају га све док не буду стављени ван снаге.

Ништави управни акти раније су били законом именована и издвојена категорија у оквиру посебног ванредног правног средства у управном поступку. У складу са називом тог ванредног правног средства, они су оглашавани ништавим. Наше оглашавање ништавим, међутим, значило је поништавање управног акта, а не пуку потврду о томе да он не важи од самог почетка.

Погрешно тумачећи раније прописе, наш законодавац желео је да их поправи. На који начин? Тако што је оглашавање решења ништавим избацио са списка ванредних правних средстава. Привидно делује да су тиме из нашег законодавства избачени и ништави управни акти – суштински, наравно, нису. Они су још увек ту, само се сакривају у оквиру новог ванредног правног средства – поништавања коначног решења.

Сужавање проблема на једну категорију незаконитих управних акта спречава нас да уочимо оно најважније: проблем потиче из целине. Оног тренутка када остане без изворног мерила, подела управних аката на ништаве и рушљиве нема више никаквог смисла. То је деоба грађанскоправних послова, неприкладна за управне акте. У управном праву она добија потпуно нови контекст: више се не ради о томе да ли управни акт важи; ради се о његовој правноснажности и престанку важења.

Незаконити управни акти уклањају се из правног поретка употребом правних средстава, а свако правно средство користи се из прописаних разлога и доводи до прописаних последица. Издвајање управних аката са најтежим повредама закона, које прати трајно одступање од принципа правноснажности, не захтева никакву даљу поделу, чак ни онда када их назовемо ништавим. Тако их називамо условно, из специфичних разлога и потреба, а не зато што су део поделе у којој наспрам њих стоје остали незаконити управни акти, названи рушљивим.

Посматрајући наше право, може се констатовати да се у појединим прописима помињу ништави управни акти. То је случај са Законом о управним споровима, као и са појединим прописима у одређеним областима. С друге стране, у управноправним прописима се не јавља означавање управних аката као рушљивих. За наше право је, несумњиво, карактеристично то да и акти који се називају или се у теорији сматрају ништавим, имају своје пуно правно дејство све док на законит начин не буду уклоњени. За акте који се код нас називају ништавим карактеристично је то да се могу уклонити из правног поретка у било које доба. Они, по правилу, садрже теже повреде закона, иако то правило може да трпи изузетке. Но, све је ствар конвенције, па и подела на ништаве и рушљиве управне акте.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Adamovich K. Ludwig, Funk Bernd-Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien – New York 1987.

Borković Ivo, „Ništavi upravni akti", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, XIV, 1977.

Breban Gi, *Administrativno pravo Francuske* (prevela Katarina Damjanović), Beograd–Podgorica 2002.

Glaser Andreas, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen 2013.

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

Dimitrijević Pavle, *Osnovi upravnog prava*, Beograd 1983.

Jellinek Walter, *Verwaltungsrecht*, Berlin 1931.

Келзен Ханс, *Општа теорија права и државе* (превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић), Београд 2010.
Kormann Karl, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlin 1910.
Костић М. Лазо, *Административно право* (Сабрана дела, други том), Београд 2000.
Krbek Ivo, *Upravni akt*, Zagreb 1957.
Krbek Ivo, „Upravno pravo i njegovo razgraničenje", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 3/1951.
Лончар Ј. Зоран, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом* Саду, 4/2017.
Марковић Ратко, *Управно право: општи део*, Београд 2002.
Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.
Mayer Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Erster Band, Leipzig 1895.
Милков Драган, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Београд 1983.
Милков Драган, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020.
Милков Драган, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017.
Милков Драган, *Управно право III: контрола управе*, Нови Сад 2019.
Милков Л. Драган, Радошевић С. Ратко, „Начело предвидивости у управном поступку", *Зборник радова Правног факултета у Новом* Саду, 1/2020.
Morand-Deviller Jacqueline, Bourdon Pierre, Poulet Florian, *Droit administratif*, Issy-les-Moulineaux 2017.
Poznić Borivoje, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1991.
Popović Slavoljub, *Upravno pravo: opšti deo*, Beograd 1982.
Радовановић М. Сања, Мишчевић Б. Николина, „О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву", *Зборник радова Правног факултета у Новом* Саду, 1/2020.
Радошевић Ратко, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018.
Стјепановић Никола, *Административно право ФНРЈ: општи део*, Београд 1954.
Tomić R. Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2010.
Томић Р. Зоран, Бачић Вера, *Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2012.
Томић Р. Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку: са судском праксом и регистром појмова*, Београд 2017.
Triva Siniša, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1983.
Fleiner Fritz, *Institutionem des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1913.
Forsthoff Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts: Allgemeiner Teil*, München-Berlin, 1966.
Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, *BGBl.* Nr. 51/1991, zuletzte Änderung *BGBl.* I Nr. 58/2018.
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.

Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.
Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.
Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009.
Предлог Закона о општем управном поступку, *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf.*

*Dragan L. Milkov*
*Universität Novi Sad*
*Juristische Fakultät Novi Sad*
*dmilkov@pf.rs*

*Ratko S. Radošević*
*Universität Novi Sad*
*Juristische Fakultät Novi Sad*
*R.Radosevic@pf.uns.ac.rs*

## Rechtswidrige Verwaltungsakte

***Zusammenfassung:*** *In serbischer Verwaltungsrechtswissenschaft werden die rechtswidrigen Verwaltungsakte, nach dem Vorbild von deutscher und österreichischer Rechtslehre, traditionell in nichtigen und anfechtbaren geteilt. Diese Teilung zeigt sich jedoch nicht logisch. Das Hauptproblem ergibt sich aus der Frage, ob nichtige Verwaltungsakte rechtswirksam sind. Serbische Autoren beantworten diese Frage widersprüchlich. Der Grund dafür ist einfach: Ihre Ansichten stützen sich nicht ausreichend auf geltendes Recht. Sie stützen sich zu sehr auf die gleichnamige zivilrechtliche Teilung, die dem Verwaltungsrecht und der Rechtsnatur des Verwaltungsakts nicht angemessen ist. Da in serbischem Recht nichtige Verwaltungsakte rechtswirksam sind, verliert diese Teilung ihre ursprüngliche zivilrechtliche Bedeutung. Ohne diese Bedeutung macht die Teilung keinen Sinn mehr – sie ist eher schädlich als hilfreich. Aus dem geltenden Recht kann nur eine besondere Kategorie von Verwaltungsakten abgeleitet werden, die unter bestimmten Bedingungen als nichtig bezeichnet werden können. Es handelt sich um Verwaltungsakte mit den besonders schweren Rechtswidrigkeiten, die jederzeit aus der Rechtsordnung aufgehoben werden können. Der Versuch demgegenüber alle andere rechtswidrige Verwaltungsakte als anfechtbar zu bezeichnen ist nicht logisch und kann nicht kosequent durchgeführt werden – insbesondere nicht nach zivilrechtlichen Kriterien.*

***Schlüsselwörter:*** *Rechtmäßigkeit der Verwaltung, rechtswidrige Verwaltungsakte, nichtige Verwaltungsakte, anfechtbare Verwaltungsakte, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit.*

Датум пријема рада: 26.03.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 347.634
doi:10.5937/zrpfns55-30403

*Гордана Б. Ковачек Станић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Сандра О. Самарџић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

# ДА ЛИ (ПОРОДИЧНО) ПРАВО ШТИТИ ПОРОДИЦУ?*

***Сажетак**: Иако не можемо занемарити чињеницу да право на известан начин утиче на породицу од самог почетка тако што одређује ко се све сматра чланом породице, каква су њихова међусобна права и обавезе, на који начин се одређени односи заснивају, а на који престају, модерно схватање породице ипак нужно подразумева поштовање изузетно широког поља породичне, односно родитељске аутономије. Овакво схватање би могло, у најекстремнијем виду, имати за последицу готово потпуно одсуство одговорности државе, односно правног система за све што се догоди у породици. У наведеном смислу, приметне су сасвим слабе формалноправне обавезе државе у предузимању активне улоге на оснаживању породице, а у пракси практично непостојање било каквог ангажовања државе на јачању веза у оквиру породице пре него што до извесних проблема дође.*

*Са друге стране, ако неко има потенцијал да заштити породицу и њене чланове, онда је то свакако правни систем. Заштита породице не сме да се сведе само на питање како то учинити, већ и у ком тренутку, тј. да ли заштита и развијање здравих породичних односа мора бити питање којим се треба бавити много раније, чак и пре него што се породица формира. У том смислу, нарочит значај могу имати саветовалишта, односно разговори са компетентним лицима. Такође, иако су нашој култури релативно страни, популаризација предбрачних уговора и упознавање будућих супружника, односно*

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

*ванбрачних партнера са могућностима које овај уговор пружа, може допринети избегавању каснијих имовинских спорова. У овом раду, фокус ће, међутим, бити на извесним решењима која могу помоћи у ситуацијама када већ дође до поремећаја односа између чланова породице, односно између супружника или ванбрачних партнера.*

*Сваки покушај смиривања ситуације, односно умереног и опрезног интервенисања у породичним односима првенствено се може постићи инсистирањем на одређеним алтернативним начинима решавања спорова. Поред тога, постојање специјализованих судија, као и адвоката, који би спровели значајне промене у систему образовања будућих правника, али и у домену праксе, такође може у великој мери допринети наведеном циљу.*

*На крају, и одређене измене у области породичног материјалног права такође могу имати велики значај.*

*У том смислу, овај рад се првенствено фокусира на поједина решења предложена у теорији, њихову анализу у контексту српског законодавства, као и на могуће даље промене домаћих прописа. Наиме, иако су неки предлози већ нашли своје место у позитивном законодавству Србије, остаје неизвесно у којој мери су ове одредбе примењене и да ли заиста доприносе одржавању стабилних породичних односа у ситуацијама када су односи озбиљно нарушени.*

***Кључне речи**: породично право, медијација, вршење родитељског права, породични спорови.*

## АУТОНОМИЈА – ИЗЛАЗАК ПОРОДИЦЕ ИЗ ОКРИЉА ДРЖАВЕ

Положај који чланови породице данас имају, резултат је дугогодишње борбе појединца да се ослободи свих стега наметнутих од стране државе. Пре ових промена, и породица је била та којој је био пружен известан степен аутономије. Одрасли чланови породице, односно родитељи, били су у том смислу одговорни за своју децу, јер је породица „дуговала држави грађане".[2] У складу са тим, породица је посматрана као ентитет који мора да делује у складу са општим циљевима који су били постављени. Међутим, развојем идеје о људским правима, почела је и борба за права појединаца, која се огледала у све већој индивидуализацији, односно у окретању ка личним интересима, које појединац сам обликује и сматра релевантним, невезано од потреба друштва. Тако се одрасли појединац ослобађа принуде и самостално поставља, како своје личне циљеве, тако и циљеве своје породице. У таквој

[2] Жан Жак Русо, *Емил или о васпитању*, књ. I, Књижарница Рајковића и Ђуковића, Београд – Теразије, 1925, 36.

констелацији, слободан је и да децу васпита онако како сматра одговарајућим. И не само да се закон, односно држава, сматра непримереним актером у сфери породичноправних односа, него је закон чак посматран као нешто, од чега децу треба заштити, а родитељи су, разуме се, били ти који такву заштиту могу да пруже на најадекватнији начин. Тако и Голдштајн (Goldstein) истиче да ниједан судија није припремљен, а нарочито не у обавези, као што су то родитељи, да лично преузме одговорност за свакодневну негу која је потребна детету као последица његовог личног избора у погледу вредности неког животног стила.[3] Чак и да право није тако неспособно, не постоји основ за претпоставку да би одлуке оних који то раде уместо родитеља у вези са потребама детета, биле боље (или подједнако добре) од одлука самих родитеља. Само магично размишљање ће дозволити порицање ове очигледне, али често игнорисане, истине о реалним границама права.[4]

У складу са наведеним схватањима, право родитеља на аутономију обухвата право одраслих чланова породице да донесу важне одлуке о подизању и образовању деце у оквиру те породице, односно оно даје право одраслима да не дозволе неоправдано задирање у домен породице.[5] Осим о праву на аутономију, може се говорити и о принципу самоодређења који подразумева могућност да субјекти породичноправних односа сами уреде своје односе, партнерске и родитељске. У породичном праву овај принцип трпи знатна ограничења која су условљена карактером породичних односа као личних, те потребом да се заштити слабији учесник, било да се ради о слабијем партнеру или да се ради о детету коме је потребна заштита која проистиче из самог његовог статуса.[6] Чињеница да породица познаје своје вредности и приоритете боље него било ко други и да је породица та која ће, више него било ко други, морати да живи са последицама својих одлука,[7] разлог је зашто би право морало да поклони родитељима поверење. Па ипак остаје питање да ли су породице у потпуности упознате са могућим проблемима који могу настати и да ли им треба дозволити потпуну слободу да одлучују искључиво на основу својих ставова о овим вредностима.[8]

---

[3] Joseph Goldstein, „Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy", *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1977, 667; http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?=3449&context=fss_papers, 15.11.2020.

[4] *Ibid*.

[5] David Archard, *Children, Rights and Childhood*, Routledge, London – New York, 2004, 167.

[6] Више о прнципу самоодређења у: Гордана Ковачек Станић, „Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас", З*борник Матице српске за друштвене науке*, 2004, бр. 116-117, 159-178.

[7] Beverly Kelsey, „Shall These Children Live?", A Conversation with Dr. Raymond S. Duff, *Reflection, Yale Divinity School Magazine*, No.72, Jan.1975, 4-7; према: J. Goldstein (1977), 656.

[8] Beverly Kelsey, Raymond S. Duff, „Which Infants Should Live? Who Should Decide?", *The Hastings Center Report*, Vol. 5, No. 2, 1975, 5-8.

Поступци родитеља тешко да се могу променити моралним или правним примедбама, јер су они аутоматизовани и несвесни.[9] Оно што може помоћи, јесте покушај да родитељи схвате значај одређеног понашања, односно да осете потребу да своје принципе преиспитају.[10] Право, тачније правни систем, не може да створи правилне родитељске импулсе/мотиве. Утолико је изузетно потребно да родитељима буду пружене праве информације, јер пређуткивање, односно потреба да се у неким ситуацијама остане индиферентан, како би одлуку донели родитељи самостално, може да донесе много више штете него користи. У ситуацијама које не подразумевају доношење одлука о „животу и смрти", свакако да не постоји оправдање за уплитање у породичну приватност, нити постоји оправдање за ограничавање родитељске аутономије или аутономије деце која су достигла одређену зрелост,[11] али пружање потпуне слободе може имати далекосежне негативне последице по децу. Можемо рећи да родитељска права имају апсолутни карактер, који може бити нарушен само у одређеним случајевима, када држава може да интервенише како би заштитила најбољи интерес детета,[12] односно интересе чланова породице чија права су угрожена. Наиме, без обзира што је породици пружена извесна аутономија, право и даље остаје присутно, сада као механизам који настоји да пружи одговарајућу помоћ у ситуацијама када се породица суочи са извесним проблемима.

Чињеница је да су стабилне, здраве породице (и односи у породици) предуслов за добробит како човека као појединца, тако и за друштво у целини. Чини се да ова очигледна тврдња, заправо није лако остварива и да велики број појединаца не добија од своје породице довољно квалитетну основу која представља темељ за изградњу јаке, продуктивне и задовољне личности.

Изазови данашњице и проблеми који се развијају унутар породица су бројни, и могло би се рећи да је већина њих присутна одувек. Незапосленост, сиромаштво, ванбрачна деца (где се компликује однос родитеља према деци, уколико родитељи немају никакав контакт, нити су икада засновали заједницу), па и породично насиље, само су неки од проблема са којима се и модерне породице суочавају.

Међутим, како је већ напоменуто, иако је и даље владајуће мишљење да је породица аутономна и да је било какво уплитање у ту сферу недопуштено,

---

[9] Andrew S. Watson, „Children, Families, and Courts: Before the Best Interests of the Child and Parham v. J. R.", *Virginia Law Review*, Vol. 66, 3/1980 (The P. Browning Hoffman Memorial, Symposium on Law and Psychiatry), 653-679.

[10] *Ibid*.

[11] J. Goldstein (1977), 664.

[12] Зоран Поњавић, „Пристанак детета на медицинску негу – између аутономије и патернализма", *Правни живот*, 10/2013, 93.

овакво схватање би могло, у најекстремнијем виду, имати за последицу готово потпуно одсуство одговорности државе, односно правног система за све што се догоди у породици. У наведеном смислу, приметне су сасвим слабе формалноправне обавезе државе у предузимању активне улоге на оснаживању породице, а у пракси практично непостојање било каквог ангажовања државе на јачању веза у оквиру породице пре него што до извесних проблема дође. На крају, и у моменту када проблеми наступе, а учешће државе постане неизбежно, поставља се питање да ли држава заиста поступа на најбољи могући начин, односно да ли постоје механизми који би овај захтеван задатак олакшали, односно унапредили. Наиме, чини се да у моменту када проблеми наступе, држава почиње да реагује, али по правилу на начин који, већ поремећене односе међу члановима, још више проблематизује и одводи далеко од решења.

Имајући то у виду, у теорији наилазимо на схватања да је потребно унети одређене измене у области материјалног односно процесног права, у вези са питањима која се односе на породицу и породичне односе, у циљу покушаја очувања што бољих породичних односа, који могу бити значајно нарушени након развода брака, односно престанка ванбрачне заједнице.

## МЕДИЈАЦИЈА – ИЗЛАЗАК ПОРОДИЦЕ ИЗ ОКРИЉА СУДОВА

Могли бисмо рећи да решење које право нуди у моменту настанка проблема, заправо подразумева даље конфронтирање сукобљених страна. Наиме, готово једини пут, или макар онај који се најчешће нуди завађеним странама, јесте улазак у судски поступак, чије трајање и исход остају непознанице до самог краја.

Традиционално поимање судског спора подразумева пре свега постојање једне „објективне истине" која представља основ за доношење коначне одлуке од стране овлашћеног органа – суда.[13] Поред наведеног, спор подразумева две стране које се налазе на дијаметрално супротним позицијама у односу на предмет спора, које током целог процеса настоје да побољшају своју позицију како би у коначном исходу однеле победу, а која углавном подразумева да друга страна у сразмерној мери губи. Већ ове почетне позиције чине да судски процес не може представљати довољно добар пут којим се спорни односи међу партнерима разрешавају, већ напротив, то неминовно води њиховом даљем погоршању, будући да ће једна страна увек осећати да јој је нанета одређена неправда. Све наведено говори у прилог

[13] Владан Јовановић, Правни оквир примене медијације у Србији, у: *Медијација – принципи, процес, примена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 171.

томе да судски поступак, онако како је тренутно конципиран, нема капацитете да омогући даље, несметано функционисање породице, која је претрпела одређену транзицију, бар не у ситуацији када су односи међу члановима породице значајније поремећени.

Са друге стране, одређени алтернативни начини решавања спорова, попут медијације, односно посредовања пружају супротстављеним странама могућност да уз помоћ треће, у потпуности непристрасне стране, покушају да идентификују основне проблеме и да затим, заједнички, разговором, дођу до решења које ће бити прихватљиво за све. Ради се о алтернативи формалног поступка, који се одвија на суду и завршава судском одлуком.[14] У поступку медијације, одлука представља резултат договора самих учесника у поступку, а не схватања суда.[15]

Другим речима, медијација је поступак решавања сукоба у ком непристрасна, трећа страна, која нема овлашћење да доноси обавезујуће одлуке, интервенише у сукобу или спору како би помогла странама да побољшају своје односе, односно комуникацију и тако постигну обострано прихватљив споразум о предмету спора.[16]

Поступак посредовања (медијације) инхеретан је принципу самоодређења. У овом поступку супружницима се пружа помоћ у смислу њиховог помирења, тако да до развода ни не дође, али ако се овај први циљ не оствари, супружницима се пружа помоћ да постигну споразум о свим последицама развода брака. У прописима који су важили у Србији пре II светског рата поступак мирења је такође био регулисан, али само са једним циљем – помирења супружника (Брачни правилник Српске православне цркве).[17]

Медијација може да се спроводи у готово свим областима права, али сматра се да се највише примењује баш у области породичних односа и то у области развода.[18]

Овај вид поступања породици пружа алтернативу која не подразумева конфронтацију две стране, већ њихову сарадњу и која доприноси прилаго-

---

[14] Владан Јовановић, Тамара Џамоња Игњатовић, „Алтернативно решавање спорова и преговарање", у: *Медијација – принципи, процес, примена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 51.

[15] *Ibid*.

[16] Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 2014, 31.

[17] Г. Ковачек Станић (2004), 169.

[18] Поступак медијације наравно, као облик интервенисања, могућ је и у другим врстама проблема и конфликата као што су конфликти између сродника и деце, конфликти у вези са издржавањем; конфликти настали у хранитељским породицама; проблеми који настају око успостављања веза са биолошким родитељима и сл. Вера Деспотовић Станаревић, Медијација у случајевима развода/раздвајања, у: *Медијација – принципи, процес, примена*, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 276.

ђавању свих чланова на околности настале након развода супружника, односно разлаза ванбрачних партнера, а нарочито успостављању здравих односа између деце и оног родитеља који не врши родитељско право.[19] Поступак медијације може бити користан само за решавање питања везаних за децу или свеобухватан, када поред решавања старања и вођења деце са родитељима, подразумева и решавање имовинских питања међу партнерима.[20] Крајњи циљ медијације у случају када постоје деца, јесте редефинисање породичних односа како би се заштитио најбољи интерес детета, будући да родитељи који више нису у браку или ванбрачној заједници и даље треба да сарађују око подизања деце и унапређивања односа са њима.[21] Као што је речено, за разлику од судског поступка, где коначну одлуку доноси судија, у поступку медијације стране су те које доносе одлуку у виду споразума, док је улога медијатора, као потпуно неутралне стране, да контролише поступак и омогућити постизање коначног споразума. На крају, свакако да ни финансијски аспекти нису занемарљиви, будући да медијација представља далеко повољнији и краћи поступак.

Породични закон из 2005. године, по први пут уводи поступак посредовања у област породичног права[22] који се спроводи уз поступак у брачном спору који је покренут тужбом једног од супружника (чл. 230 ст. 1)[23]. Наиме, у ситуацији када су супружници закључили писмени споразум о разводу, подразумева се да поступак посредовања губи свој смисао, осим, евентуално као покушај мирења супружника, али се чини да би то био сувишан корак, који су супружници сигурно имали у виду пре него што су споразум о разводу закључили. Поред ситуације када постоји споразум, посредовање се не спроводи ни у ситуацијама када један од супружника не пристане на посредовање, ако је један од супружника неспособан за расуђивање, ако је боравиште једног од супружника непознато, те ако један или оба супружника живе у иностранству (чл. 230).

---

[19] Robert E. Emery, David Sbarra, Tara Grover, „Divorce mediation: Research and Reflections", *Family Court Review*, Vol. 43(1), 2005, 22-37

[20] В. Деспотовић Станаревић, 276.

[21] *Ibid*.

[22] Видети чл. 229 до 246 Породичног закона (Породични закон – ПЗ, *Службени гласник* бр. 18/05, 72/2011 – др. Закон и 6/2015)

[23] У наш правни систем, медијацијија је уведена 2004. године Законом о парничном поступку (Закон о парничном поступку, *Службени гласник* РС, бр. 125/2004 и 111/2009.), а затим је 2005. донет и Закон о посредовању – медијацији (Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник РС* бр. 18/05), чији је предмет регулисања била искључиво медијација. Овај пропис је касније замењен Законом о посредовању у решавању спорова из 2014. године (Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* бр. 55/2014). Породични закон представља *lex specialis*, те се одредбе Закона о посредовању у области брачних спорова примењују само у делу који није регулисан Породичним законом.

Према закону, посредовање по правилу, спроводи суд, с тим да судија који руководи посредовањем не може учествовати у доношењу одлуке у некој каснијој фази поступка, осим ако је посредовање успело (чл. 231). Судија који руководи посредовањем дужан је да препоручи супружницима да се подвргну и психо-социјалном саветовању. Ако супружници пристану на то, суд ће на њихов предлог, или уз њихову сагласност, поверити посредовање надлежном органу старатељства, брачном или породичном саветовалишту, односно другој установи која је специјализована за посредовање у породичним односима (чл. 232). Сам поступак посредовања, заправо се састоји од две фазе, а то су фазе мирења и нагодбе. Сврха мирења јесте да се поремећени однос супружника разреши без конфликта и без развода брака (чл. 234), док је сврха нагодбе да се поремећени однос супружника разреши без конфликта након поништења или развода брака (чл. 241). Породични закон заправо предвиђа три различите методе (психо-социјално саветовање, мирење и нагодбу) за решавање конфликата међу партнерима, иако само нагодба заправо подразумева медијацију у њеном уобичајеном значењу.[24] Наиме, како неки аутори сматрају, нецелисходно је поступак нагодбе условљавати претходно неуспелим поступком мирења.[25] Иако је поступак медијације уведен у правни систем пре више од 15 година, чини се да још увек потцењен и да представља пре изузетак, него правило у брачним споровима. Разлози за овакав статус поступка медијације са једне стране могу се тражити у његовој недовољној афирмацији и упознавању опште јавности са користима које овај поступак носи, док са друге стране, разлог се може крити и у чињеници да се појединци за савет у највећем броју случајева најпре обраћају адвокатима, који у овом поступку не виде довољан простор за своју улогу, односно корист. Коначно, било који разлози да су узрок недовољне примене поступка медијације, они би морали бити превазиђени утицајем који судија у поступку има, те би његова улога у упознавању странака са могућностима самог поступка, па у коначном и у упућивању на поступак медијације морала бити од пресудног значаја.

У том смислу, чини се да би у тренутним околностима, било неопходно озбиљније унапредити промоцију и афирмацију поступка посредовања. То пре свега подразумева активније учешће судија приликом представљања предности и значаја овог поступка, а затим и увођење извесних промена у области образовања будућих правника, који ће се на један свеобухватан начин упознати са значајем поступка медијације у случајевима „породичних транзиција", када је конструктивно редефинисање односа, кључ за будуће здраво функционисање породице, односно њених чланова.

---

[24] В. Јовановић, 163.

[25] *Ibid.*

На крају, можемо поставити и питање да ли би било оправдано предвидети обавезан поступак медијације (макар за оне случајеве развода, односно разилажења где постоје малолетна деца), који би заправо био својеврсна фаза која би имала веће шансе за успех када би се спровела пре формалног покретања бракоразводног поступка.[26] Чињеница је да је недостатак комуникације основ већине поремећених односа, те би покушаји успостављања здравих основа, свакако био користан корак, без обзира у ком правцу се касније кретао сам поступак.[27]

## СПЕЦИЈАЛИЗАЦИЈА – ИЗЛАЗАК ИЗ ОКВИРА ТРАДИЦИОНАЛНОГ ПРАВНОГ ОБРАЗОВАЊА

Велику промену у породичним, односно брачним споровима могу донети адвокати. Као што је већ речено, у ситуацији када развод постане известан, партнери се најчешће прво обраћају управо адвокатима. Уколико и њихов приступ насталом проблему подразумева даље супротстављање партнера, односно потребу да докажу да је њихова странка у праву и да по сваку цену обезбеде њену победу, тешко да је каснија сарадња међу родитељима могућа. Наравно, у овим случајевима највише штете и патње доживљавају они, чији би интереси морали бити приоритет свима, а то су деца. Неретко адвокати заборављају и да је супротна страна заправо неко, са ким ће њихов клијент и након развода, односно престанка ванбрачне заједнице морати да сарађује дуги низ година.[28] Са циљем уношења промене и истицања да је породица један систем који наставља да функционише и након промена које наступе, а које подразумевају раздвајање партнера, па самим тим и деце од једног родитеља, 2004. године група професора, судија и адвоката, психолога, медијатора и других стручњака који се претежно баве породичним правом у САД,

[26] Упоредноправно посматрано, медијација је обавезна (обавезан је долазак на медијацију) у Норвешкој, ако супружници имају децу из тог брака млађу од 16 година. Више о упоредном правну Г. Ковачек Станић, (2004).

[27] Интересантно је овде поменути тзв. Центре за породичне односе који су основани у Аустралији. Ради се о центрима који пружају помоћ како породицама које су раздвојене, тако и оним које пролазе кроз тежак период. Сами центри налазе се на приступачним местима попут шопинг молова, те су самим тим лако доступни и настоје да пруже савете појединцима, односно породицама како да превазиђу одређене проблеме и на тај начин избегну судске поступке. За парове који су се недавно разишли, циљ је осмислити краткорочни план који ће омогућити лакши прелазак и прилагођавање новонасталим околностима. Цео пројекат финансиран је од стране државе, док центре воде невладине организације које су специјализоване за поступке медијације и породичног саветовања; према Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, 2011, 187-188.

[28] C. Huntington, 141.

покренула је пројекат под називом FLER (Family Law Education Reform)[29] чији циљ је пре свега био усвајање новог курикулума на правним факултетима који је подразумевао припрему будућих правника за обављање правничке делатности у области породичних спорова. То је пре свега обухватало упознавање са могућностима алтернативног начина решавања спорова, али и инсистирање на томе да правници који се буду бавили породичним правом морају настојати да реконструишу породицу тако да омогуће њено будуће функционисање.

Реформа правног образовања, свакако да није довољна и да може представљати само почетак даљих промена, које ће у крајњем циљу довести до потпуне трансформације тока породичних спорова, у смислу избегавања судске арене као традиционалног окружења. Оно што представља логичан след оваквих промена свакако би била даља едукација, односно специјализација како судија, тако и адвоката. Неки правни системи, већ познају специјализоване судове за породичне спорове, који се баве искључиво овом проблематиком.[30] Наш правни систем, још увек не познаје специјализоване породичне судове, али је препознао специфичност породичних спорова и потребу за извесном специјализацијом. Тако је најпре Породичним законом[31], а касније и изменама Закона о парничном поступку[32] предвиђена специјализација судија. Наиме, Закон о парничном поступку предвиђа да судије које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета (чл. 35 ст. 5). Поред наведеног, за породичне спорове предвиђена је надлежност трочланог већа, како у првом тако и у другом степену, с тим да у првом степену суди веће од једног судије и двоје судија поротника, а у другом степену специјализовано веће састављено од троје судија. Поред поменуте специјализације која се односи на судије и судије поротници

[29] Овај пројекат спонзорисан је од стране Удружења породичних судова и Правног центра за децу, породицу и право Хофстра са основном идејом да се смањи јаз између теорије и праксе породичног права. Више о самом пројекту видети на https://www.flerproject.org 12.12.2020.

[30] Идеја породичних судова датира још из 19. века. Зачеци идеје о породичним судовима налазимо најпре у Енглеској, а затим, касније и у САД, која уз Уједињено Краљевство има високо развијен систем породичних судова и већа. Поред наведеног и Јапан је једна од земаља чији правосудни систем има врло добро инкорпориран породични суд и специјализоване судије за разводе брака. Видети више у Тања С. Митровић, „Специјализација судија за решавање брачних спорова", *Право – теорија и пракса*, бр. 10–12, 2019, 21-22.

[31] Специјализација судија била је предвиђена чланом 203 Породичног закона, али је доношењем Закона о парничном поступку из 2011. године престао да важи поменути члан Породичног закона.

[32] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

се бирају из редова стручних лица која имају искуства у раду са децом и младима.[33] Специјализација судија, од изузетног је значаја за квалитет самог суђења, будући да се ради о односима који су по свом карактеру лични, те захтевају посебна знања и посебан сензибилитет.[34]

О посебним способностима лица која спроводе мирење водило се рачуна и у прописима који су важили у Србији пре II светског рата. Тако је у Брачном правилнику Српске православне цркве било одређено да: „Свештеник врши покушај мирења међу завађеним брачним друговима очински и благо, као своју пастирску дужност" пар 192.[35]

Програм стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима има за циљ да судије добију додатна теоријска и практична знања из области права детета и стекну вештине потребне за стручно и ефикасно суђење у поступцима у вези са породичним односима, и да добију потребна стручна социјална и психолошка знања која ће им помоћи да боље разумеју породичне проблеме те да се оспособе да успешно суде у складу са најбољим интересом детета.[36] Специјализација судија треба да осигура дубинско познавање правне материје, професионализацију, већу стручност, искуство и усклађивање судске праксе.[37] Поред наведеног, специјализација доприноси квалитету судских одлука, повећава ефикасност правосуђа, и требало би да повећа ниво поверења грађана у правосуђе.[38]

Корак даље, представљала би и извесна промена у поступању адвоката. Аутори Роналд Гилсон и Роберт Мнукин (Ronald Gilson, Robert Mnookin) истражујући поступања адвоката у појединим америчким градовима попут Сан Франциска и Њујорка дошли су до закључка да у мањим срединама, међу адвокатима који се баве породичним споровима постоји жеља за кооперативним понашањем, уместо жеље за победом и такмичењем у парници.[39] Оваква тенденција заправо је последица чињенице да се у мањим срединама адвокати међусобно чешће срећу у судницама, те се самим тим боље познају и имају простора да стварају репутацију некога ко је спреман на сарадњу, пре него на сурову борбу.

---

[33] Гордана Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2014, 169.

[34] *Ibid.*

[35] Г. Ковачек Станић (2004), 170.

[36] Вид. члан 2 Правилника о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, *Службени гласник РС* бр. 44/2006.

[37] Т. Митровић, 19.

[38] *Ibid.*

[39] Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation, Columbia Law Review 94, 1994., 538.

Међутим, овакво поступање подразумева само жељу појединих адвоката, која не мора бити услишена од друге стране. Да би овакав модел понашања заживео, неопходно је да већина адвоката разуме и прихвати да је начин поступања у породичним споровима битно другачији и да не подразумева супротстављеност две стране, већ да главни задатак мора бити подстицање комуникације међу партнерима као супружницима са једне, али и као родитељима са друге стране и усмеравање преговора ка мирном решавању спора.

Недостатак наведеног приступа, превазишао је адвокат из Минеаполиса Стјуарт Веб (Stewart Webb) који се бавио адвокатуром 25 година и то највећим делом породичним споровима. Након овако богатог искуства, Веб је остао разочаран у право, пре свега природом поступка који чланове породице поставља као противнике. Као резултат његовог рада, развијен је модел за решавање породичних спорова, где је споразум постављен као основни циљ коме треба тежити. Овај модел, познат и као колаборативно право (collaborative law), подразумева истовремено учешће страна и њихових адвоката који су спремни да преговорима покушају избећи судски поступак.[40]

Попут посредовања, колаборативни развод је процес у којем супружници преговарају о прихватљивом споразуму уз одређену стручну помоћ. Уместо да се у поступак укључи један, неутралан посредник супружници у овом случају ангажују посебно обучене адвокате који их заступају и саветују и помажу у преговарању и постизању споразума. Обично оба супружника и њихови адвокати потписују посебан споразум којим се од адвоката тражи да се повуку из случаја ако се не постигне поравнање и случај ипак заврши на суду. Колаборативни развод може укључивати и друге стручњаке, као што су стручњаци центра за социјални рад или порески саветници, који су посвећени пружању помоћи у решавању случаја без парнице. Иако се могу учити извесне сличности са поступком посредовања, одређене разлике ипак постоје. Као што је истакнуто, у поступку медијације, поред самих страна укључен је и посредник чија улога је у потпуности неутрална и који нема капацитет да предлаже могућа решења, већ да својом стручношћу наводи стране да сам дођу до прихватљивих опција. Са друге стране, колаборативни развод подразумева да сваку страну заступа адвокат и чија улога је далеко активнија. Имајући то у виду, овај поступак може више одговарати оним особама које сматрају да нису у стању да заступају своје ставове самостално и које сматрају да је друга страна далеко доминантнија и да се

[40] Од 1990. године, када се овај вид решавања спорова појавио, прихваћен је у већем делу Сједињених Америчких Држава, Европе, Канаде и Аустралије. Више од 22.000 правника широм света обучено је за учествовање у овој врсти поступака из најмање 46 држава. У неким земљама овај поступак постао је примарни за решавање развода, решавање стамбених и других породичних спорова.

у таквој констелацији неће успешно заузети за сопствени положај у поступку медијације. Поред наведеног, у поступак колаборативног развода могу да се укључе и други стручњаци који могу допринети постизању коначног споразума. На крају, адвокати који су укључени у поступак колаборативног развода не могу ни под којим условима, заступати своје клијенте пред судом уколико не буде постигнут споразум.

## АПРОКСИМАЦИЈА – УНАПРЕЂЕЊЕ ПОСТОЈЕЋЕГ МАТЕРИЈАЛНОПРАВНОГ ОКВИРА

Као што је и истакнуто, највећи проблеми у области породичног права настају у споровима који се тичу одлучивања о вршењу родитељског права, односно када се ради о питањима која се тичу деце.

Према позитивном законодавству, након развода брака, односно престанка ванбрачне заједнице, вршење родитељског права може бити заједничко или самостално. Као неопходан услов да би било одређено заједничко старање, неопходан је писмени споразум родитеља.[41] Поред тога, родитељи могу да се споразумеју да ће родитељско право вршити један од њих самостално. Међутим, уколико међу родитељима не постоји споразум, одлуку о начину вршења родитељског права доноси суд примењујући различите критеријуме.[42] Међутим, Породични закон не наводи прецизне критеријуме које судија узима у обзир приликом доношења одлуке о самосталном вршењу родитељског права, али будући да су отац и мајка равноправни у вршењу родитељског права, није дозвољено a priori дати предност једном од родитеља.[43] Поред тога, Породични закон истиче и да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета (чл. 6 ст. 1). Уколико се ради о детету које је навршило 15 година и које је способно за расуђивање, Породични закон предвиђа да оно има право да одлучи са којим родитељем ће живети. На овај начин, закон заправо жељу

[41] Гордана Ковачек Станић, Сандра Самарџић, Милица Ковачевић, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1285–1303. Више о заједничком вршењу родитељског права у: Гордана Ковачек Станић, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравишта детета као облика заједничког вршења родитељског права", *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније: тематски зборник.* Књ. 3 [главни и одговорни уредник Ранко Кеча]., Нови Сад, Правни факултет, 2015, стр. 137-156.

[42] Гордана Ковачек Станић, Сандра Самарџић, „Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 869–890.

[43] *Ibid*.

детета поставља као један од критеријума за одлучивање о поверавању детета једном од родитеља на самостално старање.[44]

Међутим, и поред наведеног, коначна одлука зависи од низ других фактора, који њено доношење чине нимало лаким задатком. Наиме, када родитељи не постигну споразум о начину вршења родитељског права, у највећем броју случајева, за помоћ се обраћају суду. Чињеница да судски поступак поставља (бивше) супружнике, односно родитеље на супротстављене позиције свакако да само још додатно отежава ионако деликатне односе. У поступак се по правилу укључује и Центар за социјални рад[45], чији задатак се, поједностављено говорећи, сасвим погрешно своди на давање мишљења који родитељ је „бољи", подстичући тако родитеље на својеврсно такмичење. Не дешава се ретко да у оваквим ситуацијама дође и до лажног пријављивања за насиље у породици, како би се положај родитеља, бржег у пријављивању, привидно побољшао. Поред тога, веома често родитељи управо преко деце виде начин да се освете бившем партнеру, занемарујући у потпуности интересе деце, који би морали бити од пресудног значаја.[46] Чињеница је да у ситуацијама када се бракоразводни поступци покрећу, односи међу партнерима већ су одавно поремећени, али чини се да би одређена правна решења могла допринети заустављању даљих конфликата, односно реструктурирању породице за будуће потребе.[47]

Наиме, ауторка Елизабет Скот (Elizabeth Scott) је још 1992. године изнела идеју која би могла да допринесе смањивању тензија међу родитељима будући да би они унапред могли знати какву одлуку могу да очекују, имајући у виду њихово претходно понашање.[48]

Како ова ауторка истиче, одлучујући о вршењу родитељског прва, можемо наићи на заговорнике две врсте модела. Најпре, са једне стране су они који фаворизују самостално вршење родитељског права, пре свега од стране

---

[44] *Ibid*. Такође, ПЗС предвиђа да се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у свим питањима која га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима, а у складу са његовим годинама и зрелошћу (чл. 65, ст. 3).

[45] У Породичном закону Србије је предвиђено да је суд дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима, пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о вршењу односно лишењу родитељског права (чл. 270).

[46] У једном поступку који је вођен ради утврђивања начина вршења родитељског права, отац је од мајке одвојио дете са непуних годину дана док је још увек сисало и током првостепеног поступка био је истрајан да онемогући мајци да виђа дете без оправданих разлога. *Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж2. 167/18 од 12. априла 2018. године, Билтен Апелационог суда у Новом Саду,* 9/2018, 94-96.

[47] Clare Huntington, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*, Oxford University Press, 2014, 125.

[48] Elizabeth S. Scott, Pluralism, „Paternal Preference, and Child Custody", *California Law Review*, Vol. 80, 1992.

мајке, будући да признају и подржавају улогу мајке као примарног родитеља, односно чињенице да су мајке те које на самом почетку успостављају ближи однос са децом. Са друге стране су они који потенцирају заједничко вршење родитељског права, а који настоји да истакне значај, односно једнакост оба родитеља у одгајању детета.

Међутим, заговарање једног или другог модела, заправо не узима у обзир најбољи интерес детета, будући да занемарује, или бар чини споредним, улогу коју су родитељи имали у одгајању детета пре него што је до разилажења међу родитељима дошло. Поред тога, како Скот истиче, давање предности мајкама заправо ојачава стереотипно схватање према којем су само мајке те које треба да брину од деци. Са друге стране, потенцирање заједничког вршења родитељског права, понекада даје очигледну предност очевима, гледано краткорочно.[49]

Имајући наведено у виду, она предлаже увођење тзв. правило апроксимације, које подразумева да се приликом одлучивања о вршењу родитељског права у обзир узме начин на који су родитељи бринули о детету пре развода, а да се затим такав модел примени и на новонасталу ситуацију.[50] Према наведеном правилу, онај родитељ који је већински проводио време са децом, морао би бити у истој ситуацији и након развода. Овакав приступ одсликава стварне преференције родитеља и заправо се поклапа са начином на који би родитељи свакако организовали своје виђање са децом. Будући да би се на овај начин практично само продужио начин функционисања који је постојао у неком дужем временском периоду, то у крајњој линији доводи до смањивања могућих конфликата међу родитељима, а пружа и извесну стабилност деци.[51] Поред тога, родитељи би од самог почетка знали да ће евентуални будући положај зависти пре свега од њихове дотадашње улоге и посвећености као родитеља.

Наравно, не могу се занемарити ни негативне стране оваквог модела. Најпре, овакав приступ у неповољан положај ставља оног родитеља који је обезбеђивао финансијску сигурност породици и уз то можда развио са дететом здрав и комплетан однос, али је био мање укључен у његове свакодневне активности. Јасно је да би споразум родитеља морао имати јачу снагу од самог правила апроксимације и да би могао да превазиђе овакве његове недостатке. Међутим, у случају да споразум није могуће постићи, примењивало би се поменуто правило. Поред наведеног, могуће је и да родитељ који је проводио више времена са дететом, неће бити у истој могућности када дође до развода, односно престанка ванбрачне заједнице.

[49] *Ibid*, 618.
[50] *Ibid*, 615.
[51] *Ibid*.

Иако поменути модел свакако има своје недостатке, једно је сигурно, а то је да ствара одређену извесност код родитеља, који унапред могу да претпоставе како ће изгледати вршење родитељског права, односно модел виђања након развода. На тај начин смањује се број судских спорова који могу да трају и који у крајњој линији, већ поремећене и пољуљане породичне односе још више дестабилизују. Како неки аутори истичу, тренутно не постоји правило које одређује начин вршења родитељског права након развода родитеља, те једино што нам преостаје јесте да се водимо недовољно јасним стандардом најбољег интереса детета,[52] односно да, у ситуацијама када се ради о деци која су у могућности да искажу своје мишљење, будемо вођени њиховим жељама.

## ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Анализирани примери показују да право може имати много значајнију улогу у заштити породице, односно породичних односа. То се пре свега односи на ситуације када породице пролазе кроз извесне транзиције и када је њено реструктурирање неопходно за потребе даљег функционисања, будући да у већини случајева потреба за одржавањем породичних односа не престаје разводом, односно разилажењем ванбрачних партнера.

Правни оквир Републике Србије у доброј мери настоји да испрати актуалне тенденције, те садржи решења која би, у својој пуној примени, умногоме допринела смањивању конфликата и побољшању комуникације и даље сарадње између бивших супружника, односно партнера, нарочито у случајевима постојања заједничке деце. Проблем је што се могућности које нуди српско законодавство користе у недовољној мери. То се најпре односи на поступак медијације, односно посредовања који је неправедно запостављен и на чијој би се промоцији и активнијој примени морало радити. Иако је поступак медијације у области брачних спорова, омогућен пре више од 15 година, и даље је његова примена само фрагментарна. Наиме, примена метода решавања спорова који нуди странама могућност да заједнички дођу до решења које ће бити прихватљиво свима, односно да се победа оствари на начин који омогућава даље, здраво функционисање између чланова породице, морала би представљати правило, а никако изузетак, нарочито у ситуацијама када постизање споразума утиче на децу. Чини се да би се у тим случајевима могао предвидети и обавезан поступак медијације, као прва фаза која следи након подношења тужбе или као фаза која претходи покретању бракоразводног поступка.

[52] David L. Chambers, „Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce", *Michigen Law Review*, Vol. 83, 1984, 477-569.

Поред овог поступка, у упоредном праву срећемо и још један, сличан поступак, који такође подразумева изостављање судије и судског поступка, а укључује активно учешће страна и њихових адвоката. Наравно, овакав поступак подразумева и једну корениту промену у схватању правника који се баве породичним односима, а која заправо подразумева посматрање ове области као нарочито специфичне и апсолутно неадекватне за „одмеравање снага", какво се иначе среће у судским аренама као традиционалном окружењу за решавање породичних спорова. Спровођење овакве промене било би добро започети још у току едукације будућих правника, у виду посебних програма са циљем припреме будућих правника за обављање правничке делатности у области породичних спорова.

На крају, увођење извесних промена у области породичног материјалног права, попут правила које јасно одређује начин на који ће се родитељско право вршити након престанка брака, односно ванбрачне заједнице, у значајној мери може да допринесе смањивању тензија и сукоба међу партнерима што у крајњем исходу доприноси заштити интереса детета.

Иако смо као друштво, прихватили да је аутономија, најпре појединца, а затим и породице, једини исправан приступ, не можемо занемарити ни чињеницу да су стабилне, здраве породице основ за добробит целог друштва. Правни систем не би смео дозволити да устукне и не пружи свој максимум у оквирима дозвољених граница. Тежња ка реструктурирањем породице, онда када је то неизбежно, на начин који подразумева постављање стабилног темеља за њено даље функционисање, морао би бити императив сваког друштвеног, па и правног система.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

Билтен Апелационог суда у Новом Саду, 9/2018, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж2. 167/18 од 12. априла 2018. године, 94-96.

Деспотовић Станаревић Вера, Медијација у случајевима развода/раздвајања, у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014.

Јовановић Владан, Правни оквир примене медијације у Србији, у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014, 159-172.

Јовановић Владан, Џамоња Игњатовић Тамара, „Алтернативно решавање спорова и преговарање", у: Медијација – принципи, процес, примена, Центар за примењену психологију, Београд, 2014,

Ковачек Станић Гордана, „Најбољи интерес детета: Законска претпоставка за одређивање наизменичног боравишта детета као облика заједничког вршења родитељског права", *Хармонизација српског и мађарског права са*

*правом Европске уније: тематски зборник.* Књ. 3 [главни и одговорни уредник Ранко Кеча]., Нови Сад, Правни факултет, 2015, стр. 137-156.

Ковачек Станић Гордана, „Принцип самоодређења у породичном праву кроз историју и данас", Зборник матице српске за друштвене науке 116-117/2004,

Ковачек Станић Гордана, *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2014, 169.

Ковачек Станић Гордана, Самарџић Сандра, „Критеријуми за одлучивање о вршењу родитељског права после развода брака у теорији и пракси", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2018, 869–890.

Ковачек Станић Гордана, Самарџић Сандра, Ковачевић Милица, „Развод брака и заједничко родитељско старање као последица развода брака у теорији и пракси", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2017, 1285–1303.

Митровић С. Тања, „Специјализација судија за решавање брачних спорова", *Право – теорија и пракса*, бр. 10–12, 2019, 21-22.

Пољавић Зоран, „Пристанак детета на медицинску негу – између аутономије и патернализма", *Правни живот*, 10/2013, 91-160.

Русо Жан Жак, *Емил или о васпитању*, књ. I, Књижарница Рајковића и Ђуковића, Београд – Теразије, 1925.

Archard David, *Children, Rights and Childhood*, Routledge, London – New York, 2004.

Chambers, David L. „Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce", *Michigen Law Review*, Vol. 83, 1984, 477-569.

Emery E. Robert, David Sbarra, Tara Grover, Divorce mediation: Research and Reflections, *Family Court Review*, Vol. 43(1), 2005, 22-37.

Gilson J. Ronald & Mnookin H. Robert, Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation, Columbia Law Review 94, 1994, 509-566.

Goldstein Joseph, „Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy", *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1977, 645-670, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?=3449&context=fss_papers, 15.11.2020.

Huntington Clare, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships*, Oxford University Press, 2014.

Kelsey Beverly, „Shall These Children Live?", A Conversation with Dr. Raymond S. Duff, *Reflection, Yale Divinity School Magazine*, No.72, Jan.1975, 4-7; према: J. Goldstein, 1977.

Kelsey Beverly, Raymond S. Duff, „Which Infants Should Live? Who Should Decide?", *The Hastings Center Report*, Vol. 5, No. 2 (Apr., 1975), 5-8.

Moore W. Christopher, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 2014

Parkinson Patrick, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge University Press, 2011, 187-188.

Scott S.Elizabeth, Pluralism, „Paternal Preference, and Child Custody", *California Law Review*, Vol. 80, 1992.

Watson S. Andrew, „Children, Families, and Courts: Before the Best Interests of the Child and Parham v. J. R.", *Virginia Law Review*, Vol. 66, 3/1980 (The P. Browning Hoffman Memorial, Symposium on Law and Psychiatry), 653-679.

Правилник о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, Службени гласник 44/2006.

Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* бр.18/05, 72/2011 – др. Закон и 6/2015

Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС, бр. 125/2004 и 111/2009.*

Закон о посредовању – медијацији, *Службени гласник РС* бр. 18/05

Закон о посредовању у решавању спорова, *Службени гласник РС* бр. 55/2014.

Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

*Gordana B. Kovaček Stanić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs*

*Sandra O. Samardžić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs*

## Does (Family) Law Protect Family?

***Abstract:*** *Although we cannot ignore the fact that the law in some way affects the family from the very beginning by determining who is considered a family member, what are their mutual rights and obligations, how certain relationships are formed and how they end, modern understanding of the family, however, necessarily implies respect for the extremely wide field of family, that is parental autonomy. Such an understanding could, in the most extreme form, result in an almost complete absence of responsibility of the state or the legal system for everything that happens in the family. In this sense, there are very weak formal legal obligations of the state in taking an active role in strengthening the family, and in practice there is virtually no involvement of the state in strengthening ties within the family before certain problems arise. On the other hand, if someone has the potential to protect the family and its members, then it is certainly the legal system. The protection of the family must not be reduced only to the question of how to do it, but also at what moment or whether the protection and development of healthy family relationships must be an issue to be addressed much earlier, even before the family is formed. In that sense, counseling or conversations with competent persons, can be of special importance. Also, although they are relatively foreign to our culture, the popularization of prenuptial agreements and presenting future spouses or common law partners with the possibilities of this agreement provides, can contribute to the avoidance of later property disputes. In this paper, the focus will, however, be on certain solutions that can help in situations where there is already a disturbance in the relationship between family members, that is between spouses or common law partners. Any attempt to calm the situation, or moderate and careful intervention in family relations, can primarily be achieved by insisting on certain alternative ways of resolving disputes. In addition, the existence of specialized judges, as well as lawyers, who would implement significant changes in the education system of future lawyers, but also*

*in the field of practice, can also greatly contribute to this goal. Finally, certain changes in the field of family substantive law can also be of great importance. In that sense, this paper primarily focuses on certain solutions proposed in theory, their analysis in the context of Serbian legislation, as well as on possible further changes in domestic regulations. Namely, although some proposals have already found their place in the positive legislation of Serbia, it remains uncertain to what extent these provisions have been applied and whether they really contribute to maintaining stable family relations in situations when relations are seriously disturbed.*

***Keywords:*** *family law, mediation, exercising parental responsibility, family disputes.*

Датум пријема рада: 18.01.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Прегледни рад

351.746.2:[347.763:336.74(4)
doi:10.5937/zrpfns55-32247

*Љубомир С. Стајић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Горан Ј. Мандић*
*Универзитет у Београду*
*Факултет безбедности*
*goran.mandic@fb.bg.ac.rs*

*Ненад П. Радивојевић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

# ПРИВАТНА БЕЗБЕДНОСТ И ЈЕДИНСТВЕН СИСТЕМ ПРЕКОГРАНИЧНОГ (ОБЕЗБЕЂЕЊА) ТРАНСПОРТА НОВЦА ИЗМЕЂУ ЗЕМАЉА ЧЛАНИЦА ЕВРОЗОНЕ*

***Сажетак:*** *Настанком Европске уније (ЕУ) потписивањем Маастрихтског споразума, увођењем јединственог тржишта и слободе кретања радне снаге и увођењем евра као заједничке валуте настао је проблем прекограничног друмског транспорта готовог новца и вредносних пошиљки између чланица Еврозоне. Ово због тога што су скоро све земље чланице ЕУ имале мање-више различита решења и праксу за ту врсту транспорта. ЕУ је проблем пробала да реши усвајањем Уредбе број 1214/2011 о професионалном прекограничном друмском транспорту готовог новца између чланица Еврозоне. Поменута Уредба успешно је решила многа питања везана за ову проблематику као што су: издавање одговарајућих дозвола, максимално трајање доставе, права и обавезе тимова, потребна знања и вештине људи, ношење оружја у земљи домаћина, врста и опрема возила, узајамно обавештавање и сл.*

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту *„Правна традиција и нови правни изазови"* у 2021. години, а чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

*Иако је интенција била успостављање јединственої система прекограничної транспорта новца поред значајної напретка у функционисању приватної обезбеђења може се рећи да због тога што су неке земље задржале своје специфичности јединствен систем са истим правилима није успостављен у потпуности чиме је (на известан начин) отежано функционисање компанија за транспорт новца.*

*У раду су наведене и обрађене предности и недостаци јединственої система (обезбеђења) прекограничної транспорта новца по наведеној Уредби. Република Србија као земља на путу чланства у ЕУ има посебан интерес да се упозна и на време припреми за усклађивање својих правних решења и праксе којима се регулише наведена област (делатност) приватне безбедности.*

***Кључне речи:*** *приватна безбедност, хармонизација, транспорт новца, прекогранични друмски транспорт новца, Европска унија.*

## 1. УВОД

На нивоу Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), у условима коришћења јединствене валуте (евро) у више земаља са различитим правним решењима и праксом за транспорт новца и вредносних пошиљки проблем постаје знатно сложенији и требало га је решити. Иако је велики број приватних безбедносних компанија основано на простору Европе и ако учествују у бројним мисијама и операцијама у оквиру Европске безбедносне и одбрамбене политике или делегација ЕУ, ЕУ нема јединствен правни оквир који уређује области приватне безбедности.[1] Питање транспорта новца је свакако једно од кључних области делатности приватне безбедности која у значајној мери доприноси развоју јединственог европског тржишта, због чега је било неопходно да се предузму одређене легислативне активности на том плану. ЕУ је настојала озбиљније да реши тај проблем усвајањем Уредбе ЕУ број 1214/2011 о професионалном прекограничном друмском транспорту готовог новца у еврима између држава чланица Еврозоне (у даљем тексту: Уредба) од 16.11.2011. године.[2]

Проблем и пракса решења у ЕУ по овом питању значајна су и за друге земље па и Р. Србију прво због добре праксе и решења, друго због огромне количине евра који је у оптицају у нашој земљи а стиже из европских штам-

[1] Вид. *Report on private security companies (2016/2238(INI))*, Committee on Foreign Affairs, European Parliament, A8-0191/2017, 17.5.2017, p. 7, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0289, 1. април 2021.

[2] Regulation (EU) No 1024/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the professional cross-border transport of euro cash by road between euro-area Member States, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2011/1214/oj, 15. март 2021.

парија новца, а треће због тежњи да се постане део ЕУ, када ће бити потребно ускладити и ове прописе са прописима ЕУ.

На основу изнетог у овом раду пошло се од следеће хипотезе: Јединствен систем прекограничног друмског транспорта готовог новца у еврима између чланица Еврозоне не значи и потпуно усклађен систем транспорта новца јер се заједничка правила примењују само на прекогранични транспорт.

Због поменутих различитости, као и вероватно, разлика у потребама и жељама чланица Еврозоне, није било могуће потпуно хармонизовати област транспорта новца. Стога, Уредба укључује скуп заједничких правила, али се оставља могућност да се одређена питања, питања која су нарочито назначена у Уредби, регулишу националним прописима државе чланице.

У тексту који следи, дат је кратак осврт на стање у области транспорта новца пре усвајања Уредбе на нивоу ЕУ, а онда и преглед једног дела одредаба Уредбе како би се читаоцу покушао приближити начин регулисања једне велике и свакако значајне функције приватне безбедности – транспорт новца. Уредба је ограничена на друмски транспорт новца у еврима између држава чланица у којима је званична валута евро. Надовезујући се на одредбе Уредбе, у раду су дати и коментари на основу појединих докумената заснованих на Уредби.

## 2. ТРАНСПОРТ НОВЦА ИЗМЕЂУ ЗЕМАЉА ЕВРОЗОНЕ

Различити правни режими у појединим државама чланицама ЕУ отежавали су транспорт новца између држава, нарочито у ситуацији након увођења евра 2002. године. Данас, укупно 19 од 27 држава чланица ЕУ користи евро као званичну валуту, чиме је конституисана Еврозона.[3]

Пре 2011. године, транспорт новца између држава чланица Еврозоне, није био јединствено регулисан. Наиме, иако су транспорт обављале професионалне безбедносне компаније, разлике у националним прописима, а у вези са транспортом новца нису дозвољавале успостављање јединственог система транспорта. Неке од наведених разлика испољавале су се у погледу опреме и наоружавања возила за транспорт, бројног стања тима за транспорт, обучавања особља, употребе система за неутрализацију новчаница и др.

Како би се очигледан проблем превазишао, Комисија ЕУ је у првој половини 2008. године покренула консултације са заинтересованим странама о друмском прекограничном транспорту новца у еврима. Консултације су резултирале усвајањем Беле књиге о професионалном друмском прекогра-

[3] О државама чланицама и нечланицама Еврозоне вид. *Which countries use the euro*, https://europa.eu/european-union/about-eu/euro/which-countries-use-euro, 5. април 2021.

ничном превозу новца у еврима између држава чланица Еврозоне 18. маја 2009. године.[4] На овај начин, Комисија ЕУ је отворила тему за разматрање и дала предлоге мера за регулисање ове области и успостављање јединственог, ефикасног и безбедног система транспорта новца.

Значајан корак у успостављању јединственог система транспорта новца у оквиру Еврозоне начињен је усвајањем Уредбе која је почела да се примењује 30. новембра 2012. године. На овај начин, први пут је утврђен скуп заједничких правила транспорта која важе у државама чланицама. Уредба се у целости и директно примењује у државама чланицама Еврозоне, у складу са Уговорима о оснивању ЕУ.

Уредба под прекограничним превозом евро готовине у друмском саобраћају подразумева професионални превоз новчаница или кованица из државе чланице Еврозоне, било уз накнаду у корист трећих лица или обављен у оквиру компаније која врши транспорт готовог новца возилом друмским путем ради снабдевања/прикупљања новчаница или кованица евра с једне или више локација у једној или више држава чланица и у држави чланници порекла. При томе, могућ је превоз максимално 20% готовине која није евро у односу на укупну вредност готовине која се превози у истом возилу – где је већина испорука/преузимања готовине у евру извршено специјалним возилом током истог дана, на територији државе чланице домаћина, или, у случају превоза од тачке до тачке, где се превоз одвија између две различите државе чланице.[5]

## 3. ОПШТИ ОСВРТ НА УРЕДБУ

Поред уводних одредабама у којима се наводе разлози у вези циља и сврхе доношења Уредбе, она садржи 29 чланова, а сама структура Уредбе уређена је кроз три главна одељка и седам прилога. Три главна одељка су:

1. Заједничка правила којима се уређује сав прекогранични друмски транспорт готовог новца у еврима;
2. Посебна (специфична) правила за сваку врсту транспорта;
3. Завршне одредбе.

У оквиру првог дела поред значења појмова и случајева у којима се Уредба не примењује, обрађена су и следећа питања:

– Полазно место, максимално трајање и број достава/преузимања готовог новца у еврима;

[4] *White paper on professional cross border transportation of euro cash by road between Member States in the euro area*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009DC0214, 5. април 2021.

[5] Уредба, чл. 1, ст. 1, тач. б).

– Дозвола за прекогранични транспорт готовог новца;
– Тим за транспорт готовог новца;
– Ношење оружја;
– Опрема возила за транспорт готовог новца;
– Улога националних полицијских снага;
– Правила за осигурање безбедности локација доставе/преузимања готовог новца у „држави чланици домаћину";
– Уклањање неутрализованих новчаница из оптицаја;
– Узајамно обавештавање;
– Обавештавање пре почетка прекограничног транспорта.

Поред заједничких правила за транспорт, установљена су посебна правила за сваку врсту транспорта (односно врсту возила којим се транспорт новца врши). Циљ посебних правила јесте да уреде транспорт новчаница:
– у оклопном возилу за транспорт готовог новца уобичајеног изгледа, опремљеног системом за неутрализовање новчаница;
– у неоклопљеном возилу за транспорт готовог новца с јасном ознаком која указује да је опремљено системом за неутрализовање новчаница;
– у возилу за транспорт готовог новца с оклопљеном кабином опремљено системом за неутрализовање новчаница;
– у потпуно оклопном возилу за транспорт готовог новца које није опремљено системом за неутрализовање новчаница;
– у потпуно оклопном возилу за транспорт готовог новца које је опремљено системом за неутрализовање новчаница и кованица;
– у неоклопљеном возилу за транспорт готовог новца;
– у возилу с оклопном кабином.

## 4. ЗАЈЕДНИЧКА ПРАВИЛА КОЈИМА СЕ УРЕЂУЈЕ ПРЕКОГРАНИЧНИ ДРУМСКИ ТРАНСПОРТ ГОТОВОГ НОВЦА У ЕВРИМА

Узимајући у обзир постављен предмет истраживања и хипотезу овог рада, у наставку ћемо анализирати поједне одредбе Уредбе, документа усвојена на основу Уредбе и Извештај Европске комисије (у даљем тексту: Извештај)[6], а који се тичу: времене у којем се врши транспорт новца, издавања

[6] Извештај Европске комисије се односи на анализу стања примене Уредбе, а обухвата период од почетка примене Уредбе 2012. године до 1. децембра 2016. године. Вид. Уредба, чл. 26 и Извештај Европске комисије (*Report from the Commission to the European Parliamanet and the Council on the implementation of Regulation (EU) No 1214/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the professional cross-border transport of euro cash by road between euro-area Member States pursuant to article 26 of this Regulation*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0005&qid=1604402401370#footnote34, 2. април 2021.).

дозволе за транспорт компанијама и запосленима, тима за транспорт, обуке, ношења оружја, успостављања јединствене централне националне „контакт тачке", употребе специјалних средстава за заштиту новчаница, опремљености возила која врше транспорт, улози националних полицијских снага, обавези прикупљања података од стране држава и Европске комисије и њихово објављивање.

У складу са одредбама Уредбе, прекогранични транспорт готовог новца у еврима (у даљем тексту: транспорт новца), обавља се по дану, односно између 6:00 и 22:00 сати истог дана, тако да возило за транспорт полази из „државе чланице порекла" и у њу се враћа истог дана. Међутим, дозвољава се одступање од наведеног, тако да се транспорт може обавити и у распону од 24 часа, с тим што је у том случају неопходно да ноћни транспорт буде дозвољен законима националних држава чланица. С обзиром на то да је реч о прекограничном транспорту, у Уредби је јасно наведено да ноћни транспорт морају дозвољавати закони и „државе чланице порекла" и „државе чланице домаћина", али и „државе/а чланице/а транзита". Број достава/преузимања готовог новца у еврима, које возило за транспорт готовог новца може обавити у „држави чланици домаћину" током истог дана није ограничен.[7] Наведено решење је у потпуности оправдано узимајући у обзир безбедносну праксу да је пожељно да се транспорт обавља преко дана и у што краћем року. Такође, уважена је и могућност да се, у изузетним случајевима, обави транспорт ноћу, али је то препуштено државама чланицама да уреде својим националним законодавством.

Да би се вршио прекогранични транспорт, неопходно је поседовање дозволе за исти. Наиме, компанија које жели да врши прекогранични транспорт, мора да поднесе захтев за издавање дозволе органу надлежном за то, у својој „држави чланици порекла", односно у држави у којој је регистрована.[8] Надлежни (национални) орган ће издати дозволу за прекогранични транспорт на период од пет година уколико компанија испуњава услове за добијање дозволе, прописане овом Уредбом.[9] Добијајући ову дозволу, компанија може да врши прекогранични транспорт и није у обавези да поседује и дозволу Заједнице за међународни друмски транспорт робе. Изглед дозволе прописан је Уредбом (Прилог 1), чиме се онемогућује израда различитих дозвола од стране сваке државе чланице Еврозоне.[10]

Анализом Извештаја можемо видети да у посматраном периоду није било проблема са издавањем дозвола за транспорт. Свака пријава је резултирала добијањем дозволе.[11]

[7] Уредба, чл. 1, ст. 1, тач. x) и чл. 3.

[8] *Ibid.*, чл. 4, ст. 1.

[9] О условима за добијање дозволе вид. Уредба, чл. 4, ст. 2.

[10] Уредба, чл. 4, ст. 3 и 4.

[11] Извештај, стр. 6.

У оквиру посебног акта донесеног на основу Уредбе[12], наведене су државе чији органи издају дозволе за транспорт. Подаци о државним органима, називу, адресама и контакт подацима дати су за следеће државе: Аустрија, Белгија, Немачка, Естонија, Ирска, Шпанија, Финска, Француска, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Норвешка, Португал, Словачка, Словенија. Са друге стране, наведени подаци нису наведени за државе чланице, Кипар, Грчку и Малту, иако исте припадају Еврозони.

У Извештају се даље наводи да је до 2017. године додељено 25 прекограничних дозвола за транспорт комапнијама, и то: Француска (3), Немачка (7), Италија (2), Холандија (3), Аустрија (1), Шпанија (2), Словачка (2) и Словенија (5). Немачка је издала највећи број дозвола (28%), затим Словенија (20%), што је скоро половина укупног броја издатих дозвола у анализираном периоду. Оно што се издваја у Извештају јесте чињеница да у овом периоду, Белгија и Луксенбург нису издале ниједну дозволу, што је занимљиво с обзиром на њихов географски положај, густину насељености и развијеност привреде. Такође, занимљиво је напоменути да, иако су Уредбом створена заједничка минимална правила за прекограничне активности, неколико компаније које су добиле дозволу за прекогранични транспорт у посматраном периоду нису почеле са радом, јер се пословне могућности које су очекивали да ће добити дозволом нису остварили из економских разлога или због постојећих препрека.[13]

Даље, Уредбом је предвиђено да транспорт новца врши тим за транспорт новца, у возилима намењеним за то. Поред одговарајуће здравствене способности и некажњавања, услови које чланови тима треба да испуне јесу успешно похађање најмање 200 сати основне обуке (која не укључује и обуку о употреби ватреног оружја), као и познавање језика нивоа А1 који се користи у „држави чланици транзита" и „држави чланици домаћина".[14] Да би се усагласила обука лица који се обучавају за транспорт новца, на територији Еврозоне, Уредбом су у Прилогу 6 прописани „Минимални услови почетног обучавања за чланове тима за транспорт готовог новца који обављају прекогранични транспорт готовог новца у еврима". Поред обуке која је прописана на нивоу националних држава, наведени Модул обавезује чланове тима на обуку у посебним областима кроз модуле наведене управо у Прилогу 6.

Поред познавања језика нивоа А1 који се користи у „држави чланици транзита" и „држави чланици домаћина" и који се захтева од тима за транспорт,

[12] *National authorities granting CIT licences in the euro-area Member States – Article 11(2)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/overview_national_authorities_granting_cit_licences_0.pdf, 6. април 2021.

[13] Извештај, стр. 6 и 7.

[14] Уредба, чл. 5.

компанија која врши транспорт мора имати одређен број запослених чије ће познавање релевантних језика који се користе у државама чланицама Еврозоне, бити на нивоу Б1. На овај начин, компанија осигурава да се транспорт новца обави без језичких потешкоћа, односно да тим које врши транспорт може уз помоћ запосленог у компанији, а преко везе са контролним центром, да оствари ефикасну комуникацију у „држави чланици транзита" и „држави чланици домаћина".[15]

Државе чланице су у складу са чл. 5, ст. 1 Уредбе у обавези да обавесте Комисију о својим специфичним захтевима за обуком особља које врши обезбеђење транспорта новца. Комисија је са своје стране осигурала да се те информације објављују на свим службеним језицима ЕУ који су службени језици релевантних држава чланица учесница путем одговарајућих канала, с циљем информисања свих актера укључених у прекогранични транспорт новца. Па тако, Комисија је у документу под називом *Specific training requirements for CIT security staff Article 11(4)*[16] таксативно навела посебне услове обуке за сваку државу чланицу Еврозоне. Међутим, и у овом документу недостају подаци за одређени број држава, а то су: Кипар, Естонија, Ирска, Грчка и Малта.

Тим које врши транспорт новца носи оружје приликом транспорта. С обзиром на то да национална законодавства нису усаглашена у погледу ношења и врсте оружја и калибра, Уредба прописује да су лица која врше транспорт новца у обавези да следе национално законодавство држава порекла, транзита или домаћина.[17] Ту се и даље поставља поставља питање како поступати за случај кретања преко границе у ситуацији када постоји разлика у врсти и калибру оружја између земаља у којима се врши транспорт новца.

Уколико пак на некој територији није дозвољено ношење оружја, оног тренутка када тим за транспорт новца ступи на територију државе чланице на којој није дозвољено ношење оружја или врста и калибар оружја не одговара националним прописима, дужно је да исто одложи у посебан сеф унутар возила за транспорт новца, а у складу са Европским стандардом ЕН 1143-1. По напуштању територије ових држава, а након провере локације од стране контролног центра, тим ће узети оружје.[18]

У случају да држава у којој је компанија регистрована не дозвољава ношење оружја, компанија је у обавези да осигура да се у возилу за транспорт

---

[15] *Ibid*., чл. 5, ст. 2.

[16] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-4.pdf, 6. април. 2021.

[17] Уредба, чл. 6, ст. 1.

[18] *Ibid*., чл. 6, ст. 2.

налази врста и калибар оружја који је у складу са националним прописима „државе чланице домаћина" у којој је ношење оружја обавезно.[19]

По овом питању, у Извештају[20] се наводи да су компаније указале на проблем одлагања оружја, јер је тешко и скупо применити у пракси прописе у вези са складиштењем оружја у „јаке кутије", како је предвиђено Уредбом, као и примену различитих правних режима кад је у питања ношење или забрана ношења оружја.

Уредба обавезује компаније, односно, тим за транспорт, да поседују службену дозволу или одобрење за ношење оружја издату од стране надлежних органа „држава чланица транзита" и „држава чланица домаћина", наравно, уколико исте дозвољавају ношење оружја. Оно што Уредба олакшава јесте да државе чланице могу признати службену дозволу или одобрење за ношење оружја друге државе чланице, те не морају издавати своје. Такође, Уредбом је регулисан и начин добијања службене дозволе или одобрења за ношење оружја и тиму за транспорт које је запослено у компанији основаном у другој држави чланици, тако да је регулисан и такав случај.[21]

Како би се олакшало добијање поменуте службене дозволе или одобрења за ношење оружја, Уредбом је прописано успостављање јединствене националне „контакт тачке" на нивоу сваке државе чланице, која прима и обрађује захтеве упућене од стране компаније за транспорт и издаје дозволе и одобрења. Рок за одговор компанији је одређен и износи три месеца од добијања потпуне документације.[22]

С обзиром на захтеве Уредбе, а у вези успостављања јединствене централне националне „контакт тачке", у документу под називом *Single central national CIT contact points Article 11(5)*[23], наведени су подаци о „контакт тачкама" за сваку државу чланицу. Подаци за Кипар, Ирску, Грчку и Малту су изостављени у наведеном документу.

Уредбом је такође предвиђено да су сва возила која врше транспорт новца опремљена:

- глобалним системом навигације (*GPS*);
- одговарајућим системом за комуникацију, а у сваком возилу се налазе бројеви за хитне случајеве за контакт са полицијом у „држави чланици транзита" или у „држави чланици домаћину";
- опремом која омогућује регистровање времена и локација свих достава и/или преузимања новца, како би се у сваком тренутку проверила сразмера достављања и/или преузимања новца, сходно одредбама Уредбе;

[19] *Ibid.*, чл. 6, ст. 3.
[20] Извештај, стр. 8.
[21] Уредба, чл. 6, ст. 4.
[22] *Ibid.*, чл. 6, ст. 5.
[23] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-5.pdf.

– (по избору) системом за неутрализовање новчаница (*Intelligent Banknote Neutralisation System – IBNS*).[24]

Тим поводом, у Извештају[25] се наводи да су компаније користиле *IBNS* само када је то обавезно у држави чланици порекла, транзита или домаћина, или пак када се употреба система захтевала од стране осигуравајућих компанија. Интересантно је да је Белгија једина држава чланица у којој се возила опремљена системом *IBNS* морају користити за превоз новчаница.

Компаније које користе возила за транспорт опремљена системом *IBNS*, дужна су да у року од 48 сати од добијања захтева за проверу, доставе надлежним органима држава чланица, писани доказ о одобрењу за систем *IBNS* који користе.[26]

Такође, компаније за транспорт новца дужне су да предају све новчанице које су можда биле неутрализоване, а до којих су дошле обављајући послове из своје надлежности. Те новчанице се предају одговарајућем огранку Националне банке своје државе („државе чланице порекла") и достављају писану изјаву о узроку и врсти неутрализације. Даље, у Уредби се наводи да уколико су те новчанице прикупљене у „држави чланици домаћину", Национална банка те државе о томе обавештава Националну банку „државе чланице порекла".[27]

У Прилогу 2 Уредбе под називом – Систем за неутрализовање новчаница (*IBNS*) прописује се поступак одобравања и поступак тестирања система *IBNS*, прецизирајући уз то да је произвођач система *IBNS* у обавези да надлежним органима достави потврду у којој гарантује да хемикалије које се налазе у систему не могу озбиљно нарушити здравље у случају евентуалног удисања или додира са кожом, уз навођење могућих мера опреза уколико би се исте морале применити, а на основу претходно спроведеног тестирања.

У наведеном Прилогу 2 се даље наводи да се за транспорт може користити само систем *IBNS* који је потврђен. Даље, потврђивање система *IBNS*, треба вршити у складу са посебним европским стандардом. Међутим, све док се тај стандард не успостави, Прилог 2 пружа основу за наведено.

У складу са Уредбом, држава чланица домаћин или транзитна држава које посумњају у техничке карактеристике система *IBNS*, односно, посумња да се новцу може приступити без активирања система, или да је систем измењен тако да не одговара захтевима Уредбе, дужне су да обавесте Комисију и „државу чланицу порекла" и да затраже спровођење тестова ради испитивања исправности система. Такође, имају право да привремено, до објављи-

[24] Уредба, чл. 7.
[25] Извештај, стр. 7.
[26] Уредба, чл. 7, ст. 4.
[27] *Ibid.*, чл. 10.

вања резултата тестова, забране коришћење система, након чега су дужне да о томе обавесте Комисију и остале државе чланице.[28]

На Прилог 2 надовезује се Прилог 3 – *IBNS* Пиктограми, чиме није остављено државама чланицама да импровизују означавање кофера и возила за транспорт ознакама за систем *IBNS*.

Уредба не доводи у питање примену националних прописа који захтевају:

– да се послови превоза новца унапред пријаве полицији;
– да се возила за превоз новца опреме уређајем који полицији омогућује њихово праћење на даљину;
– да превоз велике вредности од тачке до тачке буде у пратњи полиције.[29]

Наведено оставља могућност државама да предузму додатне мере у погледу безбедности транспорта новца, а то је, као што видимо, путем сарадње са полицијом и употребом савремене технологије. Наведно је у потпуности оправдано узимајући у обзир ризике који овај вид транспорта са собом носи, као и различита решења држава у погледу опремљености и обучености особља у компанијама за приватну безбедност.

Оно што није регулисано овом Уредбом јесте понашање тима за транспорт новца изван возила за транспорт новца и безбедност локација на које се доставља, односно, са којих се преузима готов новац у конкретној држави чланици. Наведене ставке су регулисане националним прописима који регулишу ова питања.[30] То значи да се тим за транспорт изван возила за транспорт новца мора понашати у складу са прописима државе у којој се налази, као и да се мора успоставити сарадња са особљем које се налази на локацији са које се новац узима или доставља.

Наведено, односно питања која се не регулишу Уредбом већ националним прописима, као и информације на основу којих су потврдиле систем *IBNS*, државе чланице достављају Комисији. Такође, у обавези су да Комисију без одлагања обавесте о свакој промени која се тиче прописа или потврђених система *IBNS*. Са друге стране, Комисија осигурава објављивање тих правила и пописа потврђених система *IBNS* на свим службеним језицима држава чланица Еврозоне, а са циљем брзог обавештавања свих заинтересованих субјеката укључених у прекогранични друмски транспорт новца.[31]

Правила о улози националних полицијских снага и безбедност локација на које се доставља, односно, са којих се преузима готов новац, као и потврђени дозвољени системи *IBNS* наведени су за сваку државу чланицу у документу под називом *National rules on the role of national police forces and the security of the cash delivery/pick-up locations as wells as information on*

[28] Уредба, чл. 13, ст. 6.
[29] *Ibid.*, чл. 8.
[30] *Ibid.*, чл. 9.
[31] Уредба, чл. 11, ст. 1.

*homologated IBNS Article 11(1).*[32] Податке нису доставили: Кипар, Естонија, Грчка, Ирска и Малта.

Поред наведеног, Комисија осигурава објављивање захтева држава чланица за посебним оспособљавањем тима за транспорт новца ради почетног оспособљавања, о адресама и другим контактним појединостима националних контакт тачака и о релевантном националном праву, као и о адресама и другим контактним појединостима релевантних надлежних органа којима се достављају информације о врсти или врстама возила које ће користити, именима особа које би могле обавити тај транспорт и врстама оружја које се носи.[33]

Државе чланице воде регистар свих компанија којима су издале дозволу за прекогранични транспорт новца и о његовом садржају обавештавају Комисију. Све одлуке о суспензији или одузимању дозволе, уносе се у регистар, и о томе се обавештава Комисија. Опет, са циљем што ефикасније размене информација, Комисија је успоставила базу података о свим издатим, суспендованим и одузетим дозволама, којој могу приступити овлашћени органи држава чланица.[34] Такође, уколико држава чланица повуче дозволу или одобрење за ношење оружја коју је издала члану тима за транспорт новца компаније основане у другој држави чланици, о томе обавештава орган који издаје дозволе у „држави чланици порекла".[35]

За проверу детаља у вези дозвола за транспорт, у складу са Уредбом (ЕУ) бр. 1024/2012[36], може се користити посебан Информациони систем унутрашњег тржишта – *Internal Market Information System (IMI).*

Компанија које врши транспорт, најмање два месеца пре почетка транспорта, обавештава национални орган своје државе („држава чланица порекла") о државама чланицама у којима ће обављати транспорт новца, након чега национални орган обавештава државе чланице о почетку прекограничне активности. Обавеза је и компанија које врши транспорт да достављају информације о врсти или врстама возила које ће користити, именима особа које би могле обавити тај транспорт и врстама оружја које се носи, надлежним органима „држава чланица домаћина".[37]

---

[32] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-1.pdf, 4. април 2021.

[33] Уредба, чл. 11, ст. 4, 5 и 7.

[34] *Ibid.*, чл. 11, ст. 2.

[35] *Ibid.*, чл. 11, ст. 6.

[36] Regulation (EU) No 1024/2012 of the European Parliamanet and of the Council of 25 October 2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System and repealing Commission Decision 2008/49/EC ('the IMI Regulation') са изменама од 16.02.2019., https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02012R1024-20190216, 7. април 2021.

[37] Уредба, чл. 12, ст. 1 и 2.

Оно што је интересантно јесте да су подаци о националним властима у Француској које се обавештавају о националним транспортним аранжманима изостављени из посебног документа под називом *Host authorities to be notified on national transport arrangements Article 11(7)*[38], а чији су главни садржај управо подаци ове врсте. Поред Француске, изостављени су подаци о националним властима на Кипру, у Ирској, Грчкој и на Малти.

Према Извештају[39], дешава се да државе чланице остају ускраћене за информације о прекограничном транспорту, јер се информације које су локална полиција и регионалне управе прикупиле не достављају правилно. Самим тим, државе чланице не могу створити јасну слику о транспорту који се одвија на њеној територији.

## 5. ПОСЕБНА ПРАВИЛА ЗА ПРЕВОЗ НОВЧАНИЦА И КОВАНИЦА

У Одељку 2 Уредбе, прописани су специфични услови за превоз новчаница и кованица, односно посебна правила за сваку врсту возила за превоз. О врсти транспорта одлучује држава чланица и о изабраној врсти возила за превоз обавештава Комисију, која исто то објављује у Службеном листу ЕУ. Месец дана након објављивања, изабрана врста превоза почиње са употребом.[40]

У Службеном листу ЕУ 2017. године, објављен је документ под називом *Applicable Transport Arrangements in the euro-area Member States (Article 13(5)) and in Andorra, Monaco, San Marino and the Vatican*,[41] у којем је за скоро све државе Еврозоне назначено које су модалитете (врсте) транспорта прописане Уредбом усвојиле, као и то да ли су прихваћени модалитети у складу са модалитетима транспорта прописаним националним прописима. Државе за које не постоје подаци у овом документу јесу: Ирска, Грчка, Кипар и Малта.

Поједностављен приказ усвојених модалитета дат је у Табели 1 уз две напомене:[42]

1) Чланови 14-18 Уредбе уређују питања транспорта новчаница, а чланови 19 и 20 транспорт кованица.

---

[38] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-7.pdf, 7. април 2021.

[39] Извештај, стр. 7.

[40] Уредба, чл. 13, ст. 5.

[41] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:139:FULL&from=SV, 4. април 2021.

[42] За детаљан увид у усвојене модалитете и напомене појединих држава чланица, остварити увид у оригинални документ. Документ је доступан на: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:139:FULL&from=SV, 5. април 2021.

2) Ознака ■ представља усвојен модалитет, док □ представља модалитет који ће се усвојити усвајањем нових или прилагођавањем постојећих националних прописа.

Табела 1.

| Чланови Уредбе | Ознака државе | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | BE | DE | EE | IE | EL | ES | FR | IT | CY | LV | LT | LU | MT | NL | AT | PT | SI | SK | FI |
| 14[43] | | | | | | | ■ | | | ■ | ■ | | | | ■ | | | ■ | |
| 15[44] | | | ■ | | | | | ■ | | ■ | ■ | | | | ■ | | | ■ | |
| 16[45] | ■ | | ■ | | | | ■ | ■ | | ■ | ■ | □ | | | ■ | | | ■ | |
| 17[46] | | ■ | ■ | | | ■ | ■ | ■ | | ■ | ■ | □ | | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |
| 18[47] | ■ | | | | | | | | | ■ | ■ | | | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | |
| 19[48] | | ■ | | | | | □ | ■ | | ■ | ■ | | | | ■ | | | ■ | |
| 20[49] | ■ | | ■ | | | ■ | □ | ■ | | ■ | ■ | □ | | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ | ■ |

Управо је врста возила за превоз о којој свака држава чланица одлучује, према Извештају[50] Комисије, створила „хетерогено прекогранично игралиште". Примери наведени у Извештају су пример Белгије, Немачке и Аустрије. IBNS систем је обавезан у Белгији, док у Немачкој није. Компаније за транспорт које послују у Аустрији превозе новац у неоклопљеним возилима уобичајеног изгледа опремљеним системом IBNS, али приликом превоза у Немачкој потребно им је потпуно оклопљено возило са три члана тима за транспорт.

У зависности од врсте транспортног средства, у Уредби се прецизира и заштита возила и чланова тима. Наиме, у потпуно оклопном возилу за транспорт готовог новца које није опремљено системом за неутрализовање новчаница морају се испунити следећи услови: 1) делови возила у којима је тим за транспорт присутан су оклопљени да издрже барем пуцњаву из ватре-

[43] Транспорт новчаница у оклопном возилу за транспорт готовог новца уобичајеног изгледа, опремљеног системом за неутрализовање новчаница.

[44] Транспорт новчаница у неоклопљеном возилу за транспорт готовог новца с јасном ознаком која указује да је опремљено системом за неутрализовање новчаница.

[45] Транспорт новчаница у возилу за транспорт готовог новца с оклопљеном кабином опремљено системом за неутрализовање новчаница.

[46] Транспорт новчаница у потпуно оклопном возилу за транспорт готовог новца које није опремљено системом за неутрализовање новчаница.

[47] Транспорт новчаница у потпуно оклопном возилу за транспорт готовог новца које је опремљено системом за неутрализовање новчаница.

[48] Транспорт кованица у неоклопљеном возилу за транспорт готовог новца.

[49] Транспорт кованица у возилу с оклопном кабином.

[50] Извештај, стр. 8.

ног оружја у складу са спецификацијама наведеним у Прилогу 5; 2) кабина возила опремљена је панцир-прслуком за сваког члана тима, при чему је потребно да се поштују норме стандарда VPAM нивоа 5 (калибар .357 Magnum), NIJ IIIA (калибри .357 SIG и .44 Magnum) или њима еквивалентних и 3) да се у возилу за транспорт налазе бар три члана тима за транспорт. Чланови тима могу носити панцире током транспорта и носиће их тамо где то захтева право државе чланице у којој се налазе. Такође, услови у погледу оклопљености возила да издрже пуцњаву из ватреног оружја у складу са спецификацијама наведеним у Прилогу 5, као и опремљености чланова тима панцирима, важи и за у потпуности оклопно возило за транспорт новца које је опремљено системом за неутрализовање новчаница и кованица. При томе је неопходно да у возилу буду само бар двојица чланова тима за транспорт.[51]

Слично је и са оклопним возилом које преноси кованица. Наиме, поред испуњености услова из Прилога 5, возило мора имати врло јасне ознаке које указују да носи само кованице и те ознаке одговарају пиктограму приказаном у Прилогу 4. У возилу се морају налазити бар два члана тима за транспорт и морају бити испуњени претходно наведен међународни стандарди у погледу спецификације панцира за чланове тима.[52]

Са друге стране, минимални услови које оклопно возило мора да испуни да би превозило новац јесте да је у стању да издржи пуцњаву из пушке типа калашњиков калибра 7,62mm x 39mm коришћењем муниције са пуном челичном кошуљицом (обложено) са језгром масе 7,97g (+/-0,1g) брзином од најмање 700m/s при пуцњави са удаљености од 10m (+/-0,5m).[53]

## 6. ЗАКЉУЧАК

Формирањем ЕУ и увођењем евра као заједничке валуте у већини земаља ЕУ изродило је и проблем транспорта веће количине готовог новца преко границе. Ако је проблем транспорта унутар појединих земаља решаван националним законима прекогранични транспорт није био решен све до 2011. године усвајањем посебне Уредбе ЕУ 1214/2011. Уредба је имала за циљ да уреди, олакша, уједначи и осигура безбедан транспорт тако велике количине новца. Тако су Уредбом уређени поред осталог и: број и максимално трајање доставе, издавање и изглед дозвола, права и обавезе тимова, њихова знања и вештине, ношење оружја, врста и опрема возила, узајамно обавештавање о транспорту итд.

[51] Уредба, чл. 17 и 18.
[52] *Ibid.*, чл. 20.
[53] *Ibid.*, Прилог 5 – Спецификације оклопљивања.

Проблем настаје услед чињенице да се национални прописи за случај транспорта новца и других драгоцености међусобно разликују, а обавеза компанија (агенције) је да при преласку границе поштује прописе земље домаћина. Тако на пример, нису јединствено регулисани на целој територији ЕУ: врста и опрема возила, врста, калибар и број наоружања (негде није чак ни прописано-забрањено је), обука и опрема људства – тимова, начин обезбеђења новчаница и других драгоцености и сл. Ту је свакако, и проблем познавања језика и потреба обавештавања и комуникације, издавање дозвола и сл.

Већ из наведеног је лако уочити да овај проблем није било лако решити и можемо закључити да и није решен јединствено и у целости већ компромисно, тако што су компније за транспорт новца прилагођавала свој рад националним прописима што је било „лакше" него натерати поједине земље да ускладе своје прописе заједничким потребама. Наравно, ту је био и проблем земаља чланица ЕУ које су острвске (Кипар, Малта, Ирска па и Грчка у одређеном делу територије).

На основу анализе појединих докумената, Уредбе и досадашње праксе прекограничног друмског транспорта новца током првих четири године примене Уредбе, може се закључити следеће:

1. Уредба је уредила битне елементе прекограничног друмског транспорта новца чиме је омогућена, на правно уређен и безбедан начин ова делатност индустрије приватног обезбеђења;
2. Није било проблема са издавањем одговарајућих дозвола. Сви захтеви за издавањем дозвола су одобрени.
3. Словенија и Немачка су предњачиле у издавању дозвола;
4. Обука тимова по времену трајања (200 сати) и програму је одговарајућа;
5. Национална законодавства у погледу ношења и врсте оружја нису усаглашена што захтева додатну обуку тимова али и средства (бункере) за одлагање оружја или њихову предају док су у земљи домаћина;
6. Новац мора бити осигуран;
7. Олакшавајућа околност је што државе чланице могу признати дозволе за ношење оружја друге земље чланице сходно Уредби;
8. Посебности држава чланица у односу на јединствени систем односе се на:
   – Потребу унапред пријављивања полицији,
   – Полицијско праћење возила преко одговарајућих уређаја на даљину,
   – Обавезност полицијске пратње.

Као генерални закључак може се рећи да је Уредба успоставила одговарајући систем прекограничног друмског транспорта готовог новца али да су земље чланице задржале своје специфичности и тиме га ограничиле што ће вероватно захтевати даља уједначавања.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

*Applicable Transport Arrangements in the euro-area Member States (Article 13(5)) and in Andorra, Monaco, San Marino and the Vatican*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:139:FULL&from=SV.

*Host authorities to be notified on national transport arrangements Article 11(7)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-7.pdf.

*National authorities granting CIT licences in the euro-area Member States – Article 11(2)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/overview_national_authorities_granting_cit_licences_0.pdf.

*National rules on the role of national police forces and the security of the cash delivery/pick-up locations as wells as information on homologated IBNS Article 11(1)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-1.pdf.

Regulation (EU) No 1024/2012 of the European Parliamanet and of the Council of 25 October 2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System and repealing Commission Decision 2008/49/EC ('the IMI Regulation'), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02012R1024-20190216.

Regulation (EU) No 1024/2011 of the European Parliamanet and of the Council of 16 November 2011 on the professional cross-border transport of euro cash by road between euro-area Member States, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2011/1214/oj.

*Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Regulation (EU) No 1214/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the professional cross-border transport of euro cash by road between euro-area Member States pursuant to article 26 of this Regulation*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0005&qid=1604402401370#footnote34.

*Report on private security companies (2016/2238(INI))*, Committee on Foreign Affairs, European Parliament, A8-0191/2017, 17.5.2017, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0289.

*Specific training requirements for CIT security staff Article 11(4)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-4.pdf.

*Single central national CIT contact points Article 11(5)*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/cash_in_transit_-_article_11-5.pdf.

*Which countries use the euro*, https://europa.eu/european-union/about-eu/euro/which-countries-use-euro.

*White paper on professional cross border transportation of euro cash by road between Member States in the euro area*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009DC0214.

*Ljubomir S. Stajić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs*

*Goran J. Mandić*
*University of Belgrade*
*Faculty of Security Studies*
*goran.mandic@fb.bg.ac.rs*

*Nenad P. Radivojević*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs*

## The Private Security and the Uniform System of Cross-Border (Security) of Transport of Cash between euro-area Member States

***Abstract:*** *With the creation of the European Union (EU), the signing of the Maastricht Agreement, the introduction of the single market and freedom of movement of labor and the introduction of the euro as a common currency, the problem of cross-border road transport of cash and valuables between eurozone members arose. This is because almost all EU member states had more or less different solutions and practices for this type of transport. The EU tried to solve the problem by adopting Regulation No. 1214/2011 on professional cross-border road transport of cash between euro-area Member States. The mentioned Regulation successfully solved many problems related to this issue, such as: issuance of appropriate permits (licences), maximum duration of delivery, rights and obligations of teams, necessary knowledge and skills of security staff, carrying weapons in the host country, type and equipment of vehicles, mutual information, etc.*

*Although the intention was to establish a unified system of cross-border money transport, in addition to significant progress in the functioning of private security, it can be said that because some countries have retained their specifics, a unified system with the same rules has not been fully established.*

*The paper presents and deals with the advantages and disadvantages of a single system (securing) of cross – border transport of cash under the said Regulation. The Republic of Serbia, as a country on the path to EU membership, has*

*a special interest in getting to know and preparing in time for the harmonization of its legal solutions and practices which regulate the mentioned area (activity) of private security.*

***Keywords:*** *private security, harmonization, cash-in-trasit, cross-border road transport of euro cash, European Union.*

Датум пријема рада: 15.05.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Прегледни рад 351.853:347.23(497.11)
doi:10.5937/zrpfns55-31000

*Душан Ж. Николић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*D.Nikolic@pf.uns.ac.rs*

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

# РАЗВОЈ ПОСЕБНИХ СВОЈИНСКОПРАВНИХ РЕЖИМА*

***Сажетак:*** *Последњих година је интензивирано обликовање посебних правних режима. Они дискретно утичу на идејну и вредносну оријентацију грађанског права а у све већој мери и на његову структуру. Одступање од општег правног режима значи да се појединци или уже друштвене групе доводе или у привилегован (повлашћен) или у неповољнији положај у односу на остале субјекте. Изразитија несразмера између општег и посебног може утицати на стабилност друштва, нарочито када се ради о сегменту правног система којим су уређена питања у вези са дистрибуцијом и присвајањем добара у домену стварног и наследног права. Увођење нових посебних правних режима би требало да утиче на ширење грађанског права. Међутим, у већини правних система постоји супротан тренд. Нови правни институти који су у функцији спровођења посебних правних режима уређени су специјалним прописима и често постају део издвојених, осамостаљених грана права. Дисперзија је посебно наглашена у домену стварног права.*

*Проблем представља то што посебни правни режими нису били предмет детаљнијих изучавања у домаћој цивилистици. У овом раду су отворена питања која се тичу њиховог појмовног одређења, правне природе и практичног*

---

* Чланак је резултат рада на научноистраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови*, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду. Проф. др Душан Николић је написао следеће одељке: 1. *Увод*; 2. *Појам правног режима*; 3. *Посебни правни режими и правна политика*; 6. *Закључак.* Асистент Слобода Мидоровић је написала следеће одељке: 4. *Успостављање посебног својинскоправног режима за културна добра* и 5. *Значај видљивости својства културног добра и добра које ужива претходну заштиту.*

*значаја. У првом делу, који би се условно могао назвати општим, анализирани су актуелни проблеми у вези са идеолошким, идејним и правносистемским дилемама. У другом, посебном, анализиран је актуелни концепт посебног својинскоправног режима који важи за културна добра.*

*Културна добра представљају материјалне елементе културног наслеђа наше земље. Уставом Републике Србије им је признат статус добара од општег интереса чиме је имплицирана потреба за њиховом појачаном заштитом. Она се остварује прописивањем разних јавноправних ограничења којима се сужава аутономија воље власника. У раду су анализирана ограничења својинских овлашћења за непокретна и покретна културна добра, као и за добра која уживају претходну заштиту. Домаћа регулатива је у поједим сегментима неадекватна јер предвиђа прекомерна ограничења (нпр. код одређивања категорије добара на које се односи право прече куповине), јер је на појединим местима недовољно прецизна (у погледу одређивања титулара права прече куповине), или пак недовољно разрађена (због пропуста да се предвиди упис забележбе својства (непокретног) добра које ужива претходну заштиту у катастар непокретности). Тиме је истакнут значај настојања да се приликом прописивања јавноправних ограничења права својине постигне правична равнотежа између општег интереса друштвене заједнице, с једне, и интереса приватних власника, с друге стране.*

***Кључне речи:*** *посебан правни режим; правна политика; стварно право; културна добра.*

## 1. УВОД

Последњих година убрзано расте број посебних правних режима. Они дискретно утичу на идејну и вредносну оријентацију грађанског права а у све већој мери и на његову структуру. Традиционални корпус је вековима био изложен ерозији, али се по обиму није значајније мењао, јер се истовремено са осамостаљивањем неких сегмената ширио његов регулативни домен. Настајали су нови правнорелевантни друштвени односи, а са њима и нови правни институти који су постајали део те фамилије грана права. Међутим, од почетка трећег миленијума је приметно његово убрзано уситњавање и сужавање.[1] Парадоксално је то што су оба процеса првенствено последица раста сложености материје која традиционално спада у домен грађанског права. По логици ствари, требало би да број грађанскоправних норми и института

[1] На тај тренд је указала Татјана Јосиповић у дискусији на Другој регионалној конференцији из облигационог права, одржаној 14. и 15. новембра 2019. године на Правном факултету Универзитета у Београду.

расте истовремено са степеном комплексности и бројем релевантних односа. Међутим, сложеност се на сазнајном и нормативном плану све чешће умањује фокусирањем на уже проблемске целине и њиховим измештањем из традиционалног регулативног оквира. Установљавају се *посебни правни режими* којима се модификују постојећи или обликују потпуно нови правни институти, из којих израстају нове гране права са мешовитим обележјима,[2] а све чешће и са предметном систематиком, која је карактеристична за правне системе англоамеричког типа. Они су често предмет посебне правне регулативе која дерогира или чак чини потпуно непотребним општа правила грађанског права. У Републици Србији је на нормативном плану дисперзија посебно наглашена у стварном праву. О томе упечатљиво сведочи оно што је остало од његовог основног извора – *Закона о основама својинскоправних односа*.[3]

Фрагментација се не одиграва само на нормативном, већ и на теоријском плану.[4] Мноштво *посебног* изискује висок степен специјализације и отежава сагледавање и разумевање *општег*.[5] Тај проблем долази до изражаја већ на самом почетку трагања за узроцима и последицама увођења и развоја посебних правних режима који утичу на структуру грађанског права и његових чинилаца, а нарочито оног дела који је посвећен проблематици дистрибуције друштвеног богатства и присвајања добара.[6] Наиме, ту још увек нису разрешена нека питања на појмовном нивоу. Страни аутори који су се детаљније бавили том проблематиком такође су констатовали да се „концепт правног режима све више користи у правној литератури и све више утврђује као једна од најважнијих категорија судске праксе. Законодавац врло често користи фразе [...], без њиховог дефинисања. [...] Научни и практични значај проблема одређује чињеница да актуелни услови захтевају ажурне правне режиме који одговарају духу времена, повезане са формирањем нових политичких и државних односа, са појавом нетрадиционалних субјеката и

---

[2] Вид: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2020, 161 и др.

[3] *Службени лист СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90*, Службени лист СРЈ,* бр. 29/96*, Службени гласник РС,* бр. 115/2005.

[4] Вид: Душан Николић, „О ширини теме докторске дисертације из правних наука", у: *Liber amicorum Vladimir Vodinelić* (ur. Miloš Živković), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2019, 213-225 и тамо наведену литературу.

[5] *Ibid*.

[6] Опширније: Душан Николић, „Социјални еквилибријум и праведно приватно право", у: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, књига V, Правни факутет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2017, 207-219.

објеката права, са интензивним развојем различитих облика својине, приватног права, предузетничког права, преоријентације на друге, много напредније и слободније методе законске регулације, *промене приоритета у систему постојећих правних мишљења и вредности* [италиком истакао Д.Н.]."[7] Зато је први одељак овога рада посвећен управо појму правног режима.

## 2. ПОЈАМ ПРАВНОГ РЕЖИМА

Именичка синтагма (σύνταγμα) *правни режим* постоји у правној терминологији многих земаља (фр. *régime juridique*; енгл. *legal regime*; рус. *правовой режим*; нем. *Rechtsregime*). Релативно често се користи у различитим областима и гранама права. Срећемо је у студијама и теоријским расправама из јавноправног домена, у цивилистици и што је посебно значајно, у савременим мултидисиплинарним и инетрдисциплинарним истраживањима на рубним подручјима различитих грана права.[8]

Независно од присутности у многим сферама правног живота, у савременој српској правној науци није детаљније анализирано њено значење. Синтагма *правни режим* се углавном користи интуитивно. Другим речима, само се наслућује шта она означава. Ослањање на осећај, по правилу, пружа мањи степен сигурности на теоријској равни онима који се упуштају у доктринарне расправе, а на практичној, онима који обликују и примењују право (органи државне власти) и, што је у основи најважније, онима на које се правне норме односе (грађани). Пожељно је да значење буде у потпуности разоткривено и до краја усаглашено. Требало би да крајњи циљ буде прецизно и општеприхватљиво појмовно одређење које има сва обележја *дефиниције*. Међутим, и само *трагање* за њим може бити корисно. Оно подразумева посвећеност проблематици, истраживање, промишљање, сучељавање мишљења и сл. Када постоји мишљење о нечему, постоји и појмовно одређење, односно, појам (тада је познато како неко поима нешто). На том сазнајном нивоу се откривају различите везе са другим појавама, категоријама и процесима, њихови међуутицаји, као и друге релевантне чињенице, које се при површном, интуитивном коришћењу речи по правилу не уочавају или им се не придаје одговарајући значај.

---

[7] Vitaly Alekseevich Ivanov, Ekaterina Alexandrovna Baranova, *The Definition of „Special Legal Regime"*. Доступно на: https://pokoleniy.ru/en/chto-znachit-pravovoi-rezhim-ponyatie-pravovyh-rezhimov-chastnoe-i-publichnoe/

[8] Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2018. Доступно на: https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/id/36785/Disertacija.pdf

Правни режим се значењски најчешће поистовећује са правном регулативом.[9] У том смислу, он представља *скуп правних норми* којима је регулисана одређена материја. Такво појмовно одређење је на равни правног позитивизма и догматике. Неки теоретичари, пак, правни режим изједначавају са *правним институтом* – мањом, системски уређеном, кохерентном регулативном целином. Иако је због стављања у први план системских релација напредније у односу на претходно, и то појмовно одређење је у основи нормативистичко и као такво преуско. Поједини аутори су направили додатне искораке, анализирајући појмовна обележја (типолошке карактеристике) правних режима у које су уврстили: нормативно-правну основу, специфични циљ, особен поредак регулисања, комплексни карактер, стварање оптималних и фаворизујућих услова за субјекте права, системски карактер и одговарајућу структуру.[10] У савременој руској науци, која се издваја у упоредном праву по броју и аналитичности радова посвећених појму и врстама правних режима, указано је на потребу за још много ширим експликативним приступом,[11] који подразумева залажење у друге, ванправне сфере. Према једном од чешће навођених појмовних одређења у ангалоамеричкој литератури, „правни режим је систем начела и правила којим се управља нечим и који је креиран законом. То је оквир правних правила."[12] Тај нормативистички приступ је коригован у закључним разматрањима наведеног рада. Аутор је констатовао „[н]а крају, правни режими су оквири односа између институција и актера који структурирају политику примене правних правила и социјалне ефекте те примене. Правни режими су дефинисани двема кључним димензијама политике, а не било којим одредбама формалног или материјалног права."[13]

## 3. ПОСЕБНИ ПРАВНИ РЕЖИМИ И ПРАВНА ПОЛИТИКА

Посебни правни режими су изузетак. *Per definitionem*, они представљају одступање од општег, од нечег што је правним нормама установљено за

[9] Вид.: *Большая юридическая энциклопедия* (ур. А.Б. Барихин), Книжный мир, Красноярск, 2010, 640.

[10] Галина Беляева Серафимовна, *Правовой режим: к определению понятия*, Источник Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение – Грамота, 3/2012, стр. 33-35.

[11] Вид: С.А. Комаров, *Общая теория государства и права*, Санкт Петербург, 2001, 323; Dmitrii Kirichenko, *Doctrinal Approaches of Russian Lawyers in Respect of the Definition of Notion „Legal Regime"*, Studii Juridice Universitare, 2010, 111.

[12] William Hurst, *Ruling before the Law*, Online publication date: April 2018, Publisher: Cambridge University Press, 13-47. Dostupno na: https://www.cambridge.org/core/books/ruling-before-the-law/understanding-legal-regimes/ B6AA2C460B4ED7EA0BAB6F6A73314DDA/core-reader

[13] *Ibid*, 47.

сва лица и/или за све истоврсне ситуације у којима се могу наћи сви субјекти права. Они доводе појединце или уже друштвене групе у привилегован или у отежан положај[14] у односу на друге и по томе се разликују како од општих, тако и од осталих посебних правних режима. Посебност је и у овом контексту релацијска и поредбена категорија. Она означава *издвајање*, *диференцијацију*.

Посебно и опште су нужно коегзистентни појмови, са становишта посебности, али не и обратно. Нешто је опште ако постоји (важи) за све и онда када нема посебног са којим би било поређено. По логици ствари, могло би се чак поставити питање да ли је нешто заиста опште, ако постоји посебно. Наиме, оно тада не важи за све, већ само за поједина лица или за поједине ситуације. Тада је то само питање мере (бројчаног односа). Диференцирано опште је, заправо, само мање посебно од другог (посебног правног режима), који се односи на мањи број појединаца, уже друштвене групе и/или мањи број истоврсних ситуација у којима они могу да се нађу. Посебност у праву означава *супротност*, а у релацијском контексту, *супростављеност*. Ти термини асоцирају на постојећу или потенцијалну *конфронтацију* (интереса, појединаца и група). Зато је таква ситуација често прикривена другим, по називу мање иритантним појмовима и категоријама, који су устаљени у правној терминологији и свакодневном, народном, говору. Најчешће се говори о *одступањима*, а нешто ређе и о *изузецима*. *Одступити* значи *повући се* или *повући нешто* постојеће. Повлачењем се ствара слободан простор за неког другог или за нешто друго. Одступајући од општег, држава као репрезент друштва, омогућује настанак специфичних релација, позиција и друштвених односа. Требало би да то увек буде у јавном интересу и ради очувања стабилности друштвене заједнице. У правним системима државне регулативе европског континенталног и англоамеричког типа,[15] право, а тиме и правни режим, обликују органи државне власти. Према традиционалном учењу, они су у томе суверени и имају регулативни монопол. То значи да нема или да не би требало да буде сметњи да првенствено, на одговарајући начин и у пуној мери штите интересе друштвене заједнице. Међутим, последњих неколико деценија многе државе су ограничавале свој суверенитет у правностваралачкој сфери, прихватајући као меродавне правне стандарде и посебне правне режиме које су одредиле међународне организације и/или наднационалне институције различитих интеграција, попут Савета Европе и Европске уније.[16] Као што је констатовао Карл Шмит (*Carl Schmitt*) „Суверен

[14] Другачије: Г. Б. Серафимовна, 33-35.

[15] Вид: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права* (2020), 29.

[16] О томе, као и о креирању и постојаности правне политике Европске уније Вид: Dušan Nikolić, *O pravnoj politici Evropske unije u oblasti privatnog prava*, u: *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije – Liber amicorum in honour Radovan D. Vukadinović*,

је онај који одлучује о изузетку."[17] Некада је преузимање страног (посебног), а тиме и одступање од општег, последица разноврсних притисака и директних условљавања, а некада својевољно исказивање спремности влада појединих држава да учине све што је потребно да би показале и доказале кооперативност, чинећи чак и оно што од њих нико не тражи, нити очекује.

Упечатљиви примери за оба развојна правца постоје и у правном систему Републике Србије. Неки су после вишедеценијских идејних и идеолошких лутања добили позитиван епилог. Тако је после четврт века из права интелектуалне својине, а тиме и из правног система Републике Србије, готово у потпуности одстрањен институт троструке (казнене) накнаде штете који је деведесетих година XX века преузет из англоамеричког права, делимично под утицајем (притиском) Светске трговинске организације кроз Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS), а делом због недовољно добре процене у домену правне политике, као и због већ спомињане кооперативности органа државне власти у мери која није била неопходна. Истовремено, укинут је и посебан правни режим својствен том правном институту.[18] У области права интелектуалне својине су остале само

(urednici: Allan F. Tatham, Vitomir Popović i Jelena Vukadinović Marković), Akademija nauka Republike Srpske, Banja Luka, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2020, str. 357-368.

[17] Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, 2005, 5. Наведено према: William Hurst (2018), 23.

[18] По узору на англоамерички институт *exemplary* (*punitive*) *damages,* у одељцима о Грађанскоправној заштити садржаним у *Закону о патентима, Закону о жиговима, Закону о моделима и узорцима и Закону о географским ознакама порекла* било је прописано да се у случају намерног проузроковања штете „може захтевати њена накнада до троструког износа обичне штете и измакле користи." У критички интонираним радовима посвећеним тој проблематици констатовано је да наведено нормативно решење у супротности са логиком нашег правног система, да је противуставно и правнополитички неодрживо. У прилог томе наведени су следећи аргументи: 1. Накнада штете треба да омогући да се оштећени нађе у позицији у којој би био да штета није настала. То је једно од основних начела савременог одштетног права. Оно налаже да обештећење буде сразмерно претрпљеној штети и искључује могућност да се оштећеник богати на рачун штетника. Накнадом штете у троструком износу, оштећени се неоправдано доводи у повољнију имовинску позицију од оне у којој би био да штета није настала. 2. Обештећење које превазилази штету представља казну за предузету штетну радњу и њену последицу, коју изриче суд у парничном поступку. Реч је о тзв. *приватној казни.* Ако штетна радња има обележја кривичног дела, може се догодити да штетнику буде изречена и казна у кривичном поступку. Он ће тада бити два пута кажњен за исто поступање, а то је у директној супротности са одредбом Устава по којој нико не може бити поново осуђен ни кажњен за кривично дело за које је поступак против њега правноснажно одбијен, или је *правноснажном одлуком ослобођен или осуђен.* 3. Двоструко кажњавање онемогућује индивудализацију казне, отежава постизање циљева специјалне и генералне превенције и примену других савремених пенолошких начела. Наиме, ако суд у кривичномн поступку процени да нешто представља довољну казну за починиоца, нелогично је да парнични суд изриче додатне казнене санкције, нарочито када се има у виду да није специјализован (а често ни компетентан) за кажњавање. 4. Концепција приватне казне

мање специфичности које не доводе у питање традиционални концепт одштетног права својствен правним системима европског континенталног типа.

У делу правне регулативе којом су уређени дистрибуција и присвајање добара (стварно и наследно право) и даље постоје посебни правни режими који по много чему представљају закаснели одјек нечег што је у већини савремених правних система одавно превазиђено и што је у супротности са интересима друштвене заједнице. Разлози су првенствено идеолошке природе и повезани су са тзв. исказивањем кооперативности. Евидентно је да су органи све три државне власти (законодавне, извршне и судске), учествујући у обликовању појединих посебних правних режима, у други план ставили непосредне имовинске интересе друштвене заједнице, вероватно с намером да створе услове за постизање (виших) политичких циљева и са њима повезаних интереса. Сведочанство о томе представља посебан (својинско)правни режим који за државу важи у наследном праву.[19]

*Законом о наслеђивању* из 1995. године[20] одређено је да Република Србија може да наследи заоставштину умрлог лица по општим правилима која важе

---

се сматра застарелом. У нашој цивилистици је одбацивана још крајем XIX века, а са тим је сагласна и већина савремених правних теоретичара. Сам институт *exemplary damages,* који је послужио као узор за увођење троструке накнаде штете у наш систем права, често је оспораван у матичном англоамеричком правном подручју. 5. У савременом одштетном праву, обим и врста обештећења више не зависе од степена кривице. Регула о накнади штете у троструком износу се и у том смислу може сматрати анахроном, јер прописује да се таква одштета може захтевати само ако је штета проузрокована *намерно.* 6. Одредбе о накнади штете у троструком износу фаворизују носиоце права индустријске својине у односу на титуларе осталих права. Они уживају већу правну заштиту него лица којима је, на пример, оштећено неко материјално добро, нарушен телесни или психички интегритет, углед, част и сл. 7. Истовремено и лица која су дужна да надокнаде штету у троструком износу, долазе у неравноправан положај у односу на остале штетнике. Тако се може догодити да за повреду права индустријске својине буде изречена тежа санкција него за повреду других, знатно виших вредности, попут добра личности. Констатовано је да су у том смислу одредбе о накнади штете у троструком износу у супротности са чланом 20. став 2. Устава СРЈ, којим је било прописано да су сви пред законом једнаки. У то време су у циљу очувања кохерентности правног система учињени и одређени кораци на практичном плану. Између осталог, Уставном суду је поднет предлог за оцену уставности наведених закона. Међутим, судије тог суда су закључиле да нису надлежне за питања која се тичу целисходности нормативних решења. Много година касније, Уставни суд је отишао у другу крајност, зашавши до неслућених размера у домен грађанског права и у ингеренције Врховног касационог суда. Епилог је познат. Као што је речено, недавно су из сета закона који регулишу материју права индустријске својине уклоњене одредбе о *трострукој накнади штете*. Изузетак представља једино *Закон о ознакама географског порекла*, али се с разлогом може очекивати да ће и тај нормативни акт бити измењен на одговарајући начин. Опширније о појединим аспектима: Душан Николић, *Трострука накнада штете у нашем праву*, Судска пракса, 3/1997, 69-71.

[19] Опширније о томе: Dušan Nikolić, „O položaju države u naslednom pravu Srbije", *Studia iuridica montenegrina* 1/2020, 67–90.

[20] Службени гласник Републике Србије, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015.

за тестаментално (завештајно) наслеђивање и по посебним правилима о законском наслеђивању. Удругом случају, реч је о посебном правном режиму. Законом је прописано да је држава последњи законски наследник.[21] Њена правна позиција у том својству сажето је појашњена у посебном одељку под називом *Република Србија као законски наследник*: 1. држава наслеђује ако оставилац нема других законских наследника; 2. она се не може одрећи наслеђа и, 3. заоставштина коју држава наследи постаје државна имовина.[22] Начин на који држава стиче имовину без наследника (лат. *bona vacantia*) регулисан је у одељку под називом *Поступак са заоставштином ако су наследници непознати*. У том контексту је одређено да: „[1] Кад се по истеку рока од једне године од дана најкасније објављеног огласа не пријави ниједан наследник, суд ће донети решење којим заоставштину *предаје на уживање* Републици Србији [италиком истакао Д.Н.]. [2] Република Србија стиче својину на предатим стварима у року од три године за покретне, а десет година за непокретне ствари, почев од отварања наслеђа."[23] Очигледно је да постоји несклад између полазног става законодавца да држава *наслеђује* заоставштину као последњи законски наследник и наведеног нормативног решења. Наиме, према општим правилима наследног права, заоставштина прелази на наследнике у тренутку оставиочеве смрти.[24] За државу важе посебна правила. Када протекне рок од годину дана од последњег објављеног огласа, суд доноси решење којим заоставштину предаје Републици Србији *на уживање*, а не у својину. Држава у том тренутку не наслеђује, већ само стиче могућност да заснује фактичку власт на ствари. Од тренутка стицања државине, успоставља се *посебно правно стање*. Република Србија је *in conditione usucapiendi,* односно*,* налази у позицији узукапионог држаоца. На основу терминологије којом се служио законописац и наведеног нормативног решења, може се закључити да се ту не ради о наслеђивању, већ о стицању права својине *на основу одржаја* и да је то, заправо, *дислоцирани институт стварног права*[25] који је транспонован у Закон о наслеђивању. У овом контексту је значајно то да се држава не може одрећи наслеђа (јер га није могла ни стећи) и да се не може одрећи ни позиције привилегованог узукапијента, чак и ако је умрли (или проглашени за умрлог) био презадужен. Евидентно је да је орган законодавне власти (на предлог органа извршне власти) установио посебан правни

[21] Вид: члан 8, став 4 Закона о наслеђивању.

[22] Вид: члан 21 Закона о наслеђивању.

[23] Члан 209 Закона о наслеђивању.

[24] Вид: члан 211 Закона о наслеђивању.

[25] Опширније о томе: Душан Николић, *О дислоцираним институтима у грађанском праву Републике Србије*, у: *Одабране теме облигационог права*, (Ур. Марија Караникић Мирић и Марко Ђурђевић), Универзитет у Београду – Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2020, 270–293.

режим који доводи државу у неповољну позицију. Према постојећем концепту, органи државне власти не могу да отуђе оставиочеве покретне ствари у периоду од три године, а непокретности, у периоду од десет година. За све то време, држава је дужна је да се стара о имовини оставиоца и да за те потребе издваја финансијска средства из буџета, на терет пореских обвезника. У Србији то представља велик проблем јер постоји немали број старачких домаћинстава (потенцијалних оставилаца) у чијој својини су често неодржавани, трошни, руинирани или чак потпуно напуштени објекти. Са друге стране, одредбама *Закона о облигационим односима* из 1978. године[26] о превентивном деловању у области одштетног права, прописано је да „[с]вако може захтевати од другога да уклони извор опасности од кога прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица [...]" и да ће „[с]уд на захтев заинтересованог лица наредити да се предузму одговарајуће мере за спречавање настанка штете или узнемиравања, или да се отклони извор опасности, *на трошак држаоца извора опасности* [италиком истакао Д.Н.], ако овај сам то не учини."[27]

Описани правни режим, који је установио законодавац на предлог Владе, подржао је и креативно протумачио највиши орган судске власти – Врховни касациони суд. У мноштву неутемељених и погрешних закључака изречених у одлуци у вези са том проблематиком,[28] посебно долази до изражаја мишљење да се „*право државе да наслеђује мора рестриктивно тумачити* [италиком истакао Д.Н.] и то на тај начин да она наслеђује само када законског наследника заиста нема.*"* Став Суда је заснован на анахроним поставкама превазиђене неолиберално идеологије о неопходности јачања приватног сектора и потреби да се ограничи економски утицај државе.[29] Он није проблематичан само због погрешне идеолошке, већ и због погрешне идејне оријентације. Суд је занемарио чињеницу да је орган законодавне власти одредио да су сви учесници грађанскоправних односа равноправни, укључујући и државу. Она не треба да буде у повлашћеном положају, јер би тиме била доведена у питање равноправност других субјеката. Међутим, установљавање посебног правног режима не треба да отежа позицију државе у односу на остале субјекте грађанског права, јер би тиме била доведена у питање њена равноправност и легитимни интереси друштвене заједнице у сфери приватног права.

Наведени пример указује на то да одступање од општег, нарочито ако се ради о радикалном заокрету у правном систему, треба да буде размотрено

---

[26] *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, (Уредба – за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

[27] Члан 156, став 1 и 2 Закона о облигационим односима.

[28] Вид.: Пресуду Врховног касационог суда, Рев. 402/2016, од 15.12.2016. године

[29] Опширније: Nikolić Dušan, „O položaju države u naslednom pravu Srbije", 68.

системски, кроз прецизну процену могућих ефеката правног института и уз сагледавање правнополитичког оквира који је одредио орган државне власти у чијој је надлежности креирање правне политике и правних инструмената за њено спровођење. У правним системима европског континенталног типа обликовање посебних правних режима је (још увек) у компетенцији законодавца, а не суда.[30] Законодавна власт обликује правни систем у целини, одређује на којим идолошким и идејним основама (начелима) ће он бити заснован, одређује меру између општег и посебног од које зависи стабилност друштва и одлучује о рецепцији правних стандарда и конкретних нормативних решења из страног (наднационалног) права.

Још пре двадесетак година смо констатовали да је „Приближавање светским и регионалним правним стандардима неминовно. Међутим, оно мора бити поступно и добро осмишљено. Увођењу новог нормативног концепта или новог правног института морају претходити темељне анализе. Пре но што се норма нађе у правном систему, мора се знати да ли је предложено решење у складу са основним принципима и унутрашњом логиком домаћег права и какве ће последице проистећи из његовог увођења. Уколико се покаже да је одређени правни стандард неостварив, прилагођавање домаћег законодавства треба одложити, док се не створе одговарајући услови за промену правног режима."[31]

Да је могуће битно другачије приступити креирању и развоју правних режима и правних института у области грађанског права и обезбедити адекватну заштиту јавних интереса, може се закључити на основу јавно доступних докумената из архиве Владе Републике Француске који сведоче о начелима и правнополитичким оредељењима на којима је била заснована реформа облигационог права спроведена 2016. године: „Министар правде, представио је Предлог закона којим се потврђује Ордонанса бр. 2016-131 од 10. фебруара 2016. године о реформи уговорног права, општег режима [*régime général*] [...] Иновирајући део Грађанског законика који је готово непромењен од 1804. године, она појашњава опште уговорно право и прилагођава га економском и социјалном контексту 21. века, уз очување његових главних принципа.

[30] Опширније: Dušan Nikolić, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System national report*, у: *Precedent and the Law*, (Ed.: E. Hondius), Brussels, Bruylant, 2007, 437-467; Dušan Nikolić, *The Independence and Social Influence of a Meritorious Legal Elite in Serbia*, у: *Fair Reflection of Society in Judicial Systems. A Comparative Study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, Berlin – Heidelberg, 2015, 187-204.

[31] Dušan Nikolić, *Harmonizacija stvarnog prava na prostoru jugoistočne Evrope*, poglavlje u knjizi: *Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Edition Temmen, Bremen, 2002, str. 212; Исти став је изложен и у: Dušan Nikolić, *Development of the Property Law in Serbia – Both Autonomous Legal Development and Legal transplantation*, poglavlje u knjizi: *Private Law in Eastern Europe – Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds.: C. Jessel-Holst, R. Kulms, A.Trunk), Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 237-267.

Реформа чини право предвидљивијим за све и одговара на практичне потребе појединаца и предузећа, [испуњујући] три циља: једноставност, ефикасност и заштиту. Преписано у Грађански законик према хронолошком редоследу и у модернизованом стилу, уговорно право ће сада бити доступније појединцима и професионалцима, чак и неправницима, који ће моћи боље да разумеју све фазе у животу уговора, од његовог сачињавања до извршења. Успостављањем ефикасних алата, попут уступања уговора или [преузимања] дуга, могућности једностраног раскида уговора у случају озбиљног неиспуњења уговора или чак дигиталног доказа, ново уговорно право ће бити ефикасније. Коначно, реформа доноси неке велике иновације у заштити слабије стране у уговору, попут примене теорије непредвидивости [*théorie de l'imprévision*] или санкционисања злоупотребе зависности или абузивних клаузула у општем уговорном праву."[32] Очигледно је да је вођено рачуна о томе да се очува континуитет и да, у духу француске традиције, *посебно* буде заступљено у одговарајућој мери у односу на *опште*.[33]

Наведени пример би могао да буде добар оријентир за обликовање правне политике и правног система у нашој земљи, у периоду у ком ће настајати посебни својинскоправни режими на добрима која имају егзистенцијални значај за појединце и друштвену заједницу као што су земљиште, вода, извори енергије, храна, простор за становање и сл. или она од идентитеског значаја, попут културних добра о којима ће бити речи у наставку овог рада.

## 4. УСПОСТАВЉАЊЕ ПОСЕБНОГ СВОЈИНСКОПРАВНОГ РЕЖИМА ЗА КУЛТУРНА ДОБРА

Међу ствари на које се односе специјални правни режими, традиционално спадају и добра која се сматрају круцијалним за очување културног наслеђа једне земље које се редовно перципира као конститутивно обележје њеног националног идентитета. Стога, свака држава прописује критеријуме на основу којих ће се идентификовати круг материјалних творевина којима ће се признати статус културних добара, као и мере које ће зарад њиховог очувања теретити њихове власнике. Реч је о различитим јавноправним ограничењима права својине која се установљавају законом и то, по природи

[32] Conseil des ministres du 6 juillet 2016. Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve d'obligations. Доступно на: https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-07-06/reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-pre

[33] Опширније о реформи Француског уговорног права: Bénédicte Fauvarque-Cosson, „Rekodifikacija građanskog prava u Evropi i reforma francuskog ugovornog prava", European Lawyer Journal / *Evropski pravnik 2*/2015, 29-47.

ствари, одредбама императивне нарави.[34] У њиховом одсуству би се „свака иницијатива за заштиту културних добара разбила о зид приватне својине,"[35] јер би њихова судбина била препуштена (само)вољи власника, што би, с обзиром на њихову незамењивост, било неприхватљиво.[36]

Правни основ за успостављање специјалног својинскоправног режима на културним добрима у Републици Србији садржан је у чл. 89 Устава.[37] У њему је предвиђена обавеза сваког да чува „културно и историјско наслеђе, као добра од општег интереса, у складу са законом." Иако се ова одредба односи на културно наслеђе уопште, на овом месту излагање ће бити ограничено на правни режим његових материјалних елемената, тј. културних добара и то само оних која су у приватној својини.[38] Посебан својинскоправни режим који важи за културна добра у Србији проистиче из одредби Закона о културним добрима (у даљем тексту: ЗКД)[39], који, као *lex specialis*, искључује примену општих стварноправних правила из Закона о основама својинскоправних односа.

У наставку рада ће бити сагледан специфичан положај власника[40] културних добара у приватној својини из угла ограничења његових овлашћења, те обавеза које му правни поредак намеће. Начелно, биће речи о радњама које власник не сме да предузима у погледу свог културног добра; о радњама које власник треба да предузме како би своје културно добро сачувао у неокрњеном облику; о специфичним обавезама давања које у неким ситуацијама терете власнике ових добара; о ограничењима која релативизују могућност власника да искључи трећа лица од утицаја на његово културно добро, и коначно, о ограничењима могућности диспонирања културним добром.[41] Нека од ових ограничења су примењива на сва културна добра,

---

[34] Dragoljub Stojanović, „Ograničenje privatne svojine", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1963, 556.

[35] Mihailo Konstantinović, „Zaštita istorijskih spomenika", *Društveni život, časopis za političke i socijalne nauke* 2/1930. Нав. према: Владимир Бргуљан, *Споменичко право*, Републички завод за заштиту споменика културе, Београд 2006*,* 146.

[36] Dubravka Klasiček, „Neka pitanja zaštite kulturnih dobara s osvrtom na ograničenja vlasništva", у: Dubravka Hrabar (ur.), *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2008. 134.

[37] *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[38] Ово је битно нагласити јер постоји читав низ законских ограничења која се односе на културна добра у режиму јавне својине, а чији су адресати установе заштите, а не физичка лица и правна лица приватног права.

[39] *Службени гласник РС*, бр. 71/94, 52/2011 (други закони), 99/2011 (други закон), 6/2020 (други закон).

[40] Јавноправна ограничења се не односе само на власнике културних добара, него и на све њихове држаоце, без обзира по ком правном основу их држе (чл. 18 ЗКД).

[41] Иако би логика налагала да се ограничења својинских овлашћења обраде према редоследу којим су она набројана у Закону о основама својинскоправних односа (чл. 3, ст. 1),

непокретна и покретна, док су друга пак прилагођена својствима одређене врсте културних добара (чл. 2 ЗКД). Одступања од општих својинскоправних овлашћења су осим за културна добра предвиђена и за тзв. добра која уживају претходну заштиту (чл. 4 ЗКД). Њихова заштита је провизорног карактера, јер је предвиђено да најдуже може да траје три године унутар којих ће конкретна ствар или стећи статус културног добра, или ће, у супротном, прећи у општи својинскоправни режим.

### 4.1. Ограничења овлашћења коришћења културних добара

Границе до којих се могу вршити својинска овлашћења на културним добрима у првом реду долазе до изражаја у погледу фактичког односа власника према њима.[42] За разлику од ствари које не уживају статус добара од општег интереса, према којима власник начелно може да се опходи према свом нахођењу, аутономија воље у оквиру које власник може да одлучи како ће користити своје културно добро значајно је сужена. Тако, власник је дужан да своје културно добро користи у складу са његовом природом, наменом, значајем и на начин који га неће довести у опасност од оштећења или уништења (чл. 32, ст. 1, тач. 1) ЗКД). Да би се спречило оштећење културног добра, од власника се очекује да га чува, одржава и да спроводи утврђене мере заштите,[43] те да, без одлагања, обавести надлежну установу заштите о свим променама насталим у вези са њим (чл. 31, ст. 1, тач. 2) ЗКД).[44] Уколико

из концепцијских разлога ће се најпре кренути од ограничења која се тичу овлашћења коришћења културног добра.

[42] D. Stojanović, 558.

[43] У вези са овим обавезама се основано може поставити питање о чијем трошку су власници дужни да предузимају ове радње: о свом трошку или о трошку државе која има општи интерес да се ова добра сачувају. Тумачењем релевантних одредби ЗКД може се доћи до закључка да ће набројане радње власник бити дужан да предузме о свом трошку само ако остварује приходе од свог културног добра, и то до висине реализованих прихода (чл. 31, ст. 1, тач. 1) ЗКД). У вези са тим, остаје отворено питање на који начин ће се прибавити средства за предузимање потребних мера заштите у ситуацији да власник не остварује приходе од свог културног добра (нпр. ако живи у кући која је утврђена за културно добро и која се искључиво користи за стамбене потребе њега и његове породице). Када се ова одредба доведе у везу са одредбом која прописује да се средства за остваривање заштите и коришћење културних добара обезбеђују у буџету (чл. 9 ЗКД), могао би се извести закључак да је држава дужна да обезбеди средства за предузимање мера заштите, независно од њиховог својинског облика. Иако ово решење може деловати правично, јер се нарочите обавезе власницима културних добара првенствено намећу у општем интересу, делује да би његова прихватљивост била упитна и у далеко развијенијим земљама од наше. Стога би ово решење ваљало преиспитати.

[44] Ова обавеза је сасвим разумљива јер омогућује надлежним установама заштите да прате стање културних добара из своје јурисдикције и да, по потреби, предузимају адекватне заштитне мере. Но, делује да је ова обавеза, формулисана као обавеза обавештавања

би власник желео да предузме неку радњу која би за последицу редовно имала измену изгледа, својства или намене културног добра (чл. 7 ЗКД), он то не би смео без претходног прибављања потребне сагласности надлежног органа (чл. 101 ЗКД). У вези са овом уопштеном забраном релативног карактера, законодавац *exempli causa* наводи радње чије би предузимање имало за последицу измену изгледа, својства или намене неког културног добра. Примера ради, власник непокретног културног добра без посебног одобрења не сме да га руши, раскопава и презиђује, док се забрана прераде и преправке односи и на покретна и непокретна културна добра (чл. 32, ст. 1, тач. 2) ЗКД).

У случају занемаривања набројаних дужности, власник, с једне стране, може бити привремено лишен државине свог културног добра,[45] док, с друге стране, у драстичним случајевима, може изгубити право својине на свом културном добру. У потоњем случају, престанак права својине је условљен спровођењем поступка експропријације, који се по природи ствари, односи само на непокретна културна добара, под условом да непредузимање заштитних мера може резултирати њиховим уништењем (чл. 121, ст. 1, тач. 1) ЗКД).[46]

### 4.2. Ограничења овлашћења држања културних добара

Иако је већ споменут случај у коме власник може бити лишен државине свог културног добра, овде ћемо навести још један који није мотивисан потребом његовог очувања, него побудом да се јавности омогући уживање у културним добрима која су јој иначе, као део приватних колекција, недоступна. Наиме, када ово ограничење не би постојало, могућност уживања у

*ex post facto*, постављена уже него што би требало, јер би надлежна установа заштите далеко делотворније могла да реагује у случају да је *a priori* била информисана о могућности наступања промене.

[45] Чл. 33 ЗКД. У законима неких земаља се прописују услови под којима ће власник моћи да захтева да му културно добро буде враћено у државину (ако, на пример, накнади износ средстава која су уложена зарад његовог очувања, односно ако докаже да је створио услове за адекватно чување конкретног добра). Више о томе вид: D. Klasiček, 118.

[46] За разлику од домаће регулативе, поједина законодавства познају једну обавезу која се не односи нужно на власнике културних добара, али је тесно повезана са њиховим коришћењем. Она, наиме, терети имаоца пословних активности који своју делатност обављају у непокретним културним добрима или пак у склопу комплекса од културно историјског значаја. С обзиром на то да се основано очекује да ће, посебно својство непокретности у оквиру којих се ова делатност обавља омогућити остваривање већих прихода, постоји обавеза ималаца пословне делатности на плаћање тзв. споменичке ренте. Средства која се прикупе на овај начин, представљају приход јединице локалне самоуправе на чијој се територији та делатност обавља и/или државе, и она су законски предестинирана за заштиту и очување културних добара. Вид. нпр. чл. 114 Закона о заштити и очувању културних добара, *Народне новине* 69/99; 151/03; 157/03, Исправка, 87/09; 88/10; 61/11; 25/12; 136/12; 157/13; 152/14; 44/17; 90/18; 32/20; 62/20. D. Klasiček, 115.

сликама чувених сликара и другим покретним културним добрима би била привилегија малог броја имућних колекционара, док би јавност евентуално имала могућност да ужива у њиховим репродукцијама, што свакако не би имало исти значај и тежину. Стога, постоји законски основ да власник привремено, али не дуже од шест месеци, буде лишен државине свог културног добра у сврху његовог излагања на организованим изложбама (чл. 35 ЗКД). Уколико је у тој ситуацији власник сагласан да организатору изложбе повери своје културно добро, основ за предају државине на њему ће редовно представљати одговарајући уговор у коме ће бити прецизиране све појединости попут: покрића трошкова паковања, транспорта, осигурања од оштећења, уништења и крађе, као и евентуална исплата власнику правичне накнаде (тим пре што се посете оваквим изложбама од стране љубитеља уметности по правилу наплаћују) (чл. 30, ст. 1, тач. 2) ЗКД). Уколико, међутим, власник одбије да своје покретно културно добро својевољно повери организатору изложбе, предаја његове државине се може издејствовати у ванпарничном поступку.[47]

### 4.3. Ограничења овлашћења располагања културним добрима

Културна добра у приватној својини начелно су отуђива. Ипак, могућност њиховим располагањем у правно-пословном смислу[48] ограничено је, или је у најмању руку отежано, на више начина. У појединим случајевима, упркос формалној отуђивости, власници могу да се суоче са проблемом налажења купца који би био спреман да осим бројних ограничења садржине права својине преузме и немале трошкове одржавања конкретног културног добра.[49] Тада је потребно испитати да ли се прописаним мерама ограничења

---

[47] Вид. чл. 35, ст. 3 ЗКД. При одлучивању о предлогу судија мора да узме у обзир и цени разлоге власниковог противљења. Могуће је, на пример, да власник одбија да преда своје покретно културно добро јер сматра да организатор није обезбедио адекватне просторне услове или није применио потребне сигурносне мере које гарантују да његово културно добро неће бити оштећено, уништено или украдено. У том случају суд ће, ако се испостави да су наводи власника тачни, имати основа да одбије предлог организатора изложбе.

[48] D. Stojanović, 558.

[49] Један случај из немачке судске праксе одлично илуструје пат позицију у којој се власници појединих културних добара могу наћи услед јавноправних ограничења њиховог права својине. Више о томе у: Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 1/2018, 73-75. С обзиром на то да се власници културних добара некада могу наћи у безизлазним ситуацијама, у доктрини се могу чути и предлози за ублажавање њихове незавидне позиције. Неки од њих се тичу признавања могућности власницима културних добара да их понуде на откуп држави, уз могућност да конкретно добро изгуби статус културног добра уколико се испостави да држава нема интерес да га откупи. Више о томе вид: D. Klasiček, *op. cit*, 136, 137.

постиже правична равнотежа између општег интереса друштвене заједнице, с једне, и интереса приватних власника, с друге стране, односно да ли се, упркос ограничењима, може сматрати да власник није депривиран сваке могућности присвајања користи од свог права својине. Јер, уколико изостане свака корисност за власника, право својине се фактички обесмишљава и тада није реч о мери којом се сагласно уставу може ограничити његова садржина.[50]

Нека од ограничења располагања односе се на сва културна добра у приватној својини, док су друга значајна само из угла располагања покретним културним добрима. Посредна ограничења долазе до изражаја у случају када је реч о добру у чије су одржавање и очување уложена буџетска средства. Ово ограничење не представља препреку за само располагање, већ ствара посебну обавезу чињења за власника који на друго лице преноси своје право својине на таквом добру теретним правним послом.

Ради очувања националног културног богатства велики број законодавстава установљава право прече куповине културних добара.[51] То је учинио и домаћи нормотворац на тај начин што је ограничио аутономију воље власника који намерава да прода своје културно добро у погледу могућности слободног избора његовог уговорног партнера. Реч је о законском праву прече куповине,[52] које се односи на сва културна добара независно од њихове врсте и категорије,[53] а које је установљено у корист надлежне установе заштите (чл. 119 ЗКД).

Најизраженији проблем у вези са овим ограничењем располагања узрокован је недовољно прецизним одређењем титулара овог права. Наиме, законом је право прече куповине установљено у корист установе заштите (чл. 10 у вези са чл. 70 ЗКД), при чему није прецизирано на коју се установу заштите у конкретном случају мисли.[54] Тако је, примера ради, нејасно да ли право прече куповине непокретних културних добара припада свим заводима за заштиту споменика културе на територији наше земље, само подручном заводу на чијој се територији конкретна непокретност налази, или пак Републичком заводу за заштиту споменика културе као централној установи заштите непокретних културних добара (чл. 74, ст. 1 у вези са чл. 79 ЗКД). Такође, нејасно је и коме припада право прече куповине уметничко-исто-

[50] D. Stojanović, 562, 566; Д. Николић, С. Мидоровић, 75.

[51] Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, SCI, Novi Sad 2002, 249.

[52] *Ibid*. 92, 93.

[53] У циљу успостављања равнотеже између општег друштвеног интереса да се јавности омогући доступност културних добара, и приватних интереса њихових власника, требало би размотрити свођење права прече куповине на културна добра од великог и изузетног значаја. Када Србија уведе листу националног културног блага, што се од ње очекује у процесу хармонизације са правом Европске уније, требало би размотрити свођење права прече куповине на културна добра која се нађу на тој листи.

[54] R. Cvetić, 248, 249.

ријских дела: свим музејима, или само Народном музеју у Београду. Иста примедба важи и за остале врсте покретних културних добара.[55] Непрецизно одређивање титулара права прече куповине културних добара не представља проблем само за власнике и њихове потенцијалне купце који имају интерес да се поуздају у стечено право својине, него и за јавне извршитеље који закључак о продаји, између осталог, треба да доставе и имаоцима законског права прече куповине како би се они могли изјаснити о томе да ли желе да искористе ово своје право под условима које је излицитирао најповољнији понудилац.[56]

Затим, постоје два ограничења располагања која тангирају само власнике покретних културних добара. У првом случају ради се о ситуацији у којој је власник успео да пронађе купца за своје културно добро али у иностранству. Тада је законити пренос државине условљен прибављањем извозне дозволе надлежног органа, која се може издати само изузетно, ако за то постоје оправдани разлози. (чл. 15 у вези са чл. 118 ЗКД).[57] Приликом процене оправданости извоза, надлежни орган, између осталог, треба да води рачуна и о томе да ли продавац може да нађе купца за конкретно културно добро у земљи. Уколико власник не би успео да пронађе заинтересованог купца у земљи, што није незамисливо с обзиром на недовољно развијено домаће тржиште уметнина, а надлежно министарство одбије да му изда одобрења за извоз, власник би практично био онемогућен да располаже својим

[55] Проблем титулара може бити решен његовом централизацијом, тј. предвиђањем једног титулара права прече куповине културних добара на националном нивоу који би ово право на предлог заинтересоване установе заштите могао да оствари у своје или, пак, у име неке установе заштите. У том смислу, титулар права прече куповине у нашој земљи би могла да буде Република Србија која би то своје право остваривала преко министарства надлежног за послове културе.

[56] Вид. чл. 170 и чл. 174, ст. 4 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник* РС, бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 54/2019, 9/2020 (Аутентично тумачење). Овде скрећемо пажњу на то да је у формулацији овог става учињен пропуст утолико што се у њему говори о „имаоцу уговорног и законског права прече куповине које је уписано у катастар непокретности". Наиме, законско право прече куповине би требало да производи дејство на основу самог закона којим је установљено, и оно се као такво не уписује у катастар непокретности, што је његова суштинска *differentia specifica* у односу на уговорно право прече куповине, које управо уписом у катастар непокретности бива снабдевено *erga omnes* супротстављивошћу. Проблематично је и то што се ова обавеза достављања закључка о продаји односи само на имаоце права прече куповине на непокретностима, а не и на покретним културним добрима, иако законско право прече куповине постоји у погледу обе врсте добара.

[57] Наведено ограничење погађа и власника добра које ужива претходну заштиту, при чему је у том случају за издавање извозне дозволе надлежан Републички завод за заштиту споменика културе (чл. 80, ст. 2 ЗКД). У вези са овим решењем, треба констатовати да је нејасно зашто се за издавање извозне дозволе предвиђа надлежност установе која се иначе стара о непокретним културним добрима, када се, по природи ствари, могућност извоза односи само на покретне ствари.

културним добром на законит начин. Тада би, услед интервенционистичких мера државе, власник практично био лишен сваке корисности од његовог права својине, што би било упоредиво са његовим развлашћењем.[58] У другом случају, власник се ограничава на тај начин што не сме да располаже једним или неколицином добара из своје збирке или колекције, него само њиховом укупношћу (чл. 32, ст. 1, тач. 3) ЗКД). Ово ограничење, би могло бити проблематично за власника збирке или колекције који је запао у материјалну оскудицу коју би успео да превазиђе продајом појединих добара уместо целе збирке, или пак у случају када би власник успео да нађе купца само за поједина добра из састава његове збирке.[59] Оба релативна ограничења указују на потребу надлежног органа да пажљиво сагледа све околности случаја и донесе одлуку која ће подједнако уважавати интересе друштвене заједнице, али и интересе власника.

Коначно, постоји и једно ограничење које се не тиче непосредно саме могућности правног располагања, али је тесно повезано са њим. Реч је о обавези власника који продаје своје културно добро да надокнади износ за који се, услед улагања буџетских средстава, повећала његова вредност. У овом случају се очекује да ће од продаје таквог добра власник на тржишту остварити вишу цену, при чему конкретно повећање вредности није резултат његових улагања, већ улагања јавних средстава.[60] Иако се у закону не прецизира ко је поверилац у овом случају, може се закључити да би то био онај ниво власти: републички, покрајински, градских или општинских из чијег су буџета уложена средства у очувања конкретног културног добра. У овом случају, Закон предвиђа и обезбеђење потраживања на име уложених средстава у виду хипотеке (чл. 34 ЗКД). Реч је о законској хипотеци, која, да би у складу са важећим прописима пуноважно настала, мора да буде уписана у катастар непокретности.[61]

---

[58] D. Stojanović, 566.

[59] Нарочито је спорно да ли се и како ово ограничење може делотворно спроводити у пракси, с обзиром на непостојање посебне и потпуне евиденције покретних културних добара у приватној својини.

[60] Овде се потенцијално отвара једно питање које може бити интересантно из угла пореског права. Наиме, с обзиром на то да је власник непокретног културног добра, који је физичко лице, дужан да износ увећане вредности непокретности врати ономе ко је својевремено инвестирао у њу, упитно је да ли се он, као преносилац права својине теретним правним послом може опорезовати порезом на капиталне добитке у складу са Законом о порезу на доходак грађана, односно да ли може тражити умањење износа утврђеног пореза, ако је до повећања вредности непокретности дошло садејством више екстерних фактора, а не само непосредним улагањем буџетских средстава у његово очување (вид. чл. 71-80), *Службени гласник РС,* бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 (Одлука Уставног суда), 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019.

[61] Чл. 8, ст. 1, тач. 3) Закона о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015. Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности*,

## 5. ЗНАЧАЈ ВИДЉИВОСТИ СВОЈСТВА КУЛТУРНОГ ДОБРА И ДОБРА КОЈЕ УЖИВА ПРЕТХОДНУ ЗАШТИТУ

С обзиром на то да је положај власника културних добара битно различит од власника већине других ствари, од суштинског је значаја видљивост, односно сазнатљивост овог својства и то како за актуелне власнике, тако и за њихове потенцијалне стицаоце. Наиме, управо својство културног добра, које за собом повлачи мноштво обавеза и ограничења својинских овлашћења, може одвратити потенцијалног стицаоца од упуштања у трансакцију која је усмерена на пренос права својине на том добру.[62] О овом аспекту законодавац је водио рачуна прописивањем обавезе вођења регистара културних добара (чл. 60-61 ЗКД), те обавезе надлежних установа заштите да евидентирају добра у режиму претходне заштите (чл. 29 ЗКД). У погледу непокретних културних добара, законодавац је до краја обезбедио потребу за извесношћу и сигурношћу правног промета тиме што је предвидео дужност надлежних завода за заштиту споменика културе да о упису културног добра у одговарајући регистар обавесте надлежан катастар непокретности ради уписа забележбе својства културног добра (чл. 64 ЗКД). Нажалост, законодавац није до краја створио услове за правну извесност при промету непокретности које уживају претходну заштиту, упркос томе што је њихов правни режим практично изједначене са режимом који важи за непокретна културна добра.

Ако би се прихватио став да законска (јавноправна) ограничења права својине начелно треба да имају дејство и без посебног уписа у катастар непокретности, сва ограничења која се односе на добра која уживају претходну заштиту би требало да производе дејства *ex lege* на основу саме чињенице да су предвиђена ЗКД. Када су међутим у питању непокретности, ова околност

---

Правни факултет у Новом Саду 2016, 105-107; Милош Живковић, *Право регистара непокретности – Општи део*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020, 151, 155. У вези са потраживањем повериоца на име уложених буџетских средстава може настати проблем уколико вредност непокретности, манифестована кроз цену коју ће купац бити спреман да плати, не буде увећана у тој мери да се из ње у целости може покрити обезбеђено потраживање. Тада се испоставља да би на продавца требало превалити намирење преосталог дела повериочевог потраживања иако су средства која су уложена, примера ради, у сређивање његове фасаде уложена мимо његове воље, због постојања јавног интереса да се уреди нека историјско-културна целина. Спорно је и да ли би, на основу формулације одредбе из чл. 34, ст. 1 ЗКД, продавац могао да тврди да се потраживање може намирити само из дела цене који одговара увећању вредности непокретности (разлици између њене тржишне вредности после и пре улагања буџетских средстава). Такво тумачење би било неприхватљиво јер би представљало одступање од традиционалног начела недељивости хипотеке. О начелу недељивости заложног права вид. више у: Милош Живковић у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања,* Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2015, 104-108.

[62] D. Klasiček, 137.

може изазвати велике проблеме у пракси упркос томе што би њихове стицаоце требало да штити начело поуздања.[63] Наведено из разлога што се не ради о ограничењима која су „општепозната" субјектима који суделују у правном промету непокретностима, будући да се она неупоредиво ређе срећу у пракси од, на пример, ограничења располагања које се актуелизује продајом пољопривредног земљишта у виду законског право пречe куповине.[64] Последично, невидљивост својства непокретности у режиму претходне заштите на основу доступних података из катастра непокретности умањује значај његове упозоравајуће функције.[65] Реч је о функцији која има за циљ да се потенцијалним стицаоцима права својине на непокретностима предоче све релевантне чињенице од којих зависи њихова одлука о томе да ли ће се уопште упустити у овакву трансакцију. Овај недостатак је већ показао своје негативне ефекте на тржишту некретнина и створио проблеме појединим инвеститорима упркос томе што су се они у правном промету поуздали у податке из катастра и у свему поступали сагласно начелу савесности и поштења. То што се ова добра воде у евиденцији надлежног завода за заштиту споменика културе[66], није од велике помоћи у контексту њиховог промета будући да познавање прописа из области заштите културних добара, као што је већ закључено, не спада у општа знања која се очекују од правника практичара.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Појава нових, све бројнијих посебних правних режима утиче на промену структуре грађанског, а у том контексту и стварног права, на дисперзију правне регулативе, на дистрибуцију и присвајање добара и, што је посебно важно, на овлашћења титулара права својине. Промене су дискретне, али толико значајне да им је потребно посветити посебну пажњу. Та тематика је до сада била на маргинама правне науке. О томе сведочи чињеница да у домаћој цивилистици нису расправљена ни базична питања на нивоу појмовног одређења. Правни режим се, по правилу, интиутивно своди на скуп правних норми. По нашем мишљењу, он је нешто много више од тога. Синтагма *правни режим* појмовно повезује четири чиниоца: 1. идеолошку и идејну основу; 2. правнополитички оквир; 3. темељна начела и, 4. правни институт, као регулативни сегмент. Сваки од њих и сви они заједно, изискују продубљена истраживања, која су у овом раду започета анализом посебног

[63] М. Живковић (2020), 131-133.

[64] Вид. чл. 6 Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС,* бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

[65] М. Живковић (2020), 136-137.

[66] Ова евиденција, према нашим сазнањима, није доступна преко интернета.

правног режима који важи за државу у наследном праву и посебног правног режима који важи за културна добра.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

*Большая юридическая энциклопедия* (ур. А.Б. Барихин), Книжный мир, Красноярск, 2010.

Беляева Серафимовна Галина, „Правовой режим: к определению понятия", *Источник Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение – Грамота*, 3/2012.

Бргуљан Владимир, *Споменичко право*, Републички завод за заштиту споменика културе, Београд 2006.

Живковић Милош, *Право регистара непокретности – Општи део*, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2020.

Ivanov Vitaly Alekseevich, Baranova Ekaterina Alexandrovna, *The Definition of „Special Legal Regime".* Доступно на: https://pokoleniy.ru/en/chto-znachit-pravovoi-rezhim-ponyatie-pravovyh-rezhimov-chastnoe-i-publichnoe/

Kirichenko Dmitrii, *Doctrinal Approaches of Russian Lawyers in Respect of the Definition of Notion „Legal Regime"*, Studii Juridice Universitare, 2010.

Klasiček Dubravka, „Neka pitanja zaštite kulturnih dobara s osvrtom na ograničenja vlasništva", у: Dubravka Hrabar (ur.), *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2008, 107-139.

Conseil des ministres du 6 juillet 2016. Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve d'obligations. Доступно на: https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-07-06/reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-pre

Комаров С.А., *Общая теория государства и права*, Санкт Петербург, 2001.

Nikolić Dušan, „O pravnoj politici Evropske unije u oblasti privatnog prava", у: *Izazovi u međunarodnom poslovnom pravu i pravu Evropske unije – Liber amicorum in honour Radovan D. Vukadinović*, (urednici: Allan F. Tatham, Vitomir Popović i Jelena Vukadinović Marković), Akademija nauka Republike Srpske, Banja Luka, Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, 2020, 357-368.

Nikolić Dušan, „O položaju države u naslednom pravu Srbije", *Studia iuridica montenegrina* 1/2020, 67–90.

Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, XVI измењено и допуњено издање, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2020.

Николић Душан, „О дислоцираним институтима у грађанском праву Републике Србије", у: *Одабране теме облигационог права*, (Ур. Марија Караникић Мирић и Марко Ђурђевић), Универзитет у Београду – Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд 2020, 270–293.

Николић Душан, „О ширини теме докторске дисертације из правних наука", у: *Liber amicorum Vladimir Vodinelić* (ur. Miloš Živković), Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd, 2019, 213-225.

Николић Душан, Мидоровић Слобода, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина", *Зборник Правног факултета у Новом Саду* 1/2018, 65-78.

Николић Душан, „Социјални еквилибријум и праведно приватно право", у: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Тематски зборник, књига V, Правни факутет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2017, 207-219.

Nikolić Dušan, *The Independence and Social Influence of a Meritorious Legal Elite in Serbia*, у: *Fair Reflection of Society in Judicial Systems. A Comparative Study*, (ed. Sophie Turenne), Edition: Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, Berlin – Heidelberg, 2015, 187-204.

Nikolić Dušan, *Development of the Property Law in Serbia – Both Autonomous Legal Development and Legal transplantation*, poglavlje u knjizi: *Private Law in Eastern Europe – Autonomous Developments or Legal Transplants?* (eds.: C. Jessel-Holst, R. Kulms, A.Trunk), Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 237-267.

Nikolić Dušan, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System national report*, у: *Precedent and the Law*, (Ed.: E. Hondius), Brussels, Bruylant, 2007, 437-467.

Nikolić Dušan, „Harmonizacija stvarnog prava na prostoru jugoistočne Evrope", поглавље у књизи: *Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Edition Temmen, Bremen, 2002, 199-214.

Николић Душан, „Трострука накнада штете у нашем праву", *Судска пракса* 3/1997, 69-71.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 402/2016, од 15.12.2016. године.

Радошевић Ратко, *Правна природа управног уговора*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2018. Доступно на: https://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/id/36785/Disertacija.pdf

Stojanović Dragoljub, „Ograničenje privatne svojine", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1963, 556-567.

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

Fauvarque-Cosson Bénédicte, „Rekodifikacija građanskog prava u Evropi i reforma francuskog ugovornog prava", European Lawyer Journal / *Evropski pravnik 2*/2015, 29-47.

Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања,* Универзитет у Београду Правни факултет, Београд 2015.

Hurst William, *Ruling before the Law*, Cambridge University Press, Online publication date: April 2018, 13-47. Доступно на: https://www.cambridge.org/core/books/ruling-before-the-law/006EBCE30DF70AE8033AAACBC91D885E

Цветић Раденка, *Савремена евиденција непокретности*, Правни факултет у Новом Саду 2016.

Cvetić Radenka, *Pravo preče kupovine*, SCI, Novi Sad 2002.

Закон о културним добрима, *Службени гласник РС*, бр. 71/94, 52/2011 (други закони), 99/2011 (други закон), 6/2020 (други закон).

Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС,* бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 (Одлука

Уставног суда), 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 47/2013, 48/2013, 108/2013, 57/2014, 68/2014, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019.

Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 (Одлука Уставног суда), 83/2015.

Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник* РС, бр. 106/2015, 106/2016 (Аутентично тумачење), 113/2017 (Аутентично тумачење), 54/2019, 9/2020 (Аутентично тумачење).

Закон о основама својинскоправних односа*, Службени лист СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90*, Службени лист СРЈ,* бр. 29/96*, Службени гласник РС,* бр. 115/2005.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, (Уредба – за време ратног стања: 22/99, 23/99, 35/99, 44/99), *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

Закон о наслеђивању, Службени гласник Републике Србије, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015.

Закон о заштити и очувању културних добара, *Народне новине* 69/99; 151/03; 157/03, Исправка, 87/09; 88/10; 61/11; 25/12; 136/12; 157/13; 152/14; 44/17; 90/18; 32/20; 62/20.

*Dušan Ž. Nikolić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*D.Nikolic@pf.uns.ac.rs*

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

# Development of Special Property Rights Regimes

***Abstract:*** *In recent years, the shaping of special legal regimes has been intensified. They discreetly influence the ideological and value orientation of the Civil law and, to an increasing extent, its structure. Deviation from the general legal regime means that individuals or narrower social groups are brought either to a privileged or to a less favorable position in relation to other right holders. A more pronounced disparity between the general and the special can affect the stability of society, especially when it comes to the segment of the legal system that regulates issues related to the distribution and appropriation of goods in the domain of Real property law and Inheritance law. The introduction of new special legal regimes should affect the spread of Civil law. However, in most legal systems there is an opposite trend. New legal institutes that are in the function of implementing special legal regimes are governed by special regulations and often become part of separate, independent branches of law. Dispersion is especially emphasized in the domain of Real property law.*

*The problem is that special legal regimes have not been the subject of more detailed studies in domestic doctrine. In this paper, questions concerning their conceptual definition, legal nature and practical significance are opened. In the first part, which could be conditionally called general, the current problems related to ideological and systemic dilemmas are analyzed. In the second, special, the current concept of a special property regime that applies to cultural goods is analyzed.*

*Cultural goods are material elements of the cultural heritage of our country. The Constitution of the Republic of Serbia recognizes their status as goods of public interest, which implies the need for their enhanced protection. It is achieved by prescribing various public law restrictions that narrow the autonomy of the will of the owner. The paper analyzes the limitations of property entitlements for immovable and movable cultural goods, as well as for the goods that enjoy*

*prior protection. Domestic regulations are inadequate in some segments because they provide for excessive restrictions (e.g. when determining the category of goods to which the right of pre-emption applies), because in some places they are insufficiently precise (in terms of determining the holder of the pre-emption right), or insufficiently elaborated (due to the failure to provide for the notification (die Anmerkung) of an (immovable) property that enjoys prior protection in the real estate cadastre). This emphasizes the importance of striving to achieve a fair balance between the public interest of the community, on the one hand, and the interests of owners, on the other.*

***Keywords:*** *special legal regime; legal policy; real right; cultural goods*

Датум пријема рада: 22.02.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 21.03.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 347.238.3
doi:10.5937/zrpfns55-30418

*Раденка М. Цветић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*R.Cvetic@pf.uns.ac.rs*

# ПРАВО ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА НА ЗЕМЉИШТУ НА КОМЕ СЕ ЗГРАДА НАЛАЗИ У КОНТЕКСТУ ПРЕТВАРАЊА ПРАВА КОРИШЋЕЊА У ПРАВО СВОЈИНЕ НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ*

***Сажетак:*** *У раду се полази од констатације да је етажна својина сложена правна конструкција, која, као посебан појавни облик својине, представља правни институт модерног доба. Указано је на разлоге правног признања и широке распрострањености ове потенцијално конфликтне сложене својинске заједнице, која подразумева одступања од општег својинског режима. Сложеност етажне својине проистиче из њеног специфичног предмета. Наиме, три компоненте ове правне конструкције: право на посебном делу зграде (може бити у искључивој својини, сусвојини или заједничкој својини), право на заједничким деловима зграде (заједничка својина етажних власника) и право на земљишту на коме се зграда налази (сусвојина етажних власника), треба нормативно уоквирити и максимално системски ускладити. Предмет посебног интересовања је право на земљишту, с аспекта његове специфичности током развоја правног система у Србији након Другог светског рата. Процес конверзије, односно претварања права коришћења грађевинског земљишта у право својине у Србији је започет 2009. године, ступањем на снагу сада важећег Закона о планирању и изградњи. Еволуција регулативе о правима етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена (и оном које служи за њену редовну употребу), у периоду од 2009. до 2020. године, је предмет детаљне анализе у контексту испитивања адекватности, односно капацитета датих правила за успостављање правног јединства непокретности и превенирање спорних ситуација.*

***Кључне речи:*** *трајно право коришћења, конверзија (претварање), правно јединство непокретности, сусвојина на катастарској парцели.*

* У чланку су изложени резултати рада током 2020. године на научноистраживачком пројекту *Правна традиција и нови правни изазови,* чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

## 1. УВОД

Етажна својина, као посебан појавни облик својине у нашем правном систему, сужена је по свом предмету у односу на општи појам права својине (јер то могу бити само посебни делови зграде одређени законом), али је проширена по садржини на три акцесорна права (право на заједничким деловима зграде, право на земљишту на коме је зграда подигнута и право учешћа у управљању стамбеном заједницом), чије постојање је неопходно за вршење права на посебном делу.[1] У питању је сложена правна конструкција модерног доба, која подразумева одређена одступања од општег својинског режима. Упркос чињеници да корени овог правног института сежу у далеку прошлост, тек у XX веку етажна својина постаје неминовност у свим, пре свега, урбаним срединама.[2] Бројни су разлози у основи правног признања ове потенцијално конфликтне сложене својинске заједнице и њене распрострањености широм света. Као пресудни, истичу се следећи: обнављање разореног стамбеног фонда током светских ратова, социјални, привредни, комунално-просторни.[3]

Наведене иманентне специфичности етажне својине различито су регулативно уобличене у појединим правним системима, зависно од тога која је од три основне компоненте ове правне установе (посебан део зграде, заједнички делови зграде и земљиште) постављена као окосница правне конструкције.[4] У нашем правном систему, то је свакако посебан део зграде: стан, пословни простор, гаража, гаражно место или гаражни бокс. Упркос чињеници да представља потпуно инкорпорисан (неодвојив) део зграде као јединствене ствари, посебан део може бити, због своје функционалне самосталности, предмет посебног права својине и других стварних права. При томе, у склопу правне установе етажне својине, одређена својинска овлашћења се са посебног дела зграде шире на заједничке делове зграде и на земљиште на

---

[1] О појму етажне својине и нормативном оквиру у Србији (важећем праву и постојећим нацртима), вид. Раденка Цветић, „Право етажних власника на заједничким деловима зграде", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2017, 1343-1351.

[2] О историјском развоју етажне својине, вид. Nina Planojević, *Etažna svojina,* Крагујевац 1997, 3-12.

[3] О узроцима распрострањености етажне својине у XX веку, вид. N. Planojević, 14-19. О социјалним, привредним и просторно-комуналним разлозима настанка етажне својине, односно капацитету овог правног института да умањи стамбену кризу (а тиме и социјалну напетост), поспешивању његовог развоја услед појефтињења изградње и доприносу очувању фонда пољопривредног земљишта (смањење обима неповратног претварања овог земљишта у грађевинско земљиште, захваљујући градњи у висину) вид. Vlado Belaj „Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo) у: Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo,* svezak 1., Zagreb 2007, 738-739.

[4] Вид. N. Planojević, 52-57, V. Belaj, 740-742.

коме се зграда налази (земљиште под зградом и оно које је потребно за њену редовну употребу).[5]

Бројна питања од значаја за институт етажне својине регулисана су Законом о становању и одржавању зграда (ЗСОЗ).[6] На основу овог Закона за својство власника посебног дела зграде везују се следећа права: право заједничке (недељиве) својине на заједничким деловима зграде, право учешћа у управљању стамбеном заједницом и право сусвојине на земљишту на коме је зграда израђена и оном које служи за редовну употребу зграде. Прописивањем да се наведена права стичу истовремено са правом својине на посебном делу зграде (чл. 5, ст. 2 ЗСОЗ), одређен је њихов акцесорни карактер у настанку, преносу и престанку. Она немају самосталну правну судбину и не могу се „осамосталити" у правном промету, те без икаквог посебног уговарања прелазе на новог власника посебног дела зграде.[7] У овом раду пажња ће бити усмерена на право етажних власника на земљишту на коме је зграда изграђена, односно оном које служи за редовну употребу зграде. У основи такве структуре рада је чињеница да су остале компоненте правне установе етажне својине биле предмет разматрања у једном ранијем раду.[8]

## 2. ПРАВО ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА НА ЗЕМЉИШТУ ПРЕ 2009. ГОДИНЕ[9]

Процес национализације грађевинског земљишта, у циљу подруштвљавања (касније, подржављења), као логичан след у државном и правном поретку који је успостављен након Другог светског рата у Југославији[10], за-

[5] Вид. Р. Цветић (2017), 1343-1344.

[6] *Службени гласник РС,* бр. 104/16, 9/20-други закон (У питању је Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи. На основу чл. 53 овог Закона, престао је да важи чл. 140 Закона о становању и одржавању зграда).

[7] Р. Цветић (2017), 1350.

[8] Р. Цветић (2017).

[9] Ова година се узима као кључна за почетак процеса успостављања правног јединства непокретности, што се десило ступањем на снагу Закона о планирању и изградњи из 2009. године. Приказ се односи на временски период од национализације грађевинског земљишта (1958. године) и ступања на снагу Закона о својини на деловима зграда (1959. године) до 2009. године.

[10] У питању је тзв. Друга Југославија која је настала 1943. године (ДФЈ – Демократска федеративна Југославија, последња фаза Краљевине Југославије и прва фаза социјалистичке Југославије, са две паралелне владе; од 1945. године званични назив државе је био ФНРЈ – Федеративна Народна Република Југославија; од 1963. године СФРЈ – Социјалистичка Федеративна Република Југославија). Исти режим грађевинског земљишта је постојао кратко и након настанка тзв. Треће Југославије (СРЈ – Савезна Република Југославија, која је настала 1992. године, након дезинтеграције СФРЈ).

снован је на Закону о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта из 1958. године и низу прописа који су били на снази до 1995. године. Грађевинско земљиште (неизграђено и изграђено) у градовима и насељима градског карактера је национализовано 1958. године, а затим је скоро четири деценије било искључиво у друштвеној (државној) својини.[11]

Социјалистички друштвено-економски односи и државно уређење изнедрили су низ оригиналних и специфичних правних института. У погледу етажне својине, то се одразило на природу акцесорних права која су се нужно везивала за право својине на посебном делу зграде. Наиме, право својине које је годинама маргинализовано у односу на друштвену (државну) својину,[12] прописивањем бројних ограничења у погледу обима присвајања непокретних ствари (тзв. својински максимуми), није могло постојати на (градском) грађевинском земљишту, али се (у оквиру постојећег својинског максимума) могло стећи на објекту (и посебном делу тог објекта) који је изграђен на земљишту у друштвеној својини.

Национализација грађевинског земљишта на тај начин неминовно је довела до напуштање начела јединства непокретности, које „потиче из традиције римског права да *superficies solo cedit.*"[13], [14] То је за последицу имало, генерално, признавање (трајног) права коришћења власнику зграде, односно када је у питању етажна својина, власнику посебног дела зграде, у погледу грађевинске парцеле на којој је та зграда саграђена (земљиште под зградом и оно које служи за њену редовну употребу). Трајно право коришћења је „поништило атракцијску снагу земљишта, а само није преузело улогу земљишта попут немачког или аустријског прва грађења."[15] Зграда и земљиште схваћени су као посебни објекти својинскоправних односа (дуалистички систем, напуштање јединства непокретности), при чему зграда није пратила правну судбину земљишта, већ обрнуто: пренос права на згради, односно њеном посебном делу праћен је преносом права на земљишту, као акцесорног права (дакле, без икаквог изричитог уговарања). Тиме је дерогиран, а не

---

[11] О најважнијим законима на основу којих је извршено подруштвљавање грађевинског земљишта и настало право његовог коришћења, вид. Sofija Nikolić, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji" *Nova pravna revija* (NPR Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), 1/2016, 40-42. Часопис је доступан у електронској форми на адреси *NPR 1 2016 elektronska verzija.pdf,* (21. децембар 2020).

[12] О коришћењу института права прече куповине као средства фаворизовања друштвене својине (прописивањем бројних случајева права прече куповине у корист титулара друштвене својине у случају продаје ствари на којој постоји право својине), вид. Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine,* Novi Sad 2002, 219-233.

[13] Nikola Gavella, „Stvarnopravni odnos" у: Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo,* svezak 1., Zagreb 2007, 83.

[14] S. Nikolić, 42-43.

[15] Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava,* Rijeka 2001, 148-149.

само ограничен (у мери коју нужно захтева правна конструкција правне установе етажне својине) принцип *superficies solo cedit*[16]. То је додатно (поврх иманентних посебности) компликовало уређење етажне својине као правног института.

Ипак, природа права које су имали етажни власници на грађевинској парцели зависила је од тога у ком својинском режиму је било земљиште. Ако је у питању друштвена (државна) својина, за право својине на посебном делу зграде везивало се трајно право коришћења (уз обавезу плаћања накнаде за коришћење грађевинског земљишта), а у случају приватне својине (што је могло бити само у насељима која нису имала градски карактер), етажни власници су били сувласници земљишта.[17] Законом о основним својинско-правним односима,[18] од 1980. до 1996. године, било је регулисано право власника зграде на земљишту када је зграда изграђена (у складу са законом) на земљишту у друштвеној својини. У том случају, власник зграде имао је право коришћења земљишта на коме је зграда изграђена и земљишта које служи за редовну употребу те зграде *док она постоји.* Изричито је било прописано да се право коришћења може преносити само са преносом права својине на згради.[19]

---

[16] *Superficies solo cedit* (Gaius, Institutiones 2, 73) – Грађевина припада земљишту, односно све што је спојено са земљиштем (кућа, садница и сл.) припада власнику тог земљишта. Полазећи од смисла Гајеве изреке настала је и мање цитирана изрека *Solo cedit quod solo inaedificatur* – Што се изгради на земљишту, дели судбину земљишта, као и *Aedificatum solo cedit* – Грађевина прати (правну) судбину земљишта. Вид. Ante Romac, *Latinske pravne izreke,* Zagreb 1982, 587, Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris,* Beograd 1984, 56, 504. Поента наведених изрека је да зграда и земљиште на којем је изграђена представљају нераскидиво јединство, што је последица схватања да су грађевине састављене од два дела: земљишта и зграде. Појам грађевине у римском праву обухвата, дакле, зграду и земљиште на којем је изграђена. Вид. V. Belaj, 740, ф.н. 7. У системима напуштеног јединства непокретности, да би зграда представљала непокретну ствар захтева се њена инкорпорација у земљиште (да не лежи на земљишту). Вид. Обрен Станковић, у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Београд 1996, 24.

[17] Ово разликовање озваничено је Законом о својини на деловима зграда (чл. 6), *Службени лист ФНРЈ,* 16/59. Закон о својини на деловима зграда био је основни извор етажне својине. Важио је на целој територији ФНРЈ/СФРЈ. Међутим, након прерасподеле нормативне надлежности између Федерације и република и покрајина (што је учињено 1971. године усвајањем амандмана XXX на Устав СФРЈ из 1963. године, а затим потврђено Уставом СФРЈ из 1974. године), Закон о својини на деловима зграда, са већим бројем измена и допуна, важио је у Србији као републички закон (*Службени гласник СР Србије,* бр. 52/73) све до 1996. године. Престао је да важи 19. јула 1996. године на основу Одлуке Савезног уставног суда (I У број 23/95, *Службени лист СРЈ,* бр. 33/96) којом је утврђено да није сагласан са Уставом СРЈ и Законом о основним својинско-правним односима (чл. 130, ст. 2 Устава СРЈ из 1992. године).

[18] *Службени лист СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ,* бр. 29/96, *Службени гласник РС,* бр. 115/05 – други закон (у питању је чл. 63 Закона о хипотеци на основу којег су престале да важе одредбе чл. 63-69 Закона о основама својинскоправних односа).

[19] Закон о основним својинско-правним односима, чл. 12 изворног текста из 1980. године. Законом о изменама и допунама Закона о основним својинскоправним односима из

У стручној литератури, често је у први план истицано да суштинска разлика између ова два права на земљишту (трајног права коришћења и сусвојине) није постојала за све време постојања зграде, а тиме и етажне својине. Престанак постојања зграде из било којих разлога, међутим, значио је да титулари права коришћења немају више никакво право на земљишту, док је сусвојина на земљишту у том случају опстајала и више није била недељива. Обележје трајности непокретности замагљивало је ово разликовање, а у стручној литератури није се улазило у разматрање могућих практичних проблема везаних за доношење одлука у вези коришћења земљишта које служи за редовну употребу зграде (док постоји зграда). Тек је претварање права коришћења у право сусвојине на грађевинској парцели, рационализовало овај сегмент постављањем питања у којој мери је допуштено и оправдано одступање од општег правног режима сувласничких заједница, односно ситуација када више лица има право својине на неподељеној ствари, при чему су њихови удели одређени сразмерно према целини (идеални део, аликвотни део).

## 3. БИТНЕ ПРОМЕНЕ КОЈЕ СУ ПРЕТХОДИЛЕ ПРЕТВАРАЊУ ПРАВА КОРИШЋЕЊА У ПРАВО СВОЈИНЕ НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ

### 3.1. Приватизација друштвеног стамбеног фонда

У периоду доминантног значаја друштвене својине у социјалистичкој Југославији (и Србији) станови, као посебни делови зграде, чешће су коришћени за задовољење стамбене потребе по основу станарског права на стану у друштвеној својини,[20] него по основу етажне својине. Поред тога, саме вишестамбене зграде[21] су биле у друштвеној својини, чак и када би, хипо-

1996. године члан 12 је брисан. Истим Законом о изменама и допунама назив Закона је измењен и од 4. јула 1996. године (дан ступања на снагу Закона о изменама и допунама) гласи *Закон о основама својинскоправних односа.*

[20] О станарском праву као идеји о социјално праведном систему стамбених односа и посебно о станарском праву на становима у друштвеној својини, вид. Миодраг Орлић у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Београд 1996, 302-315. О одрживости идеје да се стамбена криза може решити осигурањем стана свакој породици, вид. V. Belaj, 739, посебно фн. 6.

[21] Вишестамбеном зградом сматрана је свака зграда која је била већа од породичне стамбене зграде, односно у којој је број станова прелазио стамбени својински максимум: два стана или три мања стана. Након измена друштвено-економског уређења током деведесетих година, пре свега због укидања својинског максимума на стамбеним зградама и становима, пословним зградама и пословним просторијама, такво становиште било је правно неутемељено (упор. одредбу чл. 9, ст. 2 Закона о основним својинско-правним односима из 1980. године и након измена до којих је дошло 1990. године). Поред тога, Савезни уставни суд је образлажући већ спомињану Одлуку из 1996. године (I У број 23/95), указао на став законодавца који је дошао до изражаја при изменама и допунама Закона о основним

тетички, сви њени посебни делови били у приватној својини, што је последично значило да су етажни власници на заједничким деловима зграде имали трајно право коришћења, а не заједничку недељиву својину (као што је био случај када се радило о породичној стамбеној згради).[22] И, као што смо већ констатовали, грађевинско земљиште је било у друштвеној својини. Све осим посебног дела било је у друштвеној својини.

Ипак, етажна својина ће постати доминантан појавни облик права својине на становима у градовима и насељима градског карактера у контексту нестанка станарског права у нашем правном систему, у периоду између 1992. и 1995. године.[23] Сви који су у наведеном временском периоду закључили уговор о откупу стана (који је био у друштвеној својини и на коме су имали станарско право), постали су власници станова као посебних делова зграде, односно етажни власници. Тако је процес приватизације друштвеног стамбеног фонда довео до знатног увећања броја етажних власника. Поред тога, стамбене зграде, као што је истакнуто, више нису биле у друштвеној својини. Стамбеној згради се признаје својство правног лица (у пословима који се односе на одржавање и коришћење зграде) и образује се скупштина зграде коју чине сви етажни власници (односно савет, ако има 10 или мање етажних власника у згради).[24]

### 3.2. Измене у погледу права етажних власника на заједничким деловима зграде

Све до 1996. године правила се разлика у погледу права етажних власника на заједничким деловима зграде зависно од тога да ли је у питању вишестамбена зграда или породична стамбена зграда. У првом случају, будући да су вишестамбене зграде биле у друштвеној својини, етажни власници су имали (трајно) право коришћења, а у потоњем право заједничке недељиве

---

својинско-правним односима из 1996. године у погледу права власника посебних делова зграде на заједничким деловима зграде (право заједничке недељиве својине). Поента је у томе да облик својине на становима опредељује својину на заједничким деловима зграде.

[22] О. Станковић, 174, 176-177.

[23] Од дана ступања на снагу Закона о становању *(Службени гласник РС,* бр. 50/92), 2. августа 1992. године, на стану у друштвеној својини више се није могло стећи станарско право. Ко до 31. децембра 1995. године није откупио стан, наставио је да га користи као закупац стана у друштвеној својини на неодређено време, уз могућност откупа. То значи да од 31. децембра 1995. године у нашем правном систему не постоји више станарско право као основ задовољења стамбене потребе. Вид. Илија Бабић, „Етажна својина и конверзија права коришћења у право својине", *Право и привреда,* 7-9/2012, 52-53.

[24] Вид. чл. 11 и 12 Закона о одржавању стамбених зграда, *Службени гласник РС,* бр. 44/95, 46/98, 1/01-одлука УС, 101/05-други закон, 27/11-одлука УС, 88/11. Закон је престао да важи ступањем на снагу Закона о становању и одржавању зграда 31. децембра 2016. године.

својине.[25] Након што је 1996. године измењен чл. 19 Закона о основама својинскоправних односа,[26] разликовање између вишестамбених и породичних стамбених зграда више није релевантно у наведеном смислу. Прописано је на јединствен начин да на заједничким деловима зграде и уређајима у згради власници посебних делова зграде имају право заједничке недељиве својине (чл. 19, ст. 2).[27] Јер, логично је било да облик својине на посебним деловима зграде опредељује својину на њеним заједничким деловима (а зграде више нису биле у друштвеној својини).

Правни режим заједничких делова зграде установљен важећим Законом о становању и одржавању зграда, заснован је на полазном правилу садржаном у Закону о основама својинскоправних односа.[28]

### 3.3. Наговештај могућих промена у погледу облика својине на грађевинском земљишту

Након дезинтеграције СФРЈ, Уставом Савезне Републике Југославије из 1992. године, супротно дотадашњем опредељењу[29] предвиђено је да градско грађевинско земљиште може бити у приватној и у другим облицима својине у складу са законом.[30] Ипак, Законом о грађевинском земљишту из 1995. године ништа битно није учињено у правцу приватизације грађевинског

---

[25] Закон о својини на деловима зграда, чл. 5.

[26] Чланом 13 Закона о изменам и допунама Закона о основним својинскоправним односима *(Службени лист СРЈ,* бр. 29/96), 1996. године измењен је чл. 19. Пре измена чл. 19 гласио је: *У случајевима и под условима одређеним законом може постојати право својине на стан и пословну просторију као посебном делу зграде.* Након измена чл. 19 гласи: *(1) Право својине на посебном делу зграде може постојати на стану, пословној просторији или гаражи, односно гаражном месту. (2) На заједничким деловима зграде и уређајима у згради власници посебних делова зграде имају право заједничке недељиве својине.*

[27] О значају овог правила, стављању ван снаге Закона о својини на деловима зграда на основу Одлуке Савезног уставног суда (одлука је донета 3. јула, а објављена у *Службеном гласнику СРЈ,* бр. 33/96 19. јула 1996. године) којом је утврђено да није сагласан са Уставом СРЈ и Законом о основним својинско-правним односима, као и вишегодишњој примени тог Закона од стране неких војвођанских судова упркос чињеници да је престао да важи 19. јула 1996. године, вид. Dušan Nikolić, „Čiji su zajednički delovi zgrada", *Pravni život* 10/2001, 27-31.

[28] О правном режиму заједничких делова зграде вид. Р. Цветић (2017), 1351-1361.

[29] Такође, супротно и тада важећем Уставу Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 1/90, чл. 60, ст. 1 и 3: градско грађевинско земљиште је у државној или друштвеној својини, а под условима одређеним законом, на њему се може стећи право коришћења. Вид. Мирослав Лазић, „Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација", *Зборник радова Правног факултета у Нишу,* 76/2017, 354-355.

[30] Устав СРЈ, *Службени лист СРЈ,* бр.1/92, чл. 73, ст. 4. У истом ставу је предвиђено да и поједина добра у општој употреби могу бити у приватној и другим облицима својине у складу са законом.

земљишта.[31] Предвиђено је да се актом о одређивању градског грађевинског земљишта не мења облик својине на земљишту које се одређује за градско грађевинско земљиште (чл. 4, ст. 3), али то се односило само на акте који ће тек бити донети. Наиме, изричито је прописано да је земљиште које је до дана ступања на снагу тог Закона (5. новембар 1995. године) одређено као градско грађевинско земљиште у државној својини,[32] те да се не може отуђити из државне својине (чл. 7, ст. 2).

Законом о изменама и допунама Закона о основним својинскоправним односима из 1996. године, у складу са Уставом СРЈ из 1992. године, измењен је чл. 9 и при одређењу шта може бити предмет права својине, између осталог, наведено је да физичка и правна лица могу имати право својине и на градском грађевинском земљишту, у складу са законом (чл. 9, ст. 2).

Закон о планирању и изградњи из 2003. године[33] донео је нову класификацију грађевинског земљишта, на јавно и остало грађевинско земљиште (чл. 68).[34] Јавно грађевинско земљиште је у државној својини и не може се отуђити из државне својине, док је остало грађевинско земљиште оно које није одређено као јавно. Остало грађевинско земљиште може бити у свим облицима својине и у промету је.[35] Власници објеката имали су право коришћења земљишта и за то су плаћали одговарајућу накнаду.[36]

Равноправност свих својинских облика прописана је Уставом Републике Србије из 2006. године.[37] Зајемчена је приватна, задружна и јавна својина и утврђено да сви наведени облици својине имају једнаку правну заштиту (чл. 86, ст. 1). Створен је уставни основ за „својинску трансформацију" у обрнутом

[31] *Службени гласник РС,* бр. 44/95, 16//97, *Службени лист СРЈ,* бр. 16/01-одлука Савезног УС. Њиме је извршена „етатизација својине на грађевинском земљишту", односно грађевинско земљиште је прешло из друштвене у државну својину. Вид. Борис Беговић, Бошко Мијатовић, Драгор Хибер, *Приватизација државног земљишта у Србији*, Београд 2006, 11-12, *http://www.clds.rs/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf.* (21. децембар 2020).

[32] Осим земљишта на коме се, по прописаној процедури, на захтев ранијег сопственика успостави ранији режим својине, који је постојао пре него што је то земљиште проглашено за градско грађевинско земљиште. Вид. чл. 33, ст. 1 у вези чл. 31-32 Закона о грађевинском земљишту из 1995. године.

[33] *Службени гласник РС,* бр. 47/03, 34/06.

[34] Законом о грађевинском земљишту из 1995. године грађевинско земљиште се делило на градско грађевинско земљиште, грађевинско земљиште у грађевинском подручју и грађевинско земљиште изван грађевинског подручја.

[35] Изричито је прописано да остало грађевинско земљиште, које је до дана ступања на снагу Закона о планирању и изградњи законом проглашено за градско грађевинско земљиште, остаје у државној својини, ако посебним законом није другачије одређено (чл. 79, ст. 3).

[36] Накнада за коришћење грађевинског земљишта интегрисана је у порез на имовину након што је престало да постоји право коришћења, односно након што је претворено у право својине власника зграде (или посебног дела зграде). Вид. чл. 220 Закона о планирању и изградњи из 2009. године.

[37] *Службени гласник РС,* бр. 98/06.

правцу у односу на ону која је провођена у периоду социјалистичких друштвено-економских односа: *Постојећа друштвена својина претвара се у приватну својину под условима, на начин и у роковима предвиђеним законом* (чл. 86, ст. 2).

## 4. ПРЕТВАРАЊЕ ПРАВА КОРИШЋЕЊА У ПРАВО СВОЈИНЕ НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ

Законом о планирању и изградњи (ЗПИ)[38] који је ступио на снагу 2009. године, започет је процес претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту. Тиме је створен правни оквир за приватизацију грађевинског земљишта[39] и успостављање јединства непокретности.[40]

Посебност решења у нашем правном систему је у чињеници да се, супротно принципу *superficies solo cedit,* правна судбина земљишта везује за правну судбину грађевине која је на њему подигнута. У том смислу, Закон о промету непокретности садржи изричито правило: *Преносом права својине на згради, односно другом грађевинском објекту, истовремено се преноси и право својине на земљишту на којем се зграда налази као и на земљишту које служи за редовну употребу зграде.*[41] Ако се преноси право својине на

[38] *Службени гласник РС,* бр. 72/09, 81/09-исправка, 64/10-одлука УС, 24/11, 121/12,42/13-одлука УС, 50/13-одлука УС, 98/13-одлука УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19-други закон (у питању је Закон о изменама и допунама Закона о главном граду), 9/20.

[39] О деприватизацији и приватизацији која не мора нужно значити реприватизацију, али се мора имати у виду при предлагању модела приватизације, вид. Б. Беговић, Б. Мијатовић, Д. Хибер, 4-6, модел закон који су аутори предложили *(Основе закона о приватизацији грађевинског земљишта)*, вид. 80-92.

[40] О начелу јединства непокретности и његовом нарушавању у социјалистичким земљама, успостављању правног јединства непокретности у Хрватској, правилима којима се сузбија повреда овог начела, изузецима од начела (у случају права грађења, стварне службености, концесије), вид. N. Gavella, 82-91.

[41] Закон о промету непокретности (ЗПН), *Службени гласник РС,* бр. 93/14, 121/14, 6/15. Наведено правило садржано је у чл. 3, ст. 1 ЗПН. Које земљиште служи за редовну употребу зграде утврђује се уговором о промету непокретности, док правила предвиђена прописима о планирању и изградњи којима се дефинише земљиште које служи за редовну употребу зграде имају диспозитивни карактер (чл. 3, ст. 2 ЗПН).

Слично правило о правној судбини земљишта било је садржано и у Закону о промету непокретности из 1998. године *(Службени гласник РС,* бр. 42/98, 111/09). Упор. са правилом садржаним у Закону о промету земљишта и зграда (Закон је донет 1954. године, навођење је према пречишћеном тексту из 1965. године, доступно *https://projuris.org/RETROLEX/Zakon%20o%20prometu%20zemljista%20i%20zgrada%20(1965).pdf)*, (25. децембар 2020.) чл. 6: (1) *Отуђењем земљишта на које постоји право својине преноси се и право својине на згради која се налази на том земљишту,* ***ако уговором није друкчије одређено.*** (нагласила Р.Ц.) (2) *Отуђењем зграде која је у друштвеној својини стицалац зграде не стиче право својине на земљишту у друштвеној својини на коме се зграда налази али стиче право коришћења*

згради која је изграђена на земљишту на коме власник зграде нема право својине, већ право коришћења или право закупа, на правног следбеника зграде преноси се одговарајуће право на земљишту (чл. 3, ст. 3).

Изворни текст ЗПИ из 2009. године садржи правила о конверзији права коришћења у право својине на грађевинском земљишту.[42] Имајући у виду тему рада, пажњу ћемо усмерити само на правила која су релевантна за етажне власнике и испратити њихове измене од изворног текста до фебруара 2020. године (када су ступиле на снагу, за сада, последње измене и допуне ЗПИ).

### 4.1. Период од 2009. до 2014. године

Према изворном тексту ЗПИ из 2009. године етажним власницима у зградама[43] изграђеним на грађевинском земљишту у државној својини, *престаје право коришћења на грађевинском земљишту и прелази у право својине, сразмерно површини посебних физичких делова чији су власници, без накнаде.* Формулација овог правила је збуњујућа. Наиме, ако престаје право коришћења грађевинског земљишта, оно не може да прелази у право својине, него се уместо тог права које је престало стиче право својине.[44] Поред тога, нејасно је зашто није утврђено да етажни власници постају сувласници, будући да је очигледно да је у питању сусвојина.

Било је прописано да упис права својине врши орган надлежан за послове вођења евиденције непокретности и правима на њима, што је у том моменту, као и данас Републички геодетски завод (РГЗ), односно уже унутрашње јединице РГЗ, службе за катастар непокретности (СКН). Као основ за упис предвиђен је извод из јавне књиге о евиденцији непокретности и правима на њима, што је у том моменту могао бити катастар непокретности, али и земљишна књига, књига тапија, катастар земљишта и књига продатих друштвених станова са хипотеком, а данас је искључиво катастар непокрет-

---

*на то земљиште док зграда на њему постоји.* (3) *Преносом права коришћења или отуђењем пољопривредног земљишта у друштвеној својини стицалац земљишта не стиче право коришћења, односно право својине на пољопривредну зграду која се налази на том земљишту,* ***ако уговором није друкчије одређено.*** (нагласила Р.Ц.) Очигледно је да се није водило рачуна о принципу *superficies solo cedit,* као ни о правном јединству непокретности.

[42] Правила о конверзији без накнаде и уз накнаду садржана су у чл. 100-108 ЗПИ. Од 2015. године конверзија уз накнаду регулисана је посебним законом. У питању је Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду, *Службени гласник РС,* бр. 64/15, 9/20. Вид. М. Лазић, 358-360, S. Nikolić, 48-49.

[43] Законском терминологијом речено: власници посебних физичких делова у стамбеним зградама са више станова, пословним и пословно-стамбеним зградама. Вид. чл. 101, ст. 2 ЗПИ из 2009. године.

[44] Или једноставнија формулација је да се право коришћења претвара у право својине. Сам законодавац ће ову нелогичност отклонити при изменама и допунама ЗПИ 2014. године, а термин „конверзија" биће замењен термином „претварање".

ности.[45] Да би био извршен упис прописано је да етажни власници достављају извод из одговарајуће јавне књиге из кога се утврђује да су власници на посебним деловима зграде. Остало је недоречено да ли до конверзије долази *ex lege,* при чему би упис имао декларативан карактер или је потребно да се изврши упис права својине да би до конверзије дошло. Такође, није сасвим јасно да ли се поступак уписа покреће по службеној дужности када етажни власник достави извод из одговарајуће јавне књиге (доказ о власништву на посебном делу зграде) или он подноси захтев за упис заснован на прописаној исправи за упис (извод из одговарајуће јавне књиге). Ова дилема је разрешена Законом о изменама и допунама ЗПИ из 2011. године, прецизирањем да се упис права својине врши по захтеву лица која имају право на конверзију права коришћења у право својине на грађевинском земљишту.[46]

Када као носилац права својине на грађевинском земљишту на коме је објекат изграђен није уписан етажни власник,[47] пре него што би дошло до конверзије, односно стицања права својине било је потребно да се утврди земљиште за редовну употребу објекта (земљиште испод објекта и земљиште око објекта).[48] Суштина је да се ради о земљишту које испуњава услове за грађевинску парцелу које, након спроведеног поступка прописаног ЗПИ,

---

[45] Вид. Закон о државном премеру и катастру (*Сл. гласник РС,* бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – одлука УС, 96/2015, 47/2017 – аутентично тумачење, 113/2017 – др. закон, 27/2018 – др. закон, 41/2018 – др. Закон, 9/20 – други закон), чл. 189: *У катастарској општини или њеном делу за коју је основан катастар непокретности у складу са одредбама овог закона, даном почетка његове примене, престаје да важи катастар земљишта, као и земљишна књига, књига таџија, интабулациона књига и књига продатих друштвених станова са хипотеком, ако ове књиге постоје у време оснивања катастра непокретности у тој катастарској општини.*

[46] Члан 45, ст. 4 Закона о изменама и допунама ЗПИ, *Службени гласник РС,* 24/11. О трошковима које заинтересовано лице има иако се ради о конверзији без накнаде, вид. S. Nikolić, 45, фн. 83. Осим збуњујућих правила, на ефикасност прописаног процеса претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту, свакако је битно утицао и наметнути трошак.

[47] Већ је као носилац права коришћења на земљишту уписана јединица локалне самоуправе, аутономна покрајина, Република Србија или неко правно лице чији је оснивач неко од наведених носиоца права коришћења. Вид. чл. 102 ЗПИ из 2009. године.

[48] Процедура за одређивање земљишта за редовну употребу објекта прописана је чл. 70 ЗПИ из 2009. године, а у чл. 102 су регулисане различите ситуације зависно од тога шта се утврди: да је површина катастарске парцеле истовремено и земљиште за редовну употребу објекта или је катастарка парцела већа. У потоњем случају исход опредељује утврђење да ли се од „остатка" може или не може формирати посебна грађевинска парцела. Интересантно је да је до 2014. године у случају када је површина катастарске парцеле истовремено и земљиште за редовну употребу објекта, власник постојећег објекта стицао право својине на грађевинском земљишту *без накнаде.* Након измена ЗПИ из 2014. године право својине на грађевинском земљишту, у истој ситуацији, власник објекта стиче *по тржишној цени, непосредном погодбом.* Упор. чл. 102, ст. 2 ЗПИ из 2009. године и чл. 105, ст. 4 ЗПИ након измена и допуна из 2014. године.

постаје катастарска парцела, што је неопходно ради уписа у регистар непокретности.

### 4.2. Период од 2014. до 2020. године

Законом о изменама и допунама ЗПИ из 2014. године у знатној мери је измењен изворни текст из 2009. године.[49] Сви чланови који су се односили на конверзију права коришћења су измењени.[50] Уместо термина „конверзија" користи се термин „претварање", тако да, у оквиру IV дела ЗПИ *(Грађевинско земљиште),* одељак 8. носи назив *Претварање права коришћења у право својине на грађевинском земљишту без накнаде,* обухвата чл. 102-104. Непрецизности, нејасноће и недоречености законског текста из 2009. године делимично су отклоњене. Сам обим измена је показатељ да постојећа правила, за пет година протеклих од ступања ЗПИ на снагу, нису довела до очекиваног резултата у погледу претварања права коришћења грађевинског земљишта у право својине.

Сумарно изражено, постоји неколико основних правила. Право коришћења на грађевинском земљишту претвара се у право својине, без накнаде. Право својине стиче се *ex lege,* даном ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПИ (17. децембар 2014. године). Орган надлежан за послове државног премера и катастра (РГЗ, односно СКН) врши упис права својине (у катастар непокретности) по службеној дужности (*ex officio).* Право својине на катастарској парцели уписује се у корист лица које је уписано као власник објекта/објеката који су на парцели изграђени, односно лица које је уписано као носилац права коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту.[51]

Наведена правила су донекле модификована када су у питању етажни власници, правилом које је садржано у чл. 104, ст. 2-3. Када се на катастарској парцели налази *објекат састављен од посебних делова који су у власништву различитих лица* (прецизније речено, објекат чији су посебни делови у власништву различитих лица), орган надлежан за послове државног премера

[49] *Службени гласник РС,* бр. 132/14. Овај Закон о изменама и допунама има чак 135 чланова, док Закон који се мења има 223 члана! Није нам познато како је образложено опредељење да се врше измене и допуне у толиком обиму уместо да је донет нов закон.

[50] Чланом 55 Закона о изменама и допунама ЗПИ из 2014. године измењено је чак 25 чланова (чл. 82-106), међу њима и они који су се односили на конверзију права коришћења у право својине на грађевинском земљишту без накнаде.

[51] ЗПИ, чл. 102, ст. 3. Истим чланом (ст. 4-6) регулисано је претварање права коришћења на изграђеном и неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини уписано у корист Републике Србије, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе или правног лица чији је оснивач неко од наведених субјеката, у право јавне својине. То дејство се везује за 11. септембар 2009. године (дан ступања на снагу ЗПИ), а сам упис има декларативни карактер.

и катастра (РГЗ, односно СКН) у катастар непокретности уписује да је катастарска парцела у сувласништву тих лица, а величина сувласничког удела се одређује сразмерно површини посебног дела у односу на укупну површину објекта.[52] Сувласништво се уписује *по захтеву* етажног власника, а не по службеној дужности.

Члан 104 ЗПИ модификован је 2020. године,[53] а за измену се може рећи да је пре стилска, него суштинска, будући да су њоме избегнута непотребна понављања. И даље је за упис потребно да заинтересовано лице (сувласници објекта, односно етажни власници) поднесе захтев за упис сусвојине на катастарској парцели. Критеријум за утврђивање величине удела, такође, није мењан. Једино је наглашено да се у таквом случају упис сусвојине на катастарској парцели врши, без обзира да ли је већ спроведено претварање права коришћења грађевинског земљишта у право својине по општим правилима садржаним у чл. 102 ЗПИ.

Да би се омогућило успостављање јединства непокретности, власник објекта и етажни власник стиче право својине, односно сусвојине на катастарској парцели и када није уписан као носилац права коришћења на грађевинском земљишту.[54]

Тек од 2014. године ЗПИ садржи експлицитно правило о успостављању јединства непокретности: *По окончаном поступку претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту, у складу са овим законом, катастарска парцела изграђеног грађевинског земљишта заједно са објектима саграђеним на њој постаје јединствени предмет права својине.*[55] Последица тога је да се сва постојећа права и терети на објекту, односно посебном делу објекта преносе и на катастарску парцелу, односно сувласнички удео катастарске парцеле (осим када је на земљишту установљен дугорочни закуп у складу са ЗПИ).[56]

---

[52] Сувласништво на катастарској парцели настаје и када је на тој парцели изграђено више објеката у власништву различитих лица, односно када се на њој налази објекат или објекти у сувласништву (различитих лица!). Величина удела одређује се кроз сразмеру површина, а упис у катастар непокретности врши се по захтеву лица које стиче право сусвојине (чл. 104, ст. 1-3). Ако у катастар непокретности на катастарској парцели није уписан постојећи објекат, право на парцели се може уписати тек након уписа објекта или на основу правносанжне судске одллуке којом се упис налаже (чл. 104, ст. 4).

[53] *Службени гласник РС,* бр. 9/20.

[54] Члан 105, ст. 1 ЗПИ, осим када је право својине на објекту стечено по основу легализације. Истим чланом прописана су правила која се примењују зависно од резултата спроведеног поступка утврђивања земљишта за редовну употребу објекта (тај поступак је регулисан чл 70 ЗПИ).

[55] Члан 106 ЗПИ.

[56] Члан 106 ЗПИ. Истим чланом прописано је да се јединство непокретности у осталим случајевима (када је више објеката различитих власника изграђено на једној катастарској парцели, затим када је на једној парцели уписано више сукорисника, односно сувласника,

### 4.3. Запажања везана за успешност/неуспешност претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту

Бројне измене и допуне правила у више наврата у протеклом периоду од 11 година, својеврстан су доказ да процес претварања права коришћења у право својине, односно сусвојине на катастарској парцели, ради успостављања правног јединства катастарске парцеле и објеката који су изграђени на њој, није реализован у очекиваном обиму и времену. Компликованост настале ситуације и број искрслих проблема, потрвђује и чињеница да је Законом о изменама и допунама ЗПИ из 2014. године (чл. 102, ст. 9-10) предвиђено доношење посебног закона о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту *уз накнаду*.[57]

Кроз претрагу еКатастра, веома лако се може установити (путем случајно одабраног узорка) да је још увек у великом броју случајева и даље као облик својине на грађевинском земљишту уписана државна својина чији титулар је Република Србија, а да је у корист власника објеката или посебних делова објеката (етажних власника) уписано право коришћења. На основу приказаних правила садржаних у ЗПИ, јасно је да би у катастру непокретности, у рубрици *врста права* на земљишту требало ба буде уписано: *својина,* а не право коришћења, а да као *облик својине* може бити уписана *приватна* или *јавна својина*, а не државна својина.

Сматрамо да је правила о конверзији из 2009. године, у кратком року након ступања ЗПИ на снагу и почетних проблема, требало прецизирати на начи како је то донекле учињено 2014. године: претварање права коришћења у право својине/сусвојине без накнаде, дејство *ex lege,* надлежни орган да покреће поступак уписа по службеној дужности, провођење промене у спорним случајевима одложити до судске одлуке о спору.[58] Збуњујућа правила (за науку, струку, надлежне органе и правне адресате), пословична инертност и не поступање по прописаној процедури (и надлежних органа и самих правних

---

а само један је власник објекта изграђеног на тој парцели) успоставља парцелацијом. Парцелација се спроводи на основу сагласности свих заинтересованих лица, а ако се сагласност не постигне, заинтересовано лице може покренути судски поступак за разврГнуће сувласничке заједнице. Пројекат препарцелације и парцелације регулисан је чл. 65-67 ЗПИ.

О значају начела правног јединства непокретности (поједностављење својинскоправних односа, једноставније уређење и вођење правног регистра непокретности, лакша процедура издавања грађевинске дозволе), вид. S. Nikolić, 42-43 и литаратуру на коју је упућено у наведеном раду.

[57] Као што је већ истакнуто, у питању је Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду, *Службени гласник РС,* бр. 64/15, 9/20.

[58] Имајући у виду наведено стање катастра непокретности у погледу облика својине и врсте права на грађевинском земљишту, очигледно је да се и даље наведене промене проводе на захтев заинтересованог лица, а не *ex officio*. Слично запажање вид. S. Nikolić, 48, фн. 113.

субјеката), у својој укупности, довели су до тога да и 11 година након ступања ЗПИ на снагу још увек говоримо о претварању права коришћења у право својине и имамо наведено стање у катастру непокретности.

За протеклим временом нема сврхе жалити. Сматрамо да ће ефикасности примене прописаних правила допринети још једна измена ЗПИ, којом би било предвиђено да се упис промене у катастар непокретности врши по сили закона у свим случајевима претварања права коришћења у право својине или сусвојине на катастарској парцели. У том случају, на основу Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова[59] СКН поступак уписа у катастар непокретности покреће и води по службеној дужности. Само на тај начин може се доћи до постављеног циља, односно до успостављања правног јединства непокретности у неком разумном року, који би, такође, требало прописати законом. Евентуални спорови након судског епилога могли би довести до спорадичних измена извршених уписа.

## 5. ЗАКЉУЧАК

У нашем правном систему окосница правне конструкције етажне својине је посебан део зграде (стан, пословни простор, гаража, гаражно место или гаражни бокс) који, због своје функционалне самосталности, може бити предмет посебног права својине и других стварних права. Специфично је то што се својинска овлашћења са посебног дела зграде шире на заједничке делове зграде и на земљиште на коме се зграда налази. У питању су права акцесорног карактера која деле правну судбину посебног дела зграде.

Национализација грађевинског земљишта довела је до напуштања начела јединства непокретности: зграда и земљиште схваћени су као посебни објекти својинскоправних односа. Земљиште је било у друштвеној својини, а на њему изграђени објекти и посебни делови објекта (у оквиру постојећег својинског максимума) могли су бити у приватној својини. Власнику објекта и етажним власницима признато је трајно право коришћења земљишта под зградом и оног које служи за њену редовну употребу. Оно је пратило правну судбину зграде, односно посебног дела и постојало је док постоји зграда.

Приватизација друштвеног стамбеног фонда (нестанак станарског права кроз откуп станова), измена у погледу права етажних власника на заједничким деловима зграде (заједничка недељива својина), етатизација грађевинског земљишта, а затим уставни основ за „својинску трансформацију" у обрнутом правцу у односу на ону која је провођена у периоду социјалистичких дру-

[59] *Сл. гласник РС*, бр. 41/18, 95/18, 31/19, 15/20, чл. 3, ст. 1, тач. 3 (начело официјелности), чл. 21, ст. 1, тач. 2 (покретање поступка уписа у катастар непокретности по службеној дужности).

штвено-економских односа, претходили су процесу претварања права коришћења у право својине на грађевинском земљишту.

Законом о планирању и изградњи из 2009. године створен је правни оквир за приватизацију грађевинског земљишта и успостављање јединства непокретности. Бројне измене и допуне, збуњујућа правила, пословична инертност и не поступање по прописаној процедури (и надлежних органа и самих правних субјеката), у својој укупности, довели су до тога да и 11 година након ступања ЗПИ на снагу још увек говоримо о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту. Такође, упркос изричитом правилу да се право својине на земљишту у том случају стиче *ex lege,* те да надлежни орган врши упис *ex officio,* и даље је у катастру непокретности у великом броју случајева уписано право коришћења власника објеката, односно етажних власника. Сматрамо да би до помака довело правило да се упис промене у катастар непокретности врши по сили закона у свим случајевима претварања права коришћења у право својине или сусвојине на катастарској парцели без накнаде.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


Бабић Илија, „Етажна својина и конверзија права коришћења у право својине", *Право и привреда,* 7-9/2012,

Беговић Борис, Мијатовић Бошко, Хибер Драгор*, Приватизација државног земљишта у Србији*, Београд 2006, *http://www.clds.rs/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf*

Belaj Vlado, „Vlasništvo posebnog dijela nekretnine (etažno vlasništvo)" у: Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo,* svezak 1., Zagreb 2007.

Gavella Nikola, „Stvarnopravni odnos" у: Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo*, svezak 1., Zagreb 2007.

Лазић Мирослав, „Својински режим на грађевинском земљишту и урбана комасација", *Зборник радова Правног факултета у Нишу,* 76/2017.

Nikolić Dušan, „Čiji su zajednički delovi zgrada", *Pravni život* 10/2001.

Nikolić Sofija, „Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji" *Nova pravna revija* (NPR Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo), 1/2016. Часопис је доступан у електронској форми на адреси NPR 1 2016 elektronska verzija.pdf

Орлић Миодраг „Закуп и станарско право" у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Београд 1996.

Planojević Nina, *Etažna svojina,* Kragujevac 1997.

Romac Ante, *Latinske pravne izreke,* Zagreb 1982.

Simonetti Petar, *Rasprave iz stvarnog prava,* Rijeka 2001.

Станковић Обрен „Етажна својина" у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право,* Београд 1996.

Stojčević Dragomir, Romac Ante, *Dicta et regulae iuris,* Beograd 1984.
Цветић Раденка, „Право етажних власника на заједничким деловима зграде", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2017.
Cvetić Radenka, *Pravo preče kupovine,* Novi Sad 2002.
Закон о промету земљишта и зграда, 1954; пречишћен текст из 1965. године, *https://projuris.org/RETROLEX/Zakon%20o%20prometu%20zemljista%20i%20zgrada%20(1965).pdf*
Законом о својини на деловима зграда, *Службени лист ФНРЈ,* 16/59.
Закон о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ,* бр. 6/80, 36/90, *Службени лист СРЈ,* бр. 29/96, *Службени гласник РС,* бр. 115/05 – други закон.
Закон о становању, *Службени гласник РС,* 50/92.
Закон о грађевинском земљишту, *Службени гласник РС,* бр. 44/95, 16/97, *Службени лист СРЈ,* бр. 16/01-одлука Савезног УС.
Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС,* 47/03, 34/06.
Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС,* бр. 72/09, 81/09-исправка, 64/10-одлука УС, 24/11, 121/12,42/13-одлука УС, 50/13-одлука УС, 98/13-одлука УС, 132/14, 145/14, 83/18, 31/19, 37/19-други закон, 9/20.
Закон о државном премеру и катастру, *Сл. гласник РС,* бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – одлука УС, 96/2015, 47/2017 – аутентично тумачење, 113/2017 – др. закон, 27/2018 – др. закон, 41/2018 – др. Закон, 9/20 – други закон
Закон о становању и одржавању зграда, *Службени гласник РС,* бр. 104/2016, 9/20-други закон.
Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 1/90.
Устав Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ,* бр. 1/92.
Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр. 98/06.

*Radenka M. Cvetić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*R.Cvetic@pf.uns.ac.rs*

# Right of Apartment/Condominium Owners on the Land on which the Building is Located in the Context of Conversion of the Right of Use into the Right of Ownership on the Construction Land

***Abstract:*** *Initially the paper recalls that the apartment/condominium ownership is a complex legal construct, which, as a special form of ownership, is the legal institute of modern age. Thereupon, the reasons underlying its legal recognition and widespread use have been indicated, taking into account its deviations from the general ownership regime. Complexity of the apartment/condominium ownership stems from its specific object. Namely, three components of this legal construct: the right on the separate unite of the building (which could be in the the exclusive ownership, co-ownership or in joint ownership), the right on the joint parts of the building (in joint ownership of apartment owners), and the right on the land on which the building is located (in co-ownership of apartment owners), should be normatively shaped and systematically coordinated. Special attention has been paid to the right on the land, from the viewpoint of its peculiarity during the development of a legal system in Serbia after the World War II. The process of conversion, i.e. transformation of the right of use into the right of ownership in Serbia has begun in 2009 by entering into force of the still applicable Planning and Building Act. Evolution of the regulation of the rights of apartment/condominium owners on the land on which the building was erected (including the land which serves for its regular use), from 2009 to 2020, has been examined in detail in the light of its adequacy and capacity to contribute to the (re)establishing of the legal unity of the immovable property, as well as to the prevention of contentious situations.*

***Keywords****: permanent right of use, conversion (transformation), legal unity of immovable property, co-ownership over cadastral parcel.*

Датум пријема рада: 19.01.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 352:354]:336(497.11)
doi:10.5937/zrpfns55-31074

*Слободан П. Орловић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*S.Orlovic@pf.uns.ac.rs*

*Наташа Н. Рајић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

# КОНСУЛТАЦИЈЕ ЦЕНТРАЛНИХ И ЛОКАЛНИХ ОРГАНА У ОБЛАСТИ ФИНАНСИЈА У СРБИЈИ*

***Сажетак:*** *Питање финасирања различитих нивао власти је од пресудне важности за остваривање њихове политичке аутономије. Локална самоуправа чини се да је у најосетљивијој позицији имајући у виду флексибилност уставног оквира којим се регулише ова област. Отуда је развијање комуникације унутар вертикалне организације власти од есенцијалног значаја за изналажење баланса између финансијских потреба локалне смаоуправе, са једне, и складног фунционисања целокупног система јавних финансија, са друге стране. У раду се анализирају нормативне и институционалне претпоставке за остваривање дијалога између локалних и централних органа власти у области локалног финансирања у Републици Србији. Ово питање се смешта у шири друштвено-политички контекст који укључује положај локалне власти у уставном систему, тип изборног система на оба нивоа власти као и достигнути степен уставне и политичке културе. Резултати истраживања показују да у уставном систему Републике Србије постоје нормативне и институционалне претпоставке за развијање овакве врсте дијалога, али да у пракси има још доста простора за његово побољшавање.*

***Кључне речи:*** *локалне финансије, сарадња (централних и локалних) власти, Европска повеља о локалној самоуправи, устав.*

---

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови".

## 1. УВОД

Питање расподеле финансијских ресурса представља једно од најосетљивијих питања унутар вертикалне организације власти. У већини федералних држава, највећи конфликти у области аутономије се управо везују за област фискалне контроле.[1] Проблем се, у суштини, своди на изналажење баланса у области финансирања различитих нивоа власти, који представља динамички процес непрестаног усклађивања и прилагођавања.[2] Тај процес, свакако, обухвата и област финансирања локалне власти, било да је реч о федералној или унитарној држави.

Процес конституционализације локалне власти имао је (и има) сопствену еволуцију. У федералним системима, сагласно дуалистичкој парадигми, локална власт није посматрана одвојено у односу на субнационалне ентитете. Постепено је, међутим, почела да привлачи пажњу уставотвораца и да налази место у националним уставима.[3] Уставноправно препознавање локалне власти озбиљније је подржано Европском повељом о локалној самоуправи којом је прописано да ће принцип локалне самоуправе бити признат у законодавству држава потписница овог документа, *и ако је могуће, у уставу (подв. Н.Р.)*.[4] Овај принцип, који исказује потребу да положај локалне самоуправе буде оснажен на нивоу највишег унутрашњег права, потврђује став заузет у нашој уставноправној теорији према којем „локална самоуправа има статус уставне материје"[5]. Област политичког одлучивања локалне власти, у сваком случају, припада уставу у материјалном смислу, чему у прилог говори чињеница да она представља плод „вековима дуге традиције у Европи".[6]

---

[1] Robert Agranoff, *Local Governments and Their Intergovernmental Networks in Federalizing Spain*, McGrill – Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca 2010, 128.

[2] Област финансија је свакако један од аспеката односа централних и субцентралних власти који је динамичне природе и тражи непрестана прилагођавања. Вид: Autonomy and borders in an evolving Europe – Principles, frameworks and procedures for protecting and modifying status, competences and borders of sub-national entities within domestic law, CPR30(2016)02-final *https://rm.coe.int/autonomy-and-borders-in-an-evolving-europe-principles-frameworks-and-p/1680719262,* 27.12.2020., Explanatory memorandum, paragraphs 1-5 and 9.

[3] Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford 2017, 281.

[4] Европском повељом о локалној самоуправи (даље у тексту ЕПЛС) се у том смислу прописује да ће принцип локалне самоуправе бити признат у законодавству, и ако је могуће, у уставу. Вид. чл. 2 ЕПЛС.

[5] Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник", Београд 2008, 404.

[6] Simona Kukovič, Miro Haček, „Comparative Local Governments in Europe", *Contemporary Drivers of Local Development* (ed. Péter Futó), Institute for Local Self-Government Maribor, Maribor 2019, 76.

Локална власт, дакле, у ширем смислу, припада систему вертикалне организације власти и представља посебан ниво политичког одлучивања о јавним пословима од локалног значаја. Овај ниво политичког одлучивања праћен је већим или мањим степеном аутономије чије су границе опредељене законом односно уставом конкретне државе.

Општи (уставно)правни положај и улога локалне власти, опредељен пре свега природом јавних послова које врши, чини је можда најосетљивијом тачком у систему вертикалне организације власти. Због тога је простор за развијање квалитетне комуникације са вишим нивоима власти веома важан аспект њеног развоја, како у нормативном тако и у институционалном смислу. Комуникација је нарочито значајна у области финансирања локалне власти, с обзиром на чињеницу да се степен њене аутономије најјасније може одредити простором који има у овој области.[7] Финансијска самосталност локалне самоуправе у односу на централну власт препозната је, наиме, као један од кључних елемената њене истинске самосталности.[8]

У практичном смислу, финансијска аутономија локалне власти јесте природна претпоставка остваривања начела супсидијарности који се сматра суштинским у разумевању њене улоге у савременим демократијама.[9] Ово начело подразумева да предност у обављању јавних послова буде на страни оних органа власти који су најближи грађанима, док се другим органима власти додељују уколико то налаже обим и природа задатака као и критеријуми ефикасности и економичности.[10] Но, без обзира да ли је начело супсидијарности у вршењу јавних послова прихваћено у унутрашњем систему држава чланица или не, општи је захтев да обим надлежности локалне власти буде испраћен одговарајућим финансијским средствима, која по обиму треба да буду таква да обезбеде несметано остваривање како изворних тако и поверених послова. Динамичност у овој области тражи одговарајућу платформу за остваривање дијалога између различитих нивоа власти и изналажење политичког консензуса у решавању проблема и истовремено искључује било какав изолационистички и фрагментарни приступ.

Улога локалних органа власти у овом дијалогу има консултативну природу и треба да задржи карактер давања мишљења. Консултативна платформа није замишљена као простор „једнаких позиција" и преговарања,

---

[7] Више о томе видети: Giovanni Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-government in Europe*, Series: Studies in Territorial and Cultural Diversity Governance, Volume: 9. Leiden: Brill 2017, 204-210, 218-224.

[8] Марко Станковић, *Право локалне самоуправе*, Универзитет у Београду- Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018, 132.

[9] S. Kukovič, M. Haček, 78.

[10] Чл. 4 ст. 3 ЕПЛС.

него као место у којем се проблемска места у систему финансирања локалних органа власти сагледавају из различитих углова. То у извесном смислу може да обезбеди легитимност коначних одлука које доносе централни (виши) органи власти.

Предмет истраживања овог рада јесу нормативне и институционалне претпоставке за остваривање дијалога између локалних и централних органа власти у области локалног финансирања у Републици Србији. У том смислу, истраживање овог рада полази од претпоставке да у Републици Србији постоји формални и институционални оквир за остваривање дијалога у области финансирања локалне самоуправе; да се комуникација у пракси остварује, али да консултативни механизам није у довољној мери ефикасан имајући у виду укупан правно-политички амбијент унутар којег делује. Истраживање има за циљ уочавање проблемских места у нормативном оквиру, чије би отклањање помогло развијању квалитетније комуникације локалних и централних органа власти.

Рад је подељен у четири дела. У првом делу рада се консултативни механизам у области финансирања локалних органа власти смешта у шири институционални оквир; у другом се овај механизам анализира у односу на стандарде које поставља Европска повеља о локалној самоуправи као и пратећи документи; у трећем се механизам анализира из аспекта правног система Републике Србије док се у четвртом изводе општи закључци у односу на постављене хипотезе.

## 2. РАЗЛОЗИ ЗА ОДВИЈАЊЕ ДИЈАЛОГА У ОБЛАСТИ ЛОКАЛНИХ ФИНАНСИЈА

Развијање конструктивног дијалога локалних органа власти унутар вертикалне организације власти оправдано је из неколико разлога. У најопштијем смислу, најзначајнији разлог, свакако, представља обим и степен општости односно флексибилности уставних одредби којима се уређује положај и улога локалних органа власти уопште[11], као и одредби којима се уређује област њиховог финансирања. На природу уставног оквира се последично наслања (релативно) ограничена уставносудска контрола закона којима се уређује ова област, односно степен уставносудске заштите овог аспекта аутономије локалних органа власти. Даље, укупан финансијски положај локалних органа власти у доброј мери одређује (а)симетричност територијалног уређења државе, као и (не)уједначеност економског развоја појединих њених делова. Финансијски положај је, такође, у доброј мери

[11] О томе више: F. Palermo, K. Kössler, 284-295.

опредељен руралном односно урбаном природом самих јединица локалне самоуправе. Ванредне околности, у којима је потребно очувати финансијски систем у целини (економске кризе, пандемије и сл.) и природно ојачати овлашћења централне власти, такође имају значајан ефекат на финансијски положај локалних органа власти. Посебну пажњу свакако треба посветити улози и значају политичких странака у одвијању политичких процеса уопште, са посебним акцентом на њихов међусобни однос унутар сваког нивоа вертикалне организације власти.

Сви наведени разлози, на посредан или непосредан начин, утичу на финансијску позицију локалних органа власти у систему финансирања. Међутим, опште тенденције у области локалних финансија чини се да су, најнепосреднији, ако не и кључни, разлог који оправдава потребу за појачаним напором у развијању дијалога локалних органа власти са вишим нивоима политичког одлучивања.

Финасирање локалних органа карактерише, са једне стране, оскудност сопствених (изворних) прихода, а са друге, снажна зависност од условних трансферних средстава (средстава који се додељују за тачно одређене сврхе). Отуда су финансијска средства којима локални органи власти могу слободно да располажу веома ограничена.[12] Томе треба додати и чињеницу да послови који се поверавају локалним органима власти обично нису праћени одговарајућим средствима потребним за њихово обављање; да не постоји транспарентан и предвидив механизам за остваривање финансијске уједначености и да је, уопштено посматрано, систем финансирања локалних органа власти прецентрализован. Најзад, проблем у овој области јесте и сам недостатак одговарајућег консултативног механизма.[13]

Стање у области локалних финансија у Србији, такође, није претерано похвално. У последњем извештају о спровођењу Европске повеље о локалној самоуправи (даље у тексту ЕПЛС) уочено је да локални органи власти немају адекватна средства којима могу слободно располагати нити да су она сразмерна њиховим надлежностима прописаним законом и Уставом. Уопштено посматрано, примена појединих аспеката члана 9, којим се уређује област локалних финансија, различито је оцењена.[14] Исказана је и примедба у односу на праксу коришћења средстава из буџетске резерве ради помоћи локалним самоуправама и изнета сумња у погледу јасних критеријума

[12] О проблемима у финансирању локалних органа власти видети: *Ibid.*, 300-305.

[13] Recurring issues based on assessments resulting from Congress monitoring and election observation missions (reference period 2010-2016), CG32(2017)19final, Explanatory memorandum, (даље у тексту CG32(2017)19final), *https://rm.coe.int/recurring-issues-based-on-assessments-resulting-from-congress-monitori/16806fb9a8,* 27.12.2020., paragraph 6.

[14] Више о томе: Local and regional democracy in Serbia, Report CG33(2017)19final, Explanatory memorandum, (даље у тексту CG33(2017)19final ), paragraphs 64-77.

за доделу ових средствава.[15] Фискални савет је, са друге стране, у свом извештају указао на кључна проблемска места у области финансирања локалне самоуправе у Србији. Као главне разлоге лошег управљања финансијама на локалном нивоу истакао је неодрживост локалних буџета, неуспешност пословања локалних јавних предузећа, системски мањак инвестиција и забрињавајуће низак ниво услуга које грађани добијају на локалном нивоу.[16]

## 3. КОНСУЛТАТИВНИ МЕХАНИЗАМ У ОБЛАСТИ ФИНАНСИРАЊА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ ПРЕМА ЕВРОПСКОЈ ПОВЕЉИ О ЛОКАЛНОЈ САМОУПРАВИ[17]

### 3.1. Нормативни оквир

Нормативни основ за успостављање консултативног механизма у области финансирања локалне самоуправе чине две основне одредбе ЕПЛС. Оне гласе:

„*Локални органи власти ће бити консултовани, у мери у којој је то могуће, правовремено и на одговарајући начин у поступцима планирања и доношења одлука о свим питањима која их се директно тичу.*" (*члан 4, став 6 ЕПЛС*)

„*Локални органи власти ће бити консултовани, на одговарајући начин, о начину на који ће им бити додељена прерасподељена финансијска средства.*" (*члан 9, став 6 ЕПЛС*)

Поред наведених, ЕПЛС садржи и одредбу којом се прописује обавезност консултовања локалне заједнице када је у питању промена њихових граница.[18] Ова одредба, такође, у ширем смислу може да се доведе у везу са финансијским аспектом локалне самоуправе.[19]

Дакле, право на консултацију локалних органа власти, прописано чланом 4 став 6 ЕПЛС, јесте право општег карактера. Оно укључује консултацију по свим питањима која се директно тичу локалне самоуправе, што свакако обухвата и питања финансијске природе. Право које консултативни механизам искључиво везује за финансијска питања, издвојено је као посебно (члан 9, став 6 ЕПЛС). Оно је вишег степена и формулисано је као правило

[15] *Ibid.*, paragraph 73.

[16] Локалне јавне финансије: проблеми, ризици, препоруке, Фискални савет, 2017, 3. *http://www.fiskalnisavet.rs/doc/analize-stavovi-predlozi/Lokalne%20javne%20finansije_%20Problemi,%20rizici%20i%20preporuke%20(2017).pdf,* 27.12.2020.

[17] ЕПЛС.

[18] ЕПЛС, чл. 5.

[19] То потврђује тренд спајања мањих јединица локалане самоуправе, односно смањивања броја јединица локалне самоуправе, који је присутан у бројним државама широм Европе.

које обавезује, за разлику од права гарантованог одредбом става 6 члана 4, којом се оно дефинише у форми принципа који мора бити осигуран „у мери у којој је то могуће".[20]

Уопште, право консултовања локалних органа власти од стране других (виших) нивоа власти ближе је појашњено у посебним документима усвојеним од стране Конгреса локалних и регионалних власти. Посебан значај у том смислу имају смернице којима се указује на то како треба разумети и на који начин реализовати ово право у унутрашњем правном систему (даље у тексту Смернице).[21] Смернице су формулисане са ослонцем на стратегију која је успостављена у овој области.[22]

Према Смерницама, ово право је дефинисано као фундаментални принцип европске правне и демократске праксе.[23] Утемељено је на премиси да је развијање културе дијалога у обостраном интересу те да оно, са једне стране, помаже вишим нивоима власти у њиховом разумевању потреба локалних органа власти, а да са друге, проширује перцепцију локалних органа власти о питању одговорности парламента и владе за фунционисање целокупног јавног сектора (у области финансија).[24]

Право треба да буде пропраћено како нормативним тако и одговарајућим институционалним оквиром. Другим речима, потребно је да оно буде гарантовано законом (по могућности, уставом), и да у институционалном смислу постоје претпоставке за његово остваривање у пракси. Кључну улогу са позиције централне власти у том смислу би требало да има извршна власт, прецизније министар надлежан за послове локалне самоуправе или за област финансија с обзиром на то да је њихово укључивање у дијалог најподесније са становишта обезбеђивања практичних резултата. Други кључни чинилац у институционалном смислу јесте национални парламент односно парламентарни одбор надлежан за питања локалне самоуправе, па је пожељно да пословник о раду овог тела укључује и посебне одредбе којима се регулише овај облик консултативног процеса.[25]

Предмет дијалога јесу питања која се везују за правни статус локалних органа власти, њихове надлежности, као и економску и/или финансијску

---

[20] G. Boggero, 237.

[21] The Consultation of local authorities by higher levels of government, Report, CG35(2018)-20final, Appendix – Guidelines on the consultation of local authorities by higher levels of government (даље у тексту Guidelines), *https://rm.coe.int/the-consultation-of-local-authorities-by-higher-levels-of-government-g/16808d3c72*, 27.12.2020.

[22] Strategy on the right of local authorities to be consulted by other levels of government, CG(26)9FINAL, *https://rm.coe.int/strategy-on-the-right-of-local-authorities-to-be-consulted-by-other-le/1680719a33,* 27.12.2020.

[23] Guidelines, paragraph 1.

[24] *Ibid*., paragraph 5.

[25] *Ibid*., paragraphs 9-19.

ситуацију, при чему се посебно наглашава обавезност његовог спровођења у питањима финансија (као и питањима промене граница). Квалитет дијалога треба да буде такав да заиста пружа реалне могућности локалним органима власти за изношење сопствених погледа и предлога и то у припремној фази поступка одлучивања. Форма у којој дијалог треба да се одвија није униформно одређена, па у том смислу свака држава може одабрати ону коју сматра најпогоднијом. То могу бити формални састанци, заједничке консултативне платформе, округли столови, посебни саветодавни одбори или учествовање у поступцима који се воде пред парламентарним одборима. Посебан акценат се ставља на улогу националних удружења локалних органа власти у консултативном процесу, с обзиром на то да оне представљају својеврстан форум путем којег се исказује њихов „јединствен глас".[26]

Без обзира на различитост форми одвијања, дијалог, у основи, служи постизању политичког консензуса у области алокације финасијских средстава локалним органима власти.[27]

### 3.2. Примена члана 4, става 6 и члана 9, става 6 ЕПЛС у пракси европских држава

У извештајима о спровођењу ЕПЛС примећује се да у државама које су ратификовале овај документ постоје извесне потешкоће у остваривању права локалних органа власти да буду консултовани од стране виших нивоа власти. Потешкоће се исказују у оба посматрана аспекта овог права; дакле, и када право консултација обухвата питања која се директно тичу локалних органа власти уопште, као и када се оно непосредно односи на област њиховог финансирања.[28] Као основна проблемска места наводе се: недостатак формалног консултативног механизма, потом, неадекватност овог механизма или његова недовољна примена у пракси као и спорна природа средстава консултација и ограничен временски оквир за њихово остваривање.[29]

Консултације се могу остваривати на различите начине, при чему њихов предмет може обухватати систем локалних финансија у целини или, што је чешћи случај, бити концентрисан на поједина питања из ове области

---

[26] Детаљније о томе: *Ibid*., paragraphs 20-38.

[27] A contemporary commentary by the Congress on the Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government, CG38(2020)11prov, Explanatory memorandum, (даље у тексту CG38(2020)11prov), *https://rm.coe.int/a-contemporary-commentary-by-the-congress-on-the-explanatory-report-to/16809cbf8c,* 27.12.2020., paragraph 177.

[28] Comparative analysis on the implementation of the European Charter of Local Self-Government in 47 member States, CG32(2017)22final, Explanatory memorandum (даље у тексту CG32(2017)22final), *https://rm.coe.int/16806fb970,* 27.12.2020., paragraphs 33-36, 68.

[29] *Ibid*., paragraph 36.

(критеријуми за доделу трансфера за уједначавање или одговарајуће измене у области локалних пореза, зајмова или дугова).[30]

Пракса показује да постоји недостатак одговарајућег консултативног механизма у питањима финансија.[31] Конкретно, недостатак законом утврђене процедуре за остваривање права локалних органа власти у овој области (као и уопштено, у свим питањима од интереса за ове органе) утврђен је у случају Хрватске и Кипра.[32] У Албанији, Мађарској и Црној Гори, упркос постојању нормативног оквира, поступак одлучивања централних органа власти није транспарентан за удружења локалних органа власти, те они немају простора да остваре било какав утицај на тај поступак. Посебан проблем у Мађарској представља, са једне стране, нејасан систем обрачуна финансијских потреба локалних органа власти, а са друге, индивидуално лобирање општина које има већи значај него сам формални поступак координације.[33] Насупрот томе, у Аустрији, Финској, Грчкој и Италији постоје лепо развијени консултативни механизми, међусобно различити односно прилагођени сопственој уставној култури и традицији.[34] Наравно, повремени проблеми су увек могући, па је тако у Аустрији важење закона којим се уређује финансијска уједначеност (*Fiscal Equalization Law*) два пута продужено, што је протумачено као последица немогућности да се постигне консензус о питањима која се њиме уређују.[35]

## 4. КОНСУЛТАТИВНИ МЕХАНИЗАМ У ОБЛАСТИ ФИНАНСИРАЊА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – НОРМАТИВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР

Устав Републике Србије (даље у тексту Устав) поставља општи оквир за финансирање локалне самоуправе у Србији. Полазну основу у том смислу представља одредба којом је прописано да је државна власт ограничена правом грађана на локалну самоуправу, која природно подразумева да остваривање

[30] CG38(2020)11prov, paragraph 177.

[31] CG32(2017)19final, paragraph 6.

[32] CG32(2017)22final, paragraph 68.

[33] Coping with the debt burden: local authorities in financial difficulty, Report CG35(2018)21-final, Explanatory memorandum *https://rm.coe.int/coping-with-the-debt-burden-local-authorities-in-financial-difficulty/16808d3dc6,* 27.12.2020., paragraph 95 and 97.

[34] *Ibid.,* paragraph 93-94.

[35] Важење овог закона је, иначе, ограничено на четири године. О томе видети: Margit Schratzenstaller, „Reforming Austrian Fiscal Federalism: Options, Obstacles, and Pitfalls", in: *Austrian Federalism in Comparative perspective* (eds. Günter Bischof, Ferdinand Karlhofer), Contemporary Austrian Studies, Volume: 24, Innsbruck University Press, 2015, p. 58-59, footnote 8.

овог права мора бити испраћено одговарајућим финансијским средствима.[36] Конкретније уставне одредбе налажу да се средства којима се финансирају надлежности јединице локалне самоуправе обезбеђују из пореза и других прихода утврђених законом; да јединице локалне самоуправе имају буџете у којима морају бити приказани свих приходи и расходи којима се финансирају њихове надлежности; да се законом утврђују рокови за усвајање буџета као и начин привременог финансирања; да извршавање буџета контролише Државна ревизорска институција; да се јединице локалне самоуправе могу задуживати, под условима и у поступку прописаним законом, као и да морају бити обезбеђена средства за вршење поверених надлежности, од стране оног нивоа власти који конкретно врши то поверавање.[37]

Устав не поставља никакву чвршћу гаранцију у погледу изворних прихода јединица локалне самоуправе, изузев што их изричито помиње у делу текста којим се дефинише начин финансирања послова јединица локалне самоуправе. Уставом се прописује да њихови послови финансирају „из изворних прихода јединице локалне самоуправе, буџета Републике Србије, у складу са законом, и буџета аутономне покрајине, када је аутономна покрајина поверила јединицама локалне самоуправе обављање послова из своје надлежности, у складу са одлуком скупштине аутономне покрајине.".[38] Питање уређивања изворних прихода у целини је препуштено законодавном регулисању као и уређивање средстава која им се прерасподељују из републичког буџета.

Законодавац има одговарајући ширину и када је реч о прецизирању надлежности јединице локалне самоуправе, сагласно уставној одредби о разграничењу надлежности унутар вертикалне организације власти. Овим одредбама је прописано да су јединице локалне самоуправе надлежне у питањима која се на сврсисходан начин могу остваривати унутар тих јединица (што је на идентичан начин формулисано и када су у питању аутономне покрајине), у којима није надлежна Република Србија, као и да се та питања одређују законом.[39] У Уставу нема изричите одредбе о успостављању комуникације између различитих нивоа власти.

Конкретну нормативну подлогу за развијање консултативног механизма у области финанирања локалне самоуправе у Републици Србији представља ЕПЛС) коју је Србија ратификовала 2007. године.[40] Србија је на тај начин

---

[36] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр.98/2006 (даље у фуснотама Устав), чл. 12, став 1.

[37] Устав, чл. 91, ст.1; чл. 92, ст. 1-3; чл. 93; чл. 178.

[38] Устав, чл. 188, ст. 4.

[39] *Ibid*., чл. 177.

[40] Закон о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 70/2007.

прихватила стандарде у овој области, успостављене на европском правном простору, уз одговарајуће резерве. Наиме, потврђивањем овог документа нису обухваћене одредбе које се односе на начело супсидијарности у остваривању јавних послова (чл. 4, ст. 3 и 5), одговарајуће административне структуре и ресурсе ( чл. 6); одговарајуће финансијске компензације за вршење функција (чл. 7, ст. 2) као и пропорционалност административног надзора (чл. 8, ст. 3).[41] У свему другом, Србија се приклонила стандардима овог документа, укључујући и право локалне власти да правовремено и на одговарајући начин буде консултована у планирању и доношењу одлука у свим областима које је се непосредно тичу, укључујући и област финансирања.[42]

Закон о локалној самоуправи даје општу законску подлогу за успостављање сарадње у оквиру вертикалне организације власти у Републици Србији. Посебан значај има одредба којом се прописује да органи јединица локалне самоуправе учествују у припреми закона и других прописа чија је садржина од посебног значаја за остваривање и развој локалне самоуправе, као и да то чине самостално или преко својих асоцијација.[43]

Конкретан формални консултативни механизам односно платформу за успостављање дијалога у области финансирања локалне самоуправе представља Комисија за финансирање локалне самоуправе (даље у тексту Комисија). Ово тело је основано Законом о финансирању локалне самоуправе са циљем „обезбеђења правичности, ефикасности и отворености система финасирања локалне самоуправе и давања препорука за његово унапређење.”[44] Комисија има, пре свега, консултативнну природу, имајући у виду надлежности које су му опредељене овим Законом.

Комисија, наиме, анализира критеријуме и мерила за доделу наменских и функционалних трансфера као и програме за додељивање наменских трансфера у ужем смислу, укључујући поступке додељивања као и критеријуме за избор. Комисија, такође, прати вертикалну и хоризонталну уједначеност система, степен задужености јединица локалне самоуправе као и резултате измена система финансирања локалне самоуправе о чему припрема годишњи извештај. Најзад, Комисија је надлежна да припрема предлоге за измену и побољшавање система финансирања локалне самоуправе.[45] Остваривање

[41] *Ibid*., чл. 3.

[42] ЕПЛС, чл.4, ст. 6 и чл. 9, ст. 6.

[43] Закон о локалној самоуправи (даље у фуснотама ЗЛС), *Службени гласник РС*, бр. 129(2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон и 47/2018, чл. 78, ст. 1, чл. 79.

[44] Закон о финансирању локалне самоуправе (даље у тексту ЗФЛС), *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 – усклађени дин.изн., 125/2014 – усклађени дин. изн., 95/2015 – усклађени дин.изн., 83/2016, 91/2016 – усклађени дин.изн., 104/2016 – др. закон, 96/2017 – усклађени дин.изн., 89/2018 – усклађени дин.изн., 95/2018 – др. закон, 86/2019 – усклађени дин.изн. и 126/2020 – усклађени дин.изн., чл. 50.

[45] ЗФЛС, чл.53.

побројаних надлежности испраћено је одредбама Закона којима се прописује обавеза достављања одређених података Комисији од стране министарства надлежног за послове финансија као и других надлежних органа и организација.[46]

Законом је обезбеђено да састав Комисије чине и представници јединица локалне самоуправе. Поред председника и пет чланова које именује Влада, Комисију чини још пет чланова које именује Стална конференција градова и општина и то тако да најмање три члана морају бити представници јединица локалне самуоправе.[47] У том смислу, састав Комисије као и начин доношења одлука (одлуке се доносе већином гласова присутних чланова, уз услов да седници присуствује најмање шест чланова Комисије[48]) показују да преовлађујући утицај у овом телу остварује централна власт. То у извесном смислу може довести у питање објективност овог механизма, без обзира на природу надлежности овог тела односно њихов претежно консултативни карактер.

У извештају о спровођењу ЕПЛС у Србији, механизам консултација у области финансирања локалне самоуправе је позитивно оцењен, при чему је истакнуто да Комисија остварује значајну улогу у овом процесу.[49] На исти начин је оцењена и примена стандарда који укључује консултације у погледу свих питања која се тичу локалне самоуправе (дакле, не само финансијске области) и који се одвија путем Сталне конференције градова и општина. Истакнуто је да је овај механизам конкретизован у форми Меморандума и Протокола о сарадњи који су потписани са одговарајућим државним органима.[50] Значајно је нагласити и да унутар самог удружења односно Сталне конференције градова и општина постоји Одбор за финансије и јавну имовину, као посебно односно стално радно тело које разматра питања из ове области и служи као форум за размену међуопштинских искустава и добре праксе.[51]

## 5. ЗАКЉУЧАК

Дијалог локалних и централних власти представља важан елемент у вертикалној расподели финансијских ресурса. Неопходан је с обзиром на сложеност система јавног финансирања нарочито у околностима које додатно

[46] *Ibid*., чл. 54.
[47] *Ibid*., чл. 51, ст. 1 и 2.
[48] *Ibid*., чл.52, ст. 2.
[49] CG33(2017)19final, paragraph 74.
[50] *Ibid*., paragraph 50.
[51] *http://www.skgo.org/strane/281,* 29.12.2020.

захтевају заштиту финансијске стабилности државе као целине (економска криза, пандемије и слично). Отуда је важно да постоје одговарајуће платформе и канали путем којих се такав дијалог може одвијати.

У Србији постоји формални механизам за одвијање дијалога између централне и локалне власти који је везан искључиво за питања финансирања локалне самоуправе. Оличен је у Комисији образованој Законом са јасно опредељеним надлежностима, саставом и начином одлучивања. То доказује да право јединица локалне самоуправе на активну улогу у консултативном процесу са централним органима власти у области финансирања има своје нормативно и институционално упориште у правном систему Републике Србије. Судећи према извештају о спровођењу ЕПЛС у Републици Србији, ово право се остварује у пракси. Анализа нормативног оквира, међутим, јасно показује да централна власт има наглашену улога у овом консултативном механизму. Такав закључак се може извући нарочито са ослонцем на састав односно начин одлучивања Комисије.

Уопштено, ово право једница локлане самоуправе треба ставити у у шири правно-политички контекст унутар којег се оно реално остварује, како би се сагледала његова стварна димензија. Тај шири оквир опредељен је, пре свега, уставоправним положајем, а пре свега улогом (обимом и квалитетом надлежности) коју локална самоуправа остварује у уставном систему као и типом изборног система и стварним односом политичких чинилаца на централном и локалном нивоу.

Прво, обим и квалитет изворних надлежности локалне самоуправе у Републици Србији опредељен је чињеницом да се њихови стварни домети, сагласно Уставу, обликују „у складу са законом" односно границама које дефинише централна власт. То је посебно релативизовано чињеницом да закон прописује постојање „јединственог пописа послова" који су у надлежности општина, а који обезбеђује министарство надлежно за послове локалне самоуправе.[52] С тим у вези износи се оправдана бојазан да се оваквим нормативним решењем „ресорном министру дају одрешене руке да утврђује послове који су у изворној надлежности општине".[53] Друго, квалитет дијалога локалних и централних власти у битној мери је опредељен типом изборног система на оба нивоа власти. Пропорционални изборни систем који се примењује при избору како народних посланика тако и одборника, у пракси, практично, пресликава однос политичких снага са централног на локални ниво власти и на индиректан начин може да умањи квалитет дијалога који се остварује у домену финансирања јединица локалне самоуправе.[54]

[52] ЗЛС, чл. 20, ст. 2.

[53] М. Станковић, 130.

[54] Начин избора локалних представника као и начин избора градоначелника и председника општина опредељени су, између осталих, као проблемска места односно слабости

Овакав одабир изборног система погодује униформном деловању најснажнијих политичких странака на оба нивоа власти.

Међутим, и примена различитих типова изборног система може довести до одређених потешкоћа у остваривању квалитетне комуникације централних и локалних органа. Због тога се управо достигнути степен уставне и политичке културе види као кључна одредница у равијању дијалога између централних и локалних органа уопште, као и у области финансирања локалних органа власти. Виши ниво уставне културе, удружен са правилном перцепцијом уставноправног положаја локалне самоуправе у модерној држави, у доброј мери може да умекша наведене параметре и потпомогне развијању конструктивног дијалога и изналажењу квалитетних решења који подједнако уважавају како финансијске потребе локалних органа власти тако и стабилност финансијског система у целини.

Узимајући у обзир положај и улогу локалне власти у нашем уставном систему, тип изборног система као и достигнути степен уставне и политичке културе, може се закључити да у односима централне и локалне власти постоји још доста простора за поступно (ре)дефинисање, охрабривање и развијање њихове међусобне комуникације у области локалних финансија.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

Robert Agranoff, *Local Governments and Their Intergovernmental Networks in Federalizing Spain*, McGrill – Queen's University Press, Montreal & Kingston, London, Ithaca 2010.

Giovanni Boggero, *Constitutional Principles of Local Self-government in Europe*, Series: Studies in Territorial and Cultural Diversity Governance, Volume: 9. Leiden: Brill 2017.

Simona Kukovič, Miro Haček, Comparative Local Governments in Europe, *Contemporary Drivers of Local Development* (ed. Péter Futó), Institute for Local Self-Government Maribor, Maribor 2019, 75-93.

Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће „Службени гласник", Београд 2008.

Francesco Palermo, Karl Kössler, *Comparative Federalism, Constitutional Arrangements and Case Law,* Hart Publishing, Oxford, 2017.

Margit Schratzenstaller, „Reforming Austrian Fiscal Federalism: Options, Obstacles, and Pitfalls", in: *Austrian Federalism in Comparative perspective* (eds. Günter Bischof, Ferdinand Karlhofer), *Contemporary Austrian Studies*, Volume: 24, Innsbruck University Press, 2015, 54-69.

Марко Станковић, *Право локалне самоуправе*, Универзитет у Београду- Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2018.

---

нормативног оквира којим се уређује систем локлане самоуправе у републици Србији. М. Станковић, 171.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС,* бр.98/2006.
Закон о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 70/2007.
Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС* , бр. 129(2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон и 47/2018.
Закон о финансирању локалне самоуправе, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 – усклађени дин.изн., 125/2014 – усклађени дин. изн., 95/2015 – усклађени дин.изн., 83/2016, 91/2016 – усклађени дин.изн., 104/2016 – др. закон, 96/2017 – усклађени дин.изн., 89/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018 – др. закон, 86/2019 – усклађени дин.изн. и 126/2020 – усклађени дин.изн.
Autonomy and borders in an evolving Europe – Principles, frameworks and procedures for protecting and modifying status, competences and borders of sub-national entities within domestic law, CPR30(2016)02-final, *https://rm.coe.int/autonomy-and-borders-in-an-evolving-europe-principles-frameworks-and-p/1680719262,* 27.12.2020.
Recurring issues based on assessments resulting from Congress monitoring and election observation missions (reference period 2010-2016), CG32(2017)19final, Explanatory memorandum, *https://rm.coe.int/recurring-issues-based-on-assessments-resulting-from-congress-monitori/16806fb9a8,* 27.12.2020.
Local and regional democracy in Serbia, Report CG33(2017)19final, Explanatory memorandum, *https://rm.coe.int/local-and-regional-democracy-in-serbia-monitoring-committee-rapporteur/168074fb82,* 27.12.2020.
The Consultation of local authorities by higher levels of government, Report, CG35(2018)20final, Appendix – Guidelines on the consultation of local authorities by higher levels of government, *https://rm.coe.int/the-consultation-of-local-authorities-by-higher-levels-of-government-g/16808d3c72*, 27.12.2020.
Strategy on the right of local authorities to be consulted by other levels of government, CG(26)9FINAL, *https://rm.coe.int/strategy-on-the-right-of-local-authorities-to-be-consulted-by-other-le/1680719a33,* 27.12.2020.
A contemporary commentary by the Congress on the Explanatory Report to the European Charter of Local Self-Government, CG38(2020)11prov, Explanatory memorandum, *https://rm.coe.int/a-contemporary-commentary-by-the-congress-on-the-explanatory-report-to/16809cbf8c,* 27.12.2020.
Comparative analysis on the implementation of the European Charter of Local Self-Government in 47 member States, CG32(2017)22final, Explanatory memorandum, *https://rm.coe.int/16806fb970,* 27.12.2020.
Coping with the debt burden: local authorities in financial difficulty, Report CG35(2018)21final, Explanatory memorandum , *https://rm.coe.int/coping-with-the-debt-burden-local-authorities-in-financial-difficulty/16808d3dc6,* 27.12.2020.
Локалне јавне финансије: проблеми, ризици, препоруке, Фискални савет, 2017, 3. *http://www.fiskalnisavet.rs/doc/analize-stavovi-predlozi/Lokalne%20javne%20finansije_%20Problemi,%20rizici%20i%20preporuke%20(2017).pdf,* 27.12.2020.
Сајт Сталне конференицје општина и градова *http://www.skgo.org/strane/281,* 29.12.2020.

*Slobodan P. Orlović*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*S.Orlovic@pf.uns.ac.rs*

*Nataša N. Rajić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*N.Rajic@pf.uns.ac.rs*

## Consultation between Central and Local Authorities in Financial Matters in Serbia

***Abstract:*** *Financial autonomy is of crucial importance for the political automony within the vertical organisation of power. Local level of government seems to be in the most vunerable position, bearing in mind the flexibility of the constitutional framework in this area. The communication between different levels of government is an useful tool in searching for a balans between local needs and needs of public financial sector as a whole. The subject of this paper is the existance of normative and institutional preconditions for integovernmental dialogue between central and local levels of government in the Republic of Serbia. This question had been put into the wider social and political context which include the constitutional position of local self-government, the type of eceltoral system on the both levels as well as the degree of constitutional and political culture in our society. The results of research show that there are normative and institutional preconditions for intergovernmental dialogue in the constitutional system of the Republic of Serbia, but, in reality, there is still much space for developing of a such kind of cooperation.*

***Keywords:*** *local finance, intergovernmental cooperation, European Charter on Local Self-government, constitution.*

Датум пријема рада: 26.02.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 347.632(497.16)"18"
doi:10.5937/zrpfns55-32254

*Маша М. Кулаузов*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs*

# НЕЗАКОНИТО ПОТОМСТВО У ЦРНОЈ ГОРИ У ОСВИТ XX ВЕКА*

***Сажетак:*** *У раду је извршена историјскоправна анализа регулативе о незаконитој деци у Црној Гори на прагу XX века, у првом реду Закона о ванбрачној дјеци из 1894. године чији се аутор, тадашњи министар правде и знаменити правник Валтазар Богишић потрудио да правним путем заштити „ову најзапуштенију врсту сирочади, којој је била ускраћена срећа правилног родитељског одгоја и његе." И Богишићев наследник на положају министра правде Лујо Војновић (1899-1903) имао је слуха за потребе ове осетљиве друштвене категорије, те је донео низ подзаконских аката у којима је прецизиран начин коришћења новчаних средстава из фонда за издржавање ванбрачне деце. Поменутим наредбама адресованим на Велики суд, окружне судове и капетаније такође је посвећена пажња у раду. Како су ступањем на снагу Кривичног законика за Књажевину Црну Гору 1906. године одредбе Богишићевог закона које се односе на ванбрачне преступе изгубиле правну важност, размотрена су и поглавља XVI – XVIII Кривичног законика о убиству, побачају и одбацивању ванбрачне деце.*

***Кључне речи:*** *ванбрачна деца, истраживање ванбрачног очинства, ванбрачни преступи, законодавство.*

## 1. УВОД

Иако је ванбрачно родитељство у патријархалној црногорској средини у освит XX века сматрано презира достојном појавом, црногорски законодавац никада није игнорисао чињеницу да је ова појава стара колико и сама

* Рад је настао као резултат научног ангажовања на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право" који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја у 2021. години.

установа брака. Стога је улагао континуиране напоре да је правним путем регулише и, колико је то у датим околностима било могуће, заштити ванбрачну децу која ни на који начин нису била одговорна за инфериоран, незахвалан положај у којем су се налазила. Са тим циљем су у кратком временском периоду донета чак три Закона о вабрачној дјеци (1886, 1892. и 1894.) која су се као партикуларна правна правила односила само на незаконито потомство и њихове биолошке родитеље. При томе, црногорски законописци, за разлику од српског законодавца који за ванбрачну децу употребљава пејоративни израз „копилад"[1], нису користили увредљиву реторику када су нормирали положај незаконите деце. Уз то, мада је црногорски министар правде Лујо Војновић изразио жаљење што је приметно повећавање броја ванбрачних очинстава будући да та тенденција води упропашћавању поштених људи и охрабрује неморалност код жена,[2] у Црној Гори је, за разлику од Србије и Француске, било дозвољено истраживање ванбрачног очинства. Могућност утврђивања ванбрачног патернитета судским путем свакако је умногоме доприносила побољшању положаја нежељеног, непризнатог потомства.

## 2. ЗАКОН О ВАНБРАЧНОЈ ДЈЕЦИ ИЗ 1894. ГОДИНЕ

Мада је одржавање ванбрачних односа у конзервативној, традиционалној средини попут Црне Горе с краја XIX века угрожавало свету тајну брака и уносило нестабилност у постојеће породичне односе, црногорски законодавац није дозволио да ванбрачна деца, већ по природи ствари стигматизована, буду лишена елементарне егзистенције и шансе за донекле нормално одрастање. Стога је, наравно уз извесне ограде, дозволио истраживање ванбрачног очинства судским путем. Као веродостојан доказ ванбрачног родитељства на суду је могло да послужи сведочење кредибилног сведока који је затекао ванбрачне партнере или је видео да су, како Закон каже: „заједно *сами* лежали под *једним* постељним хаљинама". У недостатку чулног опажања патернитет се могао утврдити и посебном исправом, нпр. писмом из кога се јасно видело да су у периоду не касније од седмог, и не раније од десетог

[1] Вид. чл. 128 и 129 *Српскої грађанскої законика* у: Гојко Никетић, *Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационога суда*, Геца Кон, Београд 1922, 67-68.

[2] Наредба Министарства правде Великом суду о тумачењу другог става тач. в. чл. 10. Закона о ванбрачној дјеци од 29. новембра 1899. год. (у даљем тексту: Наредба Министарства правде Великом суду од 29. новембра 1899. год.), *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 446-447.

месеца, рачунајући од дана када се дете родило, мушкарац и жена били у полној вези (чл. 9, чл. 10, тач. в и тач. г Закона).[3]

Министарство правде је на захтев Великог суда[4] дало аутентично тумачење тач. в чл. 10 Закона тако да се реч „сами" има схватити на тај начин да у просторији у којој су партнери лежали у тренутку када их је сведок затекао није било никог другог, док формулацију „под једним постељним хаљинама" треба разумети тако да су мушкарац и жена заиста имали једну постељну хаљину, било то зими или лети. Ресорно министарство је, имајући у виду распрострањеност задружног живота у црногорској сеоској средини, сматрало да би другачија интерпретација законске одредбе довела туженог у крајње незавидну позицију узевши у обзир колико би се лако могло доказати да је у дотичној одаји, у којој је било других особа, он лежао до туђе жене.[5]

И поред рестриктивног тумачења поменуте законске одредбе, већ законска могућност судског истраживања ванбрачног очинства сама по себи представља врло прогресивно и напредно решење које бројна европска законодавства не предвиђају, на шта се и министар правде Лујо Војновић у свом коментару тач. в чл. 10 Закона осврће. Тако, рецимо, чл. 130 *Српског грађанског законика*[6] и чл. 340 *Code civil*- а[7] забрањују судско истраживање ванбрачног очинства. Једино у случају силовања, уколико тај чин временски коинцидира са тренутком зачећа, силоватељ је по тужби заинтересованих лица могао бити оглашен за оца детета. Тежина положаја у које су поменуте законске одредбе доводиле незаконито потомство навеле су поједине ауторе да их оцене ништа мање нечовечним од права ванбрачног оца да лиши живота свог нежељеног потомка.[8]

Имајући у виду сва лична, имовинска и наследна преимућства брачних у односу на ванбрачне потомке, и световно и црквено законодавство су максимално ограничили могућност мужа мајке детета да оспорава своје брачно

---

[3] Закон о ванбрачној дјеци за Књажевину Црну Гору од 30. марта 1894. год. (у даљем тексту: Закон о ванбрачној дјеци), *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 238-239.

[4] Највиши суд грађанске и кривичне надлежности са седиштем на Цетињу. Располагао је апелационом и касационом влашћу. Више о Великом суду, његовој организацији, устројству и саставу вид. Јагош Јовановић, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности – историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918 године*, Обод, Цетиње 1947, 336-338; 396-397.

[5] Наредба Министарства правде Великом суду од 29. новембра 1899. год., 446-447.

[6] Г. Никетић, 68.

[7] Нав. према Милош М. Јовичић, *Како да се у новом грађанском законику уреди правни положај ванбрачне деце?*, Београд 1937, 4.

[8] *Ibid*.

очинство. Наиме, Закон о ванбрачној дјеци пружа ту опцију супругу жене која је родила дете пре него што је истекло седам месеци од венчања, односно након што је прошло више од десет месеци од његовог одсуства, или од када је наступила немогућност да он са женом има полне односе. Али, то његово право је застаревало у врло кратком преклузивном року од свега три месеца од дететовог рођења (чл. 7, ст. 1 у вези са чл. 1, тач. г Закона).[9]

И канонско право налаже мужу мајке да, уколико примети да је његова жена пре брака зачела са другим мушкарцем те због тога жели развод реагује одмах и без одлагања. Како би разврг нућем брачне заједнице дете изгубило брачни статус а самим тим и права према мужу мајке и његовим сродницима, светим канонима је бременитост и недевичанство жене признато као бракоразводни узрок под крајње рестриктивним условима који су подразумевали да муж мајке чим опази трудноћу са њом прекине заједнички живот, као и да одмах пријави преступ црквеним властима. Једино под тим условима би надлежна Конзисторија (црквени суд)[10] дозволила развод брака (чл. 219 у вези са чл. 215, тач. 4 Устава православних Консисторија).[11]

Дакле, иако су хришћански свети оци одувек инсистирали на чистоћи и моралу у браку као нужним предусловима за његову трајност и опстанак, идући чак и толико далеко да називају безумним онога који задржава прељубницу јер је тај који сакрива преступ жене заштитник њене срамоте,[12] канони су ипак у овом случају интересе невиног детета претпоставили непорочности супружника до које је Црква одувек јако држала.

Закон установљава посебан фонд за издржавање оне ванбрачне деце чији родитељи („погрешилац" и „погрешилица") нису били у могућности да их приме у кућу нити да их подижу о свом трошку. Право на материјалну помоћ из овог фонда су имали: а) трудница до порођаја; б) она и дете до четрдесетог дана након порођаја; в) касније, само у време болести детета, па и мајке, док је нејако дете још код ње. Умерена потпора из фонда припадала је и оним родитељима чије је дете навршило 12 година, до ког узраста су иначе били дужни да га издржавају, али је њихов потомак, услед неког телесног или душевног недостатка био неспособан да се стара о себи (чл. 24-25).[13]

---

[9] Закон о ванбрачној дјеци, 237-238.

[10] До 1904. године у Црној Гори је брачне спорове решавао Митрополит на основу доказног материјала добијеног у истрази коју су спроводили судови капетанија и Велики суд са седиштем на Цетињу. Реформом која је уследила 1904. године суђење брачних парница прешло је у надлежност посебних црквених судова – конзисторија. Више о томе вид. Никола Марковић, *Брак у Црној Гори до 1904. године*, Цетиње 1973, 104-108.

[11] Устав православних Консисторија у Њажевини Црној Гори од 1. јануара 1904. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 858-859.

[12] Н. Марковић, 57.

[13] Закон о ванбрачној дјеци, 242.

Судови капетанија, основних административно-територијалних јединица у Црној Гори, су били дужни да сами и преко својих кметова пазе да се средства фонда за незаконити децу наменски троше и да све примећене злоупотребе пријаве надлежној вишој власти. Поред материјалне подршке незбринутој сирочади законодавац им је наложио и да својим саветима и препорукама правилно усмеравају развој напуштене деце како би се што боље интегрисала у друштво и израсла у честите и поштене људе. Подручни органи су мотрили и на то да неко од укућана не злоставља ванбрачну децу примљену у родитељску кућу, у ком случају би имали обавезу да без одлагања о томе обавесте своје надређене који би били дужни да предузму одговарајуће мере како би такво злостављање престало (чл. 26).[14]

Дужности локалних судских и управних власти су, дакле, када се радило о ванбрачној деци, биле многобројне. Подразумевале су не само материјално збрињавање незаконитог потомства већ и моралну подршку, заштиту од злостављања, пружање потребних савета и препорука. Додељујући овако поливалентне улоге судовима и капетанијама које су, када су у питању била ванбрачна деца, излазиле из оквира редовних ингеренција органа власти, законодавац је настојао да сирочади лишеној родитељског старања обезбеди не само елементарну егзистенцију већ и правилан духовни и интелектуални развој.

Незаконита деца, истиче законодавац, уживају сва јавна и грађанска права док год се примерено владају. Била је забрањена њихова дискриминација по основу њиховог правног статуса, то јест, како Закон каже, „њихова особита происхода, пошто она лично томе нијесу ни најмање крива, шта више, она туђе гријехе незаслужно кају." (чл. 32)[15]

Делајући у најбољем интересу ванбрачне деце аутор законског текста је максимално олакшао процес усвајања напуштеног потомства прописујући за то минималне услове. Потенцијални усвојитељ је, да би био валидан кандидат за адопцију, по слову Закона требало: а) да је навршио 50 година живота; б) да је најмање 20 година старији од усвојеника; в) да нема законите неодељене деце, осим уколико су она пунолетна и дају пристанак на усвојење; г) да има пристанак своје жене и свих пунолетних мушких задругара, уколико живи у задрузи (чл. 28).[16] Како адоптирано дете стиче сва имовинска, породична и наследна права законитог, биолошког потомства чиме се његов правни положај умногоме поправља, законописац је настојао да охрабри и подстакне усвојење као племениту и несебичну пројаву. Стога је прописао само неколико услова које је усвојитељ био дужан да испуни и који су се у основи сводили на постојање прикладне разлике у годинама

[14] *Ibid*., 242-243.
[15] *Ibid*., 244.
[16] *Ibid*., 243.

између адоптивног родитеља и усвојеника каква иначе постоји између родитеља и деце, и, како пријем у кућу усвојеног детета не би пореметио породичну хармонију и у крајњој линији можда довео и до шиканирања и злостављања новопридошлице, пристанак усвојитељевих укућана на адопцију.

И још нерођено ванбрачно дете, док се налазило у мајчиној утроби, уживало је снажну кривичноправну заштиту. Свака жена која би се решила нежељеног плода, као и њени саучесници у овом, како Закон каже „нечовјечном дјелу" казнили би се тамницом у трајању од три до шест година. Уколико би се покушај побачаја завршио смртним исходом, лице које би касније преминулој трудници дало отров или какво друго средство, чак и са њеним одобрењем или на њен захтев, било би процесуирано и санкционисано казном од десет до петнаест година затвора (чл. 35-36).[17]

Овако строга казнена политика за саучеснике имала је за циљ да обесхрабри првенствено родбину „погрешилице" да јој помогне како би се што лакше решила нежељене трудноће и на тај начин и себе сачува од породичне срамоте, али је сигурно била усмерена и на разне надрилекаре који су вршили тајне абортусе у нехигијенским и нехуманим условима и тако неретко проузроковали смрт ових несрећних девојака. Дакле, Закон је овако строгим одредбама штитио не само право на живот нерођеног ванбрачног детета, већ и телесни интегритет ванбрачних мајки које су у покушајима да заштите женску част и углед своје породице нехотице жртвовале и сопствени живот.

Чедоморство је у црногорском законодавству сматрано врло тешким кривичним делом за које је била запрећена затворска казна у трајању од пет до петнаест година, осим у случају када би „погрешилица" била малолетна, када би била кажњавана тамницом у временском распону од три до десет година. Помагач у оваквом злочину био би кажњаван казном прописаном за кривично дело убиства (чл. 37). Жена за коју би се сазнало да се кришом од свих породила и да је дете нестало, чиме је његова судбина остала неизвесна, те се није могло утврдити да ли је удављено или не, да ли је пак мртворођено или живо, да ли се можда радило о недоношчету, казнила би се затвором од две до пет година (чл. 38).[18]

Поред кривичних санкција, светим канонима су биле предвиђене духовне казне за деликте усмерене против телесног интегритета незаконитог потомства. Тако би по одредбама канонског права „незаконита матера" која би се решила плода своје утробе старијег од три месеца, или би пак убила своје рођено дете, била кажњена као за убиство, а то значи одлучењем од Цркве, односно екскомуникацијом. Казна би била још строжа уколико дете не би било крштено.[19]

---

[17] *Ibid*., 244.

[18] *Ibid*., 244-245.

[19] Podaci o položaju i karakteru Crnogorske crkve, dobijeni anketom koju je sproveo Valtazar Bogišić, prikupljajući građu za pisanje „Opšteg imovinskog zakonika", 1873. godine. Na Bogišićeva

Родоскрвнуће чији је продукт била трудноћа санкционисано је у зависности од близине сродства међу извршиоцима инцестуозног чина (чл. 39). Лажна оптужба за очинство кажњавана је тамницом од три до шест месеци, док би жена која би оставила своје незаконито дете испред туђе куће инсинуирајући на тај начин да је у питању дете неког од укућана, била осуђена на затвор од два до дванаест месеци (чл. 40).[20] Смисао ове законске одредбе огледао се у томе да обесхрабри неморалне и непоштене жене да својим злонамерним и злурадим поступцима уносе раздор у породичне односе честитих и поштених људи.

Ванбрачна мајка која би своје дете оставила на месту где ће лако бити нађено и збринуто била би кажњавана затвором од шест месеци до две године а, уколико би га оставила на неком забаченом месту, затвором од једне до четири године. Када би овакав вид напуштања резултирао смртним исходом, „погрешилица" би у тамници провела између две и дванаест година (чл. 41).

Закон на крају нормира и браколомство чији је продукт и, уједно, доказ рођење незаконитог детета. Супружник браколомног погрешиоца имао је право да покрене бракоразводну парницу, али само у кратком року од три месеца рачунајући од рођења детета, након чега је то његово право застаревало. Овако кратак преклузивни рок био је предвиђен како дете не би изгубило брачни статус осим у случају када преварена страна ни под којим условима није била спремна да опрости прељубу. Како би се дестимулисало браколомно понашање које је могло довести до разврГнућа брачне заједнице и, у крајњој линији, до драстичног погоршања положаја детета које је било плод прељубе, законодавац је забрањивао страни која је скривила развод да ступи у други законит брак (чл. 42). Штавише, чак ни након смрти брачног друга браколомни супружник није могао ступити у брак са особом са којом је починио прељубу (чл. 43).[21] Овако строга норма која је забрањивала брак међу преступницима чак и онда када он више није могао нашкодити ничијој репутацији а камоли интересима ванбрачног детета, била је предвиђена са циљем да обесхрабри понашање који би могло угрозити светињу брака.

## 3. ПОДЗАКОНСКИ ПРОПИСИ О ВАНБРАЧНОЈ ДЕЦИ

Већина подзаконских аката донетих након ступања на снагу Закона о ванбрачној дјеци ближе је уређивала питање издржавања незаконитог по-

pitanja odgovaralo je crkveno lice koje je kao sagovornika Bogišiću odredio knjaz Nikola. Nav. prema Živko M. Andrijašević, *Crnogorska crkva 1852-1918.* (*Studija sa zbirkom dokumenata o Pravoslavnoj crkvi u Knjaževini/Kraljevini Crnoj Gori*), Filozofski fakultet Nikšić, Nikšić 2008, 275.

[20] Закон о ванбрачној дјеци, 245.

[21] *Ibid*., 245-246.

томства смештеног у хранитељске породице. У том смислу најпре је 1895. године Велики суд издао наредбу капетанима која је садржала скалу износа опредељених за издржавање сирочади у зависности од њиховог узраста. Деци до навршене седме године припадало је 72 фиорина, да би се потом износ сразмерно смањивао све до 20 фиорина колико је било намењено деци до навршене дванаесте године, након чега им је ускраћивана даља новчана потпора из фонда. Припадајућа годишња свота исплаћивана је хранитељима у три једнаке рате, на свака четири месеца.[22]

Исплате су вршене директно из благајне Великог суда што се у пракси показало крајње неподесним, како за саму благајну којој су ове радње одузимале драгоцено време потребно за вршење других далеко важнијих послова, тако и за хранитеље деце који су морали долазити на Цетиње некада и из удаљених места, у ком случају би им примљена сума једва покрила путне трошкове. Имајући све ово у виду Министарство правде је 1900. године издало наредбу председницима свих окружних судова да попишу сву ванбрачну децу у својим окрузима и да том приликом назначе: а) име и презиме ванбрачног детета, као и његових родитеља; б) дан и годину његовог рођења; в) место живљења и г) име и презиме особе којој је дете предато на чување и храњење. Након што би сачинили прецизне спискове незаконите деце са свим траженим подацима, били би дужни да преко подручних власти издају наредбу свим хранитељима сирочади која падају на терет фонда да се, почев од 1900. године, за исплату припадајућег им издржавања обраћају окружном суду, редовно за њих надлежном, а не Великом суду, каква је пракса била до тада. Предвиђено је да се исплате и даље врше на рате, три пута годишње.[23]

Како би окружни судови могли да воде ажурне и потпуне спискове ванбрачне деце, њихових родитеља и хранитеља, Министарство правде је, почев од 1901. године, установило обавезу Великог суда да сваки пут када неко незаконито дете смести у хранитељску породицу о томе обавести надлежни окружни суд. Обавештење је морало бити извршено одговарајућим пропратним писменим актом у којем би били наведени датум дететовог рођења, име и презиме родитеља и место њиховог пребивалишта, као и годишња свота опредељена из фонда за издржавање незбринутог детета. Наведена реакција ресорног министарства уследила је због обичаја Великог суда да ванбрачну децу поверава на исхрану и чување преко својих жандарма а мимо окружних

[22] Наредба Великог суда капетанима о плаћању годишњег издржавања за ванбрачну дјецу од 21. децембра 1895. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 356-357.

[23] Наредба Министарства правде о исплати трошкова за издржавање ванбрачне дјеце од 13. јануара 1900. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 455-456.

судова. То је у пракси стварало низ проблема хранитељима овакве деце који су, да би примили новац из благајне намењен за њихово издржавање, морали сами да доказују основаност својих потраживања с обзиром на то да та деца нису била евидентирана у списковима окружних судова. Стога је наредбом из 1901. године учињен покушај да се уведе више реда у државне финансије, као и у поступање државних установа.[24]

Подизање и васпитавање ванбрачне деце о државном трошку било је допуштено само као последња солуција, уколико би њихови родитељи били непознати, неспособни за рад или иначе без средстава за издржавање свог потомства. Ванбрачна мајка која би се оглушила о одлуку окружног суда да преузме на себе родитељске дужности и уместо тога би поднела жалбу Великом суду која би била одбијена, била би кажњена затворском казном у трајању од две године уколико ни тада не би пристала да узме дете. Дете које би се тако обрело са њом на Цетињу било би поверавано на бригу и старање хранитељима. Дакле, незаконити потомци су падали на терет државног фонда једино уколико им се ни на који начин није могла обезбедити мајчина брига и старање, чак ни уз притиске попут претњи санкцијом лишења слободе у трајању од две године, која је заправо одговарала казни за напуштање детета.[25]

## 4. КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО О ВАНБРАЧНОЈ ДЕЦИ

Кривични законик за Књажевину Црну Гору из 1906. године је посветио главе XVI-XVIII свим видовима напада на телесни интегритет ванбрачног потомства. Његовим ступањем на снагу престале су да важе одговарајуће одредбе Закона о ванбрачној дјеци из 1894. године. По први пут Закоником је чедоморство дефинисано као убиство детета од стране мајке у року од 24 часа од порођаја, или пак и у дужем временском периоду „ако се докаже да је мучно стање породиље још непрестано трајало." Законодавац дакле препознаје да се породиља налази у посебном психичком стању привремено смањене урачунљивости непосредно након порођаја, али чедоморство не сматра привилегованим убиством. Напротив, за њега су биле запрећене врло строге казне; у случају убиства брачног детета казна робије у трајању до пет-

[24] Наредба Министарства правде Великом суду којом се исправљају грешке у споровима о издржавању ванбрачне дјеце од 25. октобра 1901. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 548-549.

[25] Преписка Великог суда и Министарства правде у вези с начином рјешавања статуса ванбрачне дјеце од 14. јуна 1902. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 574-576.

наест година, а у ситуацији када је жртва кривичног дела ванбрачно дете казна робије у трајању до дванаест година (чл. 164, ст. 1 КЗ).[26]

Поменуто законско наређење указује на извесно пооштравање казнене политике када је у питању основно кривично дело против живота незаконите деце, с обзиром на то да је у Закону о ванбрачној дјеци за исти злочин била прописана казна тамнице, односно казна затвора (подвукла М. К.) која се издржавала у далеко хуманијим условима него казна робије (подвукла М. К.), предвиђена у Кривичном законику. Наиме, робију је осуђеник неретко проводио у оковима и уз губитак грађанске части. Ипак, кодификација нормира и лакши облик овог казненог дела чији је објект радње извршења превремено рођено дете (недоношче) или пак дете које због телесних недостатака не би могло остати у животу. Чедоморство је у овом случају кажњавано затворском казном у трајању до две године (чл. 164, ст. 2). Законик по први пут разликује саучесништво од извршилаштва, тако да мајчин помагач у извршењу злочина више није кажњаван као починилац дела већ као саучесник (чл. 164, ст. 3).[27]

Кривични законик у чл. 165, тач. 2 дословно понавља одредбу чл. 38 Закона о ванбрачној дјеци која каже да би се жена за коју би се сазнало да се кришом од свих породила и да је дете нестало, чиме је његова судбина остала неизвесна, те се није могло утврдити да ли је удављено или не, да ли је пак мртворођено или живо, да ли се можда радило о недоношчету, казнила затвором од две до пет година. По први пут Законик нормира и ситуацију када би се жена кријући се породила на неком скровитом месту са намером да дете лишено сваке помоћи изгуби живот па се то и деси. Казна запрећена за ово дело била је прописана у идентичном распону као и за дело из чл. 38 Закона о ванбрачној дјеци, али, како би у овом случају сигурно наступала смрт детета, вероватно је у пракси била изрицана санкција ближа законском максимуму (чл. 165, тач. 1). Иста казна била је предвиђена и за „погрешилицу" која не би прикрила порођај али би урадила све осим физичког чина убиства да дете не остане у животу, услед чега би наступила смртна последица (чл. 166). Била је санкционисана и ванбрачна мајка која би своје умрло дете, чију смрт није скривила, сахранила без пријаве месним општинским властима. За њу је била прописана затворска казна у трајању до шест месеци (чл. 167).[28]

Црногорски законодавац је инкриминисао све могуће видове чињења и нечињења која су за последицу имала или су могла имати смрт незаконитог

---

[26] Кривични законик за Књажевину Црну Гору од 23. фебруара 1906. год. (у даљем тексту: Кривични законик из 1906. године), *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе IV* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 86.

[27] *Ibid*.

[28] *Ibid*.

потомка како би на што потпунији начин заштитио живот и телесни интегритет нежељене деце чији је долазак на свет проузроковао, пре свега за њихове мајке, велику срамоту и кајање. Имајући у виду колике су опасности претиле опстанку те категорије потомака, редактори Законика су настојали да строгим санкцијама одврате ванбрачне мајке и њихове помагаче од намере да избегну породичну љагу тако што би лишили живота ванбрачно дете.

Недозвољени прекид трудноће је, као и по чл. 35 Закона о ванбрачној дјеци, повлачио за собом затворску казну у распону од три до шест година, како за субјекта кривичног дела, тако и за његове помагаче (чл. 168-169 КЗ). Квалификовани облик саучесништва би постојао уколико би дело било квалификовано тежом последицом (смрћу мајке) или пак уколико би се помагач бавио недозвољеним побачајима у виду заната, што би указивало на његову професионализацију и остваривање редовних прихода вршењем кривичног дела. За такве теже облике помагања била је запрећена казна робије у трајању до петнаест година (чл. 169). Када би недозвољена средства која изазивају прекид трудноће девојци била давана силом или без њеног знања што би за последицу имало смртни исход, извршилац злочина би био осуђен на вечиту робију, а, уколико би изостала смртна последица, на робију до дванаест година. Чак и када не би било никакве последице, казна се за ово дело није могла ни у ком случају ублажити испод законског минимума који је износио годину дана затвора (чл. 170).[29]

Када је била реч о напуштању нежељене деце од стране њихових мајки, казнена политика је пооштрена у односу на партикуларно правно правило из 1894. године, пре свега у погледу врсте запрећене кривичне санкције. Тако је „погрешилици" која би одбацила свој пород по први пут уместо казне затвора претила казна робије уколико би тим својим поступком довела у опасност живот и здравље свог потомка, или ако би дете умрло (чл. 171-172, ст. 1 КЗ). Отежавајућа околност било је доказано постојање намере извршиоца деликта да дође до смртне последице, те је и казна у том случају зависила од крајњег исхода кривичног дела. Ако је дете заиста и умрло мајка је кажњавана као за чедоморство, а уколико је, којим случајем, дете ипак остало у животу, као за покушај убиства (чл. 172, ст. 2 КЗ).[30]

## 5. ЗАКЉУЧАК

Чињеница је да је црногорски законодавац строгим имовинским санкцијама настојао да дестимулише развратно понашање жене чији би продукт била ванбрачна трудноћа. Тако би бременита удовица по слову Закона из

[29] *Ibid*., 86-87.
[30] *Ibid*., 87.

1894. године губила право плодоуживања мужевљеве имовине, док би девојка била лишавана родитељског издржавања и права на девојачку спрему приликом удаје. Ипак, уколико би се дете ипак родило, уживало је снажну кривичноправну заштиту, још више појачану доношењем Кривичног законика 1906. године. У кодификацији су чак три поглавља била посвећена инкриминацији различитих видова напада на живот и тело незаконитог потомства, јер је оправдано претпостављано да их је било могуће спречити једино строгом кривичноправном регулативом.

Како би се осигурала егзистенција напуштене ванбрачне деце био је установљен посебан фонд за њихово издржавање чијем је правилном функционисању посвећен низ прописа издатих од стране Министарства правде и Великог суда. У нади да ће на тај начин омогућити правилнији развој и здравије одрастање нежељене деце, црногорски законописац је локалним властима поверио, помало неуобичајено, активну улогу у одгоју ове вулнерабилне друштвене категорије којој су подручни органи били дужни да пружају моралну подршку, као и савете и помоћ сваке врсте. Дакле, иако је ванбрачно родитељство у Црној Гори у освит XX века представљало крајње непожељну појаву, законодавци су, почев од Закона о ванбрачној дјеци (1894) преко низа подзаконских аката до Кривичног законика (1906) улагали континуиране и вредне похвала напоре да минимизирају негативне последице овог друштвеног феномена.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Andrijašević Živko M., *Crnogorska crkva 1852-1918.* (*Studija sa zbirkom dokumenata o Pravoslavnoj crkvi u Knjaževini/Kraljevini Crnoj Gori*), Filozofski fakultet Nikšić, Nikšić 2008, 275.

Јовановић Јагош, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности – историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918 године*, Обод, Цетиње 1947.

Јовичић Милош М., *Како да се у новом грађанском законику уреди правни положај ванбрачне деце?*, Београд 1937.

Марковић Никола, *Брак у Црној Гори до 1904. године*, Цетиње 1973.

Никетић Гојко, *Грађански законик Краљевине Србије протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационога суда*, Геца Кон, Београд 1922.

Закон о ванбрачној дјеци за Књажевину Црну Гору од 30. марта 1894. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе III* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 236-246.

Кривични законик за Књажевину Црну Гору од 23. фебруара 1906. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе*

*IV* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 52-139.

Наредба Великог суда капетанима о плаћању годишњег издржавања за ванбрачну дјецу од 21. децембра 1895. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 356-357.

Наредба Министарства правде Великом суду о тумачењу другог става тач. в. чл. 10. Закона о ванбрачној дјеци од 29. новембра 1899. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 446-447.

Наредба Министарства правде о исплати трошкова за издржавање ванбрачне дјеце од 13. јануара 1900. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 455-456.

Наредба Министарства правде Великом суду којом се исправљају грешке у споровима о издржавању ванбрачне дјеце од 25. октобра 1901. г., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 548-549.

Преписка Великог суда и Министарства правде у вези с начином рјешавања статуса ванбрачне дјеце од 14. јуна 1902. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 574-576.

Устав православних Консисторија у Књажевини Црној Гори од 1. јануара 1904. год., *Правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе II* (прир. Б. Павићевић, Р. Распоповић), Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 806-873.

*Maša M. Kulauzov*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs*

## Illegitimate Offspring in Montenegro at the Beginning of the 20th Century

***Abstract:*** *The article sheds light on Montenegrin legislature regarding out-of-wedlock infants, particularly on Law on illegitimate children of 1894, whose author, famous jurist Valtazar Bogišić had put significant effort into protecting this vulnerable social group. His successor on the position of minister of justice Lujo Vojnović also had understanding for sensitive and fragile status of illegitimate offspring, so he issued necessary bylaws in which he more precisely defined distribution of the illegitimate children's trust assets to beneficiaries. On the other hand, the Supreme Court also passed some decrees regarding children born outside of marriage that were addressed to district courts and local authorities. All aforementioned documents were carefully scrutinized in this paper, as well as chapters XVI-XVIII of Criminal code for the Principality of Montenegro from 1906. The Code thoroughly regulated neonaticide (killing of an infant within the first 24 hours of birth), abandonment of illegitimate newborns, unlawful termination of pregnancy, as well as all kinds of accomplices in these crimes in order to protect lives of illegitimate children.*

***Keywords:*** *illegitimate children, investigating non-marital paternity, offences related to unlawful children, legislation.*

Датум пријема рада: 15.05.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Прегледни рад 347.67(497.11+4)
doi:10.5937/zrpfns55-30553

*Јелена Ђ. Видић Трнинић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*jvidic@pf.uns.ac.rs*

# ОПОЗИВ И СУДСКО СТАВЉАЊЕ ЗАВЕШТАЊА ВАН СНАГЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ УЗ ОСВРТ НА ОСТАЛА САВРЕМЕНА ЕВРОПСКА ПРАВА*

***Сажетак:*** *У српском праву, до стављања пуноважног завештања ван снаге може доћи на основу воље самог завештаоца, односно опозивом завештања, као и на основу одлуке суда. У раду се анализирају решења Закона о наслеђивању Србије посвећена споменутим начинима стављања завештајних располагања ван снаге и истовремено сагледава законска регулатива овог питања у осталим правним системима Европе. Аутор налази да у реализацији права на опозив завештања, законодавство Србије афирмише завештајну слободу, те да је у том погледу, оно принципијелно усклађено са законским солуцијама уоченим на европском правном тлу. Као посебну предност домаће регулативе, посматрано са аспекта сврхе ради које је прописана, истиче могућност судског стављања завештања или његових појединих одредаба ван снаге. Аутор даље сматра да постоје разлози који говоре у прилог тога да се одређена решења уочена у упоредном праву, као што је могућност да се на основу законских одредаба ставе ван снаге завештајна располагања учињена у корист бившег супружника, прихвате и у српском наследном праву. Најзад, указује и на корисност прецизирања и употпуњавања појединих законских одредница посвећених опозиву завештања de lege ferenda, посебно оних које се тичу односа ранијег и доцнијег завештања, а у циљу постизања правне сигурности.*

***Кључне речи****: опозив завештања, стављање завештања ван снаге, формални опозив, неформални опозив, раније завештање, доцније завештање.*

---

* Рад је посвећен научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови" чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Опозивост завештања представља једну од његових особина, која гарантује завештаоцу да све до смрти није везан својом раније изјављеном вољом.[1] Из тог разлога, завештање и представља изјаву последње воље.[2] По својој садржини, опозив завештања представља једностану изјаву воље завештаоца којом се укида, односно ставља ван снаге раније сачињено пуноважно завештање или нека његова одредба.[3] Да завештање не би изгубило особину опозивости, завешталац се не може једностраном изјавом воље одрећи овог свог права или га ограничити на било који начин. Ништаве су и одредбе уговора којим би се он обавезао да појединy завештајну одредбу опозове или не опозове.[4]

Пуноважност изјаве о опозиву завештања, као строго личног акта и својеврсног располагања *mortis causa*,[5] условљена је постојањем активне завештајне способности и озбиљне намере завештаоца да стави ван снаге своје раније сачињено завештање (*animus revocandi*). Осим тога, да би изјава о опозиву завештања била пуноважна, завештаочева воља мора бити слободна, односно учињена без утицаја заблуде, преваре, претње или принуде.[6]

У случају када завешталац не може да измени или опозове своје пуноважно завештање, због губитка способности за расуђивање до које је дошло након његовог сачињавања, законодавство Србије допушта и могућност судског укидања његове важности. Међутим, она је допуштена само изузетно, онда када се битно измене околности које су представљале одлучујућу побуду завештаоца за такво располагање *mortis causa*, те уз испуњење прецизно дефинисаних услова.

Предмет нашег интересовања усмерен је управо ка проучавању регулативе стављања завештања ван снаге, како га види српски законодавац и теорија. С обзиром да према Закону о наслеђивању Србије, завештање или поједине завештајне одредбе вољом самог завештаоца, могу бити стављене ван снаге на формалан и неформалан начин, посебна пажња биће посвећена карактеристикама споменутих начина опозива, њиховим предностима и недостацима, условима под којима су они допуштени, као и начину нормирања односа између ранијег и доцнијег завештања. Истовремено, биће указано и

---

[1] Вид. чл. 176, ст. 1 Закона о наслеђивању Србије – ЗНС, *Сл. гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015.

[2] Вид. Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasljedno pravo,* Zagreb 2008, 175.

[3] Вид. Драгица Живојиновић, „Опозив завештања", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 56/2010, 61.

[4] Вид. чл. 181 ЗНС.

[5] Вид. Наташа Стојановић, *Наследно право,* Ниш 2011, 294.

[6] Вид. Слободан Н. Сворцан, *Наследно право,* Крагујевац 2009, 89; Н. Стојановић, 294; Дејан Б. Ђурђевић, *Институције наследног права,* Београд 2015, 194.

на основне карактеристике и услове под којима је дошуштено судско стављање завештања или његових појединих одредаба ван снаге. У основним цртама, у раду ће бити сагледана и упоредноправна решења посвећена наведеним питањима.[7] На темељу анализе законских солуција српског права, оних која су прихваћена у осталим правним уређењима, као и консултовањем доктринарних ставова, настојаћемо да утврдимо има ли места побољшању постојећих решења у домаћем законодавству и у том смислу изнети одговарајуће предлоге.

## 2. ФОРМАЛНИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА

Према Закону о наслеђивању Србије, раније сачињена изјава последње воље, може се ставити ван снаге формалним путем, сачињавањем новог завештања. Доцније завештање може бити сачињено у било којој законом допуштеној форми,[8] сходно правилу о њиховој равноправности. У српском праву, дакле, не постоје посебна ограничења у погледу облика завештања којим се врши опозив, односно завештања које се опозива, као што је то случај у појединим савременим европским уређењима. Примера ради, у руском праву, завештањем које се сачињава у изузетним околностима може доћи до опозива искључиво истог таквог завештања, али не и осталих могућих форми, као што се и завештајним располагањима у банци може опозвати само раније располагање правима на новчаним средствима у тој банци.[9]

До формалног опозива завештања може доћи на изричит или прећутан начин. Независно од тога о ком виду је реч, ново завештање којим се опозива раније, поред напред споменутих услова за материјалну пуноважност, мора испуњавати и све потребне услове који се траже за конкретан облик завештања.[10]

Изричито опозивање огледа се у сачињавању новог завештања, којим завешталац непосредно, односно директно ставља ван снаге цело раније сачиње-

---

[7] Анализом су обухваћена законодавства: Аустрије, Немачке, Швајцарске, Француске, Италије, Шпаније, Чешке, Мађарске, Бугарске, Русије, Холандије, Енглеске, као и свих држава региона.

[8] Вид. чл. 176, ст. 2 ЗНС.

[9] С друге стране, оба споменута завештања, могу бити опозвана и путем било ког другог облика завештања. Вид. чл. 1130, ст. 5–6 Грађанског кодекса Русије – ГКРФ (Гражданский кодекс Российской Федерации, први део од 30. новембра 1994. године, N 51-ФЗ, други део од 26. јануара 1996. године, N 14-ФЗ, трећи део од 26. новембра 2001. године, N 146-ФЗ и четврти део од 18. децембра 2006. године, N. 230-ФЗ, закључно са изменама и допунама од 1. јуна 2019. године), *http://base.garant.ru/10164072/*, 17. септембар 2020.

[10] Вид. Milan Kreč, Đuro Pavić, *Komentar Zakona o nasljedjivanju s sudskom praksom,* Zagreb 1964, 321; Оливер Б. Антић, Зоран М. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању,* Београд 1996, 472; Н. Стојановић, 294; Д. Б. Ђурђевић, 195; Тамара Ђурђић–Милошевић, *Ограничење слободе завештајних располагања,* докторска дисертација, Крагујевац 2018, 227.

но завештање или његове поједине одредбе. На овај начин могу се опозвати и сва раније сачињена завештања или евентуално њихове поједине одредбе.[11] Ново завештање не мора истовремено садржати и нова завештајна располагања, те одредба о опозиву може представљати и његову једину садржину.

С обзиром на то да омогућује да се у сваком моменту зна каква је намера завештаоца, као и сама садржина завештања, изричито стављање завештања ван снаге у великој мери гарантује остваривање слободе завештања.[12] Могућност оваквог начина опозива је општеприхваћена у савременим европским уређењима, попут: Аустрије,[13] Немачке,[14] Швајцарске,[15] Француске,[16] Италије,[17] Шпаније,[18] Русије,[19] Мађарске,[20] Чешке,[21] Бугарске,[22] Енглеске,[23] Холандије,[24] као и свих земаља региона[25].

---

[11] Вид. О. Антић, З. Балиновац, 471.

[12] Вид. у том смислу: Т. Ђурђић–Милошевић, 230.

[13] Вид. пар. 717 и 719 Грађанског законика Аустрије – ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811, закључно са изменама и допунама из 2020. године, BGBI. I Nr. 16/2020), *https://www.jusline.at/gesetz/abgb,* 18. септембар 2020.

[14] Вид. пар. 2254 Грађанског законика Немачке – BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738, закључно са изменама и допунама из 2020. године, BGBI. I S. 2187), *http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html*, 30. октобар 2020.

[15] Вид. чл. 509 у вези са чл. 511, ст. 1 Грађанског законика Швајцарске – ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907), *https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html,* 19. децембар 2020.

[16] Вид. чл. 1035 Грађанског законика Француске – CC (Code civil, 1804), *https:www.legifrance.gouv.fr,* 20. август 2020.

[17] Вид. чл. 680 Грађанског законика Италије – ГЗИ (Il Codice Civile Italiano, Gazzetta Ufficiale n.79 del 4-4-1942), *https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile*, 29. децембар 2020.

[18] Вид. чл. 738 у вези са чл. 739, ст. 1 Грађанског законика Шпаније – ГЗШ (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil), *https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf,* 23. децембар 2020.

[19] Вид. чл. 1130, ст. 4 ГКРФ.

[20] Вид. 7:41§ (1–2) Грађанског законика Мађарске – ГЗМ (2013. évi V. törvénya Polgári Törvénykönyvről), *https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1300005.TV*, 19. август 2020.

[21] Вид. чл. 1575 и чл. 1577 Грађанског законика Чешке – ГЗЧ (89/2012 Sb. Zákon občanský zákoník), *https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89#cast3,* 17. новембар 2020.

[22] Вид. чл. 38 Закона о наслеђивању Бугарске – ЗНБ (Закон за наследството, Обн. ДВ. бр. 22/1949, 41/1949, 275/1950, 41/1985, 60/1992, 21/1996, 104/1996, 117/1997, 96/1999, 34/2000, 59/2007 и 47/2009), *https://lex.bg/laws/ldoc/2121542657*, 18.октобар 2020.

[23] Вид. s. 19–20 Закона о завештању Енглеске (Wills Act 1837), *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents*), 27. децембар 2020.

[24] Вид. чл. 4:111 у вези са чл. 4:112 Грађанског законика Холандије – ГЗХ (Dutch Civil Code, Book 4 Law of Succession), *http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm,* 28. децембар 2020.

[25] Вид. чл. 117, ст. 1 Zakona o nasljeđivanju Crne Gore – ZNCG, *Sl. list CG*, br. 74/2008 и 75/2017 – odluka US; чл. 64, ст. 1 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske – ZNH, *Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 и 14/2019; чл. 120, ст. 1 Zakona o nasljeđivanju u

Прећутно опозивање завештања, нормирано у чл. 177, став 1 Закона о наслеђивању Србије, постоји у случају сачињавања новог завештања којим се раније не опозива изричито, али му садржински противречи. У наведеној ситуацији, одредбе ранијег завештања остају на снази ако нису супротне одредбама доцнијег, чиме је практично регулисан само однос између два завештања. С обзиром да садржинска противречност може бити потпуна, али и делимична, то ће оне одредбе ранијег завештања које нису у супротности са одредбама касније сачињеног, паралелно задржати важност са њима.[26] Међутим, у случају када је противречност таква да ово правило није могуће применити, важиће само доцније састављено завештање.[27] Споменуто правило о дејству прећутног опозива примењује се независно од завештаочевог узимања у обзир свог раније сачињеног завештања, односно, противречности у погледу садржине ранијег и доцнијег завештања.[28]

Формални прећутни опозив завештања одликује се мањим степеном правне сигурности него што је то случај са формалним изричитим опозивом, с обзиром на то да је у случају када није могуће јасно утврдити да ли је доцнијим завештањем раније опозвано, као и у којој мери је то учињено, у циљу утврђивања праве намере завештаоца, неопходно тумачење завештања. То у крајњим консеквенцама, у случају немогућности утврђивања ове намере, због примене другог правила тумачења завештања које иде у корист законских наследника, носи са собом ризик наступања последица које не морају одговарати жељи завештаоца.[29] Из наведених разлога, њиме се у мањој мери осигурава реализација слободе завештања.

Компаративно посматрано, правило према којем доцније сачињено завештање опозива раније у мери у којој му садржински противречи, такође је општеприхваћено у модерним европским законодавствима.[30] Изузетак од

Federaciji Bosne i Hercegovine – ZNFBiH, *Sl. novine FBiH,* br. 80/2014 и 32/2019 – odluka US; чл. 117, ст. 1 Закона о наслеђивању Северне Македоније – ЗНСМ, *Сл. весник на РМ*, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон и чл. 99, ст. 1 Zakona o dedovanju Slovenije –ZDS, *Uradni list SRS*, št. 15/1976, 23/1978; *Ur. list RS,* 13/1994, 40/1994 – odluka US, 117/2000 – odluka US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004, 31/2013 – odluka US и 63/2016.

[26] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 472; Д. Б. Ђурђевић, 196; Н. Стојановић, 295.

[27] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 474; Д. Живојиновић, 67; Н. Стојановић, 295.

[28] Вид. Д. Б. Ђурђевић, 196.

[29] У доктрини се указује на постојање претпоставке да завешталац сачињавањем пуноважног завештања, изражава жељу за наслеђивањем управо по том основу позивања на наслеђе, а не по закону, те да је у том правцу, стога, неопходно и тумачити његову последњу вољу. У том смислу, опширније вид. Д. Живојиновић, 67–68.

[30] Вид. пар. 2258, ст. 1 BGB, чл. 511, ст. 1 ZGB, чл. 1036 CC, чл. 682 ГЗИ, чл. 739, ст. 1 ГЗШ, чл. 1130, ст. 2 ГКРФ, 7:41§ (2) ГЗМ, чл. 1576 ГЗЧ, чл. 39 ЗНБ, s. 19–20 Закона о завештању Енглеске, чл. 4:112 ГЗХ, чл. 118, ст. 1 ZNCG, чл. 65, ст. 1 ZNH, чл. 121, ст. 1 ZNFBiH, чл. 118, ст. 1 ЗНСМ и чл. 101, ст. 1 ZDS.

наведеног у извесној мери представља решење предвиђено у Грађанском законику Аустрије, где сачињавањем доцнијег завештања којим је извршено именовање наследника, долази до опозива и свих осталих располагања из ранијег завештања, без обзира на то да ли му она садржински противречe, осим уколико у њему није изричито и јасно испољена намера завештаоца да раније завештање у целини или делимично треба да настави да производи правно дејство. Ово правило се примењује чак и онда када је у касније сачињеном завештању наследнику остављен само део заоставштине, у ком случају ће остатак заоставштине који њиме није обухваћен, припасти законским наследницима, а не завештајним наследницима из ранијег завештања.[31]

Иако Законом о наслеђивању Србије то није изричито прописано, питање делотворности доцније сачињеног пуноважног завештања, према схватању дела домаће доктрине нема утицаја на дејство прећутног формалног опозива, у случају постојања јасно изражене и формално ваљане намере завештаоца да у доцнијем завештању изврши опозив ранијег.[32] Већина осталих савремених законодавстава такође не садрже регулативу посвећену овом питању, с тим што се у упоредном праву ипак могу срести законска решења којима је изричито предвиђено да неделотворност доцније сачињеног завештања нема никаквог утицаја на учињени опозив раније састављеног завештања. Тако је у праву Италије експлицитно прописано да опозив извршен доцнијим завештањем задржава дејство, чак и када се оно не може реализовати због тога што је у њему именован наследник или испорукопримац умро пре оставиоца, неспособан је или недостојан да наследи или се одрекао права да наследи.[33] Споменуту одредбу садрже и француско, шпанско и бугарско право.[34] Сматрамо да разлози правне сигурности, којима су се законодавства последње споменутих земаља несумњиво руководила, говоре у прилог постојања оваквог законског решења и у српском праву.[35] Из истих разлога, Законом је потребно прописати и да у случају сачињавања доцнијег непуноважног завештања, долази до примене одредаба раније сачињеног пуноважног завештања.[36]

---

[31] Међутим, споменуто правило се не примењује уколико доцнијим завештајним располагањима није именован наследник. У овом случају, до опозива раније сачињених располагања која не садрже одредбу о именовању наследника, доћи ће само у мери у којој су му она противречна. Вид. пар. 713, ст. 1 и пар. 714 ABGB.

[32] Вид. Д. Б. Ђурђевић, 196.

[33] Вид. чл. 683 ГЗИ.

[34] Вид. чл. 1037 СС, чл. 740 ГЗШ и чл. 40 ЗНБ.

[35] О томе видети и код: Nataša Stojanović, „Gde su granice slobode zaveštajnih raspolaganja", *Pravni život* 10/2012, 715; Т. Ђурђић–Милошевић, 243.

[36] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 308; N. Stojanović (2012), 715.

## 3. НЕФОРМАЛНИ ОПОЗИВ ЗАВЕШТАЊА

У српском праву, до опозива завештања не мора нужно доћи у неком од законом предвиђених облика завештања, већ и на неформалан начин, који, попут формалног опозива, такође може бити изричит и прећутан.

О постојању неформалног изричитог опозива завештања се може говорити у случају његовог уништења. За разлику од формалног опозива, на овај начин, ван снаге се могу ставити само писмени облици завештања.[37] Уништење писмених облика завештања представља начин њиховог опозива, који је и компаративно посматрано, прихваћен у значајном броју савремених правних поредака.[38]

Уништење завештања може довести до његовог потпуног или делимичног опозива, при чему се може извршити физичким уништењем писмена у којем је садржана последња воља завештаоца (нпр. његовим спаљивањем или цепањем на комаде), али и уништавањем текста његове садржине (прецртавањем, те брисањем појединих речи, односно реченица).[39] Овај начин опозива постојаће и онда када завешталац на писмено стави ознаку да завештање више не важи,[40] као и када до његовог уништења дође случајно, чега је завешталац био свестан, а није предузео никакву радњу поводом тога.[41]

Иако Закон о наслеђивању Србије то не прописује изричито, владајуће је доктринарно становиште да сам акт уништења не мора бити предузет лично од стране завештаоца, већ да он може бити учињен и од стране трећег лица по завештаочевом налогу.[42] За пуноважност неформалног изричитог опозива, неопходно је постојање намере завештаоца да споменутим радњама

---

[37] Вид. чл. 176, ст. 3 ЗНС.

[38] Вид. пар. 721 ABGB, пар. 2255 BGB, чл. 510 ZGB, чл. 684 ГЗИ, чл. 742 ГЗШ, 7:42§ ГЗМ, чл. 1578 ГЗЧ, s. 20 Закона о завештању Енглеске, чл. 4:114 ГЗХ, чл. 117, ст. 2 ZNCG, чл. 64, ст. 2 ZNH, чл. 120, ст. 2 ZNFBiH, чл. 117, ст. 2 ЗНСМ и чл. 99, ст. 2 ZDS. Уништење својеручног, као писменог облика завештања, у пракси појединих законодавстава, такође се сматра начином његовог опозива. У том смислу, вид. Христо Тасев, *Българско наследствено право,* София 1993, 111; Francis Lefebvre (editions), *Successions et libéralités*, Régime juridique et fiscal, Nouvelle édition 2011, 343.

[39] У том смислу, вид. Slavko Marković, *Nasledno pravo u Jugoslaviji,* Beograd 1978, 245; Слободан Н. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије са судском праксом,* Крагујевац 2004, 383–384; Д. Живојиновић, 68.

[40] Вид. Д. Б. Ђурђевић, 197.

[41] Вид. S. Marković, 245.

[42] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 472; С. Н. Сворцан (2004), 384; Н. Стојановић (2011), 295; Д. Б. Ђурђевић, 197. У делу доктрине се сугерише да би по угледу на решења прихваћена у појединим државама САД-а, у циљу смањења могућности злоупотреба, уништење од стране трећег лица по налогу завештаоца било корисно условити захтевом за свесним присуством завештаоца за све време трајања ове радње. У том смислу, вид. Д. Живојиновић, 71.

одузме важност сачињеном завештању.[43] Било какво уништење завештања, учињено мимо знања и воље завештаоца, које доводи у питање његову аутентичност, неће производити дејство.[44]

Одредбом према којој уништењем доцније сачињеног завештања, раније завештање добија правну снагу, ако из околности не произлази нешто друго, односно, уколико завешталац није несумњиво ставио до знања да не жели да се његова заоставштина распореди према ранијем завештању, домаће законодавство на још један начин уређује однос ранијег и доцнијег завештања.[45] Оваква регулатива прихваћена је и у аустријском, словеначком, македонском и босанско-херцеговачком праву.[46] Недостатак споменутог решења огледа се у томе да је њиме уређено искључиво дејство неформалног изричитог опозива доцнијег завештања на оно које је раније сачињено. Узимајући притом у обзир чињеницу да регулом посвећеном пређутном формалном опозиву нису предвиђена конкретна правила која би требало применити у случају постојања више од два сачињена завештања, то се чини да је свеукупно посматрано, питању начина нормирања односа између више сачињених завештања, у српском праву требало приступити с више пажње. Стога би постојеће законско решење у циљу правне извесности и реализације слободе завештања, било целисходно изменити, те предвидети да у било ком случају опозива доцнијег завештања, дакле, независно од тога да ли се он врши на формалан или неформалан начин, раније завештање остаје на снази,[47] осим уколико завешталац није имао овакву намеру, као што је то примера ради, предвиђено у немачком, хрватском и црногорском праву.[48] [49] У доктрини се оправдано сугерише да би у овом случају, у циљу усагла-

[43] У том смислу, видети: О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 472; С. Н. Сворцан (2004), 384; Д. Живојиновић, 68; Н. Стојановић (2011), 295; Д. Б. Ђурђевић, 197.

[44] С обзиром да је код овог начина опозива завештања, могућност злоупотребе интензивирана, у појединим законодавствима common law система, кроз судску праксу су установљена посебна правила, чији је циљ смањење сумње у веродостојност предузимања материјалних радњи уништења од стране завештаоца. О њима, опширно видети код: Д. Живојиновић, 69–71.

[45] Вид. чл. 177, ст. 2 ЗНС.

[46] Вид. пар. 723 ABGB, чл. 101, ст. 2 ZDS, чл. 118, ст. 2 ЗНСМ и чл. 121, ст. 2 ZNFBiH.

[47] У том правцу, вид. О. Б Антић, З. М. Балиновац, 474; Dragica Živojinović, „Odnos prethodnog i potonjeg zaveštanja u slučaju opoziva", *Pravni život* 10/2010, 726; Т. Ђурђић–Милошевић, 242.

[48] Видети: пар. 2258, ст. 2 BGB, чл. 65, ст. 2 ZNH и чл. 118, ст. 2 ZNCG.

[49] Поред споменутих законодавстава, правило према којем у случају опозивања опозива долази до оснажења првобитно сачињеног завештања, прихваћено је и у осталим појединим европским порецима, као што су италијанско (чл. 681 ГЗИ), шпанско (чл. 739, ст. 2 ГЗШ) и чешко (чл. 1580 ГЗЧ). У руском праву, међутим, завештање које је у потпуности или делимично опозвано каснијим завештањем, не добија поново правну снагу, уколико је и ново завештање у потпуности или делимично опозвано (чл. 1130, ст. 2 ГКРФ). Ни у енглеском законодавству, опозивањем новог завештања којим је већ опозвано раније, не долази

шавања одредаба из домена завештајног наслеђивања, било потребно изменити и друго правило тумачења завештања, на начин према којем би у случају нејасне намере завештаоца, завештање требало тумачити у правцу који је повољнији за завештајне, а не законске наследнике, како је то предвиђено важећим наследноправним прописима.[50]

Према Закону о наслеђивању Србије, дејство опозива има и завештаочево располагање индивидуално одређеном завештаном ствари или правом.[51] Наиме, с обзиром на чињеницу да је завешталац титулар своје имовине који у погледу ње има слободу правног и фактичког располагања, то га већ сачињено завештање, посматрано са тог аспекта, не везује. Стога се отуђење индивидуално одређеног добра, теретним или доброчиним правним послом, у доктрини дефинише као неформални прећутан опозив завештања, односно испоруке,[52] који такође може бити потпун или делимичан. Исто дејство има и уништење завештаног добра као предмета испоруке.[53] Код овог вида опозива није потребно постојање намере завештаоца о одузимању важности одредби којом је завештано право на испоруку.[54] Постојање посебних правила о опозиву испоруке, као неформалном прећутном стављању ван снаге завештајних располагања, компаративно посматрано, не представља реткост. Она су прихваћена и у аустријском, швајцарском, француском, италијанском, бугарском, као и у правима свих земаља региона.[55]

## 4. СУДСКО СТАВЉАЊЕ ЗАВЕШТАЊА ВАН СНАГЕ

У праву Србије прихваћен је специфичан институт, који се заснива на претпостављеној вољи оставиоца,[56] чија примена доводи до дејстава идентичних оним која настају опозивом завештања учињеног од стране самог завештаоца.

---

до оснажења првог завештања. Уколико завешталац жели да првобитно сачињеном завештању поново да правну снагу, он за то има две могућности: да поново сачини такво завештање у прописаној форми или одговарајући додатак завештању у којем је јасно изражена таква његова намера (s. 22 Закона о завештању Енглеске).

[50] Вид. N. Stojanović (2012), 714–715; У том смислу, вид. и код: Д. Живојиновић (2010a), 67–68.

[51] Видети: чл. 178 ЗНС.

[52] Вид. S. Marković, 247; О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 475; Н. Стојановић (2011), 295; Д. Б. Ђурђевић, 197–198.

[53] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 475; N. Gavella, V. Belaj, 177. Супротно: Д. Б. Ђурђевић, 198.

[54] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 472.

[55] Вид. пар. 724, ст. 1 ABGB. чл. 511, ст. 2 ZGB, чл. 1038 CC, чл. 686 ГЗИ, чл. 41 ЗНБ, чл. 119 ZNCG, чл. 66 ZNH, чл. 122 ZNFBiH, чл. 119 ЗНСМ и чл. 102 ZDS.

[56] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 312.

Наиме, правило је да се постојање активне завештајне способности процењује у моменту сачињавања завештања, услед чега њен каснији губитак не утиче на пуноважност завештајних располагања.[57] Међутим, Закон о наслеђивању Србије предвиђа да завештање не мора произвести правно дејство, када се битно измене прилике које су у време његовог сачињавања представљале одлучујућу побуду за располагање, у ком случају суд на захтев заинтересованог лица, може ставити ван снаге цело завештање или његове поједине одредбе, уколико завешталац то није могао учинити због губитка способности за расуђивање.[58]

Примена споменуте одредбе допуштена је само изузетно, односно, онда када расподела заоставштине на начин који је предвиђен завештањем не би била у складу са принципом правичности.[59] У прилог наведеног, говори чињеница да је доношење овакве судске одлуке могуће искључиво под претпоставком испуњења строго дефинисаних услова, који су кумулативно одређени.

Они се огледају у губитку способности за расуђивање завештаоца, до које је дошло у периоду од сачињавања пуноважног завештања до момента отварања наслеђа, због чега он није био у могућности да сам изврши његов опозив, као и у битној измени околности, до чијег је наступања, такође дошло након састављања завештања. Према теоријским схватањима, примену ове одредбе не би требало дозволити услед привременог губитка способности за расуђивање, већ искључиво у ситуацији када је овакво стање завештаоца трајно, у прилог чега говори и сама законска одредба.[60] Притом, непостојање способности за расуђивање не мора бити праћено судском одлуком о потпуном или делимичном лишењу пословне способности.[61] Ипак, приликом процене испуњености овог услова, важно је напоменути да у погледу лица које је судском одлуком потпуно лишено пословне способности, важи необорива претпоставка да оно нема активну завештајну неспособност,[62] а тиме ни могућност да опозове завештање,[63] док је у случају постојања судске одлуке о делимичном лишењу пословне способности, овај услов испуњен уколико је њоме истовремено одређено да лице на које се она односи не може сачинити, а тиме ни опозвати завештање.[64] До стављања завештања ван

---

[57] Видети: чл. 80, ст. 1 ЗНС.

[58] Вид. чл. 80, ст. 2 ЗНС.

[59] Вид. Н. Стојановић (2011), 201–202.

[60] Вид. С. Н. Сворцан (2004), 197; Драгица Живојиновић, „Стављање завештања ван снаге у аустријском и српском праву", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 88/2020, 26–27.

[61] Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 316.

[62] Видети: Н. Стојановић (2011), 197; Д. Б. Ђурђевић, 122.

[63] Видети: О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 316.

[64] Видети: чл. 147, ст. 3 Породичног закона Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015) и чл. 40, ст. 3 Закона о ванпарничном поступку Србије (*Сл. гласник СРС*,

снаге одлуком суда може довести само измена оних прилика које су представљале одлучујући мотив за конкретно завештајно располагање, услед којих би и сам завешталац извршио њихов опозив да је имао способност за расуђивање.[65] Према доктринарним ставовима, природа те промене мора бити и објективна.[66] Најзад, завештање не може бити стављено ван снаге уколико је промена наведених околности завештаоцу била позната пре него што је дошло до губитка његове способности за расуђивање, услед чега је он и сам имао могућност да опозове своје располагање, коју, међутим, није реализовао.[67]

Да би из наведених разлога дошло до стављања завештања ван снаге, потребно је и да заинтересовано лице, под којим се сматра свако оно лице које би тиме побољшало своју наследноправну позицију, поднесе тужбу. Рок за њено подношење износи три године од момента проглашења завештања.[68]

## 5. ОСТАЛИ НАЧИНИ СТАВЉАЊА ЗАВЕШТАЊА ВАН СНАГЕ У САВРЕМЕНИМ ЕВРОПСКИМ ПРАВИМА

Наследноправни прописи одређеног броја европских права, завештаоцу пружају шире могућности путем којих он може реализовати своје право на опозив завештања. Тако, изричит опозив раније сачињеног завештања не мора нужно бити учињен путем сачињавања новог завештања. У бугарском праву, он је могућ и у форми посебног јавнобележничког акта, који мора садржати изричиту изјаву завештаоца да у потпуности опозива завештање или његове поједине одредбе.[69] У законодавству Француске, изричит опозив завештања којим се потпуно или делимично одузима важност одредби о

бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон). Видети и: Д. Живојиновић (2020), 27. О утицају губитка пословне способности на активну завештајну способност, детаљно видети: Наташа Стојановић, Зоран Ћирић, „Правни и психијатријски аспект завештајне способности", у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права,* свеска II, Ниш 2010, 45–78.

[65] У том смислу, вид. Д. Б. Ђурђевић, 124; Д. Живојиновић (2020), 27– 28.

[66] Према овом схватању, уколико се ради о примени наведене одредбе због промене у односима између завештаоца или лица због кога је завешталац располагао у нечију корист, с једне стране и пасивно легитимисаног лица, с друге стране „она не сме представљати резултат унутрашњих, апстрактних, од стране пасивно легитимисаног лица ничим изазваних завештаочевих доживљаја, већ то лице од момента сачињавања завештања до завештаочеве смрти мора учинити неки акт или нечињење које је битно супротно понашању због којег је располагано у његову корист". Вид. О. Б. Антић, З. М. Балиновац, 315.

[67] У том смислу, вид. Д. Б. Ђурђевић, 125.

[68] Вид. чл. 80, ст. 3 ЗНС.

[69] Вид. чл. 38 ЗНБ. Ипак, у доктрини се наводи да у практичном животу, до опозива најчешће долази у форми завештања, и то по правилу, у истој оној у којој је сачињена и ранија изјава последње воље. Вид. Х. Тасев, 109– 110.

испоруци,[70] такође се може манифестовати изјавом воље учињеном пред јавним бележником.[71] Ова могућност прихваћена је и у италијанском праву, у којем се изричит опозив раније сачињеног завештања или његових појединих одредаба може учинити личном изјавом пред јавним бележником, уз обавезно присуство два сведока.[72] У енглеском законодавству, до опозива завештања може доћи и на основу писмене изјаве завештаоца у намери да се оно изричито опозове, уз поштовање завештајних формалности.[73]

Опозивом завештања у упоредном праву сматра се и повлачење завештања из депозита на завештаочев захтев. Ово је случај у немачком праву, у којем се јавнобележничко и завештање сачињено пред председником општине, који су се налазили на службеном чувању, могу опозвати повлачењем исправе у којој су садржана ова завештајна располагања.[74] У чешком праву, опозваним се сматра свако јавно завештање које је лично завештаоцу на његов захтев, предато од стране овлашћеног лица.[75] С друге стране, у мађарском праву, дејство опозива има повлачење приватног завештања које је депоновано код јавног бележника.[76] Слична регулатива прихваћена је и у праву Холандије, у којем својеручно завештање депоновано код јавног бележника, завешталац може у било које време повући, уз услов да пред њим потпише исправу у којој признаје да му је завештање враћено. На овај начин, сачињено својеручно завештање сматраће се опозваним. Уколико се оно налазило на чувању код неког другог лица, а не код јавног бележника, исправа у којој се признаје враћање својеручног завештања мора бити сачињена у присуству тог лица, те два сведока и потписана, како од стране завештаоца, тако и од стране сведока и лица код кога се завештање налазило на чувању.[77]

У правима појединих земаља, из истог разлога којим је био руковођен и српски законодавац, а који се огледа у настојању надомешћивања завештаочеве воље, прихваћена је и могућност судског одузимања важности завештању, те престанка његових дејстава на основу законских одредаба. Тако,

---

[70] У француском праву, под испоруком се подразумева свако располагање добрима за случај смрти и то искључиво у форми завештања. Било које лице које завештањем добија таква добра, назива се испорукопримцем, што значи да се завештањем не могу именовати наследници. Вид. Наташа Стојановић, *Испорука у наследном праву,* докторска дисертација, Ниш 2001, 93.

[71] Вид. чл. 1035 СС.

[72] Вид. чл. 680 ГЗИ.

[73] Вид. s. 20 Закона о завештању Енглеске. О томе, вид. William Scarle Holdsworth, Charles William Vickers, *The law of succession,* New Jersey 2004, 57–59; Caroline Sawyer, *Succession, Wills & Probate*, Bristol 1995, 143.

[74] Вид. пар. 2256, ст. 1 BGB.

[75] Вид. пар. 1579, ст. 1 ГЗЧ.

[76] Вид. 7:44§ ГЗМ.

[77] Вид. чл. 4:113 у вези са чл. 4:103, ст. 1 ГЗХ.

у француском законодавству, суд има право да на захтев овлашћеног лица одузме важност одредби о испоруци услед неадекватног понашања, односно поступака испорукопримца, као лица у чију је корист располагано путем завештања, из таксативно набројаних разлога, који подразумевају: испољену незахвалност према завештаоцу (која подразумева и озбиљно вређање сећања на његову личност) или неизвршавање обавеза наложених завештањем.[78] У енглеском праву, закључењем брака или грађанског партнерства након сачињавања завештања, завештање ће се аутоматски сматрати опозваним у целини. Изузетак постоји у случају када из самог завештања произлази да је завешталац у време његовог сачињавања очекивао да ће ступити у брак, односно партнерство и имао је намеру да његово завештање не буде опозвано због тога.[79] Полазећи од претпостављене воље завештаоца,[80] значајан број савремених европских уређења, садрже решење према којем престанак брака има за последицу стављање ван снаге оних завештајних располагања која су учињена у корист бившег супружника. Овакву регулативу садрже немачко,[81] аустријско,[82] мађарско,[83] холандско,[84] хрватско[85], те босанско-херцеговачко право.[86] [87] Међутим, у циљу уважавања завештаочеве воље, до тога ни у једном од њих неће доћи: уколико се може претпоставити да би завешталац чак и у оваквом случају располагао у корист свог супружника, партнера или вереника (немачко право); када је завешталац изричито одредио

[78] Вид. чл. 1046 у вези са чл. 954–955 CC и чл. 1047 CC; Philippe Malaurie, Larent Aynés, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris 2010, 286–287; Anne-Marie Leroyer, *Droit des successions,* Éditions Dalloz – Paris 2011, 203–204.

[79] Вид. s. 18 и 18 B Закона о завештању Енглеске; Опширније вид. C. Sawyer, 130-135.

[80] У том смислу, вид. Д. Живојиновић (2010 а), 72.

[81] У немачком праву, ово правило се примењује и у случају завештајних располагања учињених у корист партнера из регистроване заједнице живота и вереника, у случају престанка партнерства, односно раскида веридбе пре завештаочеве смрти. Вид. пар. 2077 BGB у вези са пар. 10, ст. 5 Закона о регистрованом животном партнерству Немачке– LpartG (Lebenspartnerschaftsgesetz, BGBI. IS. 266, закључно са изменама и допунама из 2018. године, BGBI. I S. 2639), *https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg*, 12. септембар 2019. О наведеном, опширније вид. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Erbrecht,* München 2010, 127–128.

[82] У аустријском законодавству, ван снаге ће се ставити и она завештајна располагања која су учињена у корист партнера из регистроване или фактичке заједнице живота у случају њеног престанка пре смрти завештаоца. Вид. пар. 725, ст. 1 ABGB.

[83] Споменуто правило у законодавству Мађарске, односи се и на завештајна располагања учињена у корист партнера из регистроване заједнице живота која је престала до момента отварања наслеђа. Вид. 7:46 § ГЗМ.

[84] Вид. 4:52 ГЗХ.

[85] Вид. чл. 67 ZNH.

[86] Вид. чл. 123 ZNFBiH.

[87] У швајцарском праву, разведени супружник, такође, према изричитој законској одредби, не може стећи својство наследника по основу завештајних располагања која су сачињена пре него што је покренут поступак за развод брака. Вид. чл. 120, ст. 2 ZGB.

другачије (аустријско право); уколико је завештилац другачије одредио у изјави своје последње воље (хрватско, босанско-херцеговачко и холандско право); те када је из околности случаја очигледно било разумно очекивати помирење супружника, као и да је оставилац желео да завешта имовину у корист супружника (мађарско право).[88] У аустријском праву и неке друге промене у породичним односима завештаоца до којих је дошло након сачињавања завештања, као што су оспорен сродннички однос и поништење или опозив усвојења, чак и уколико до тога дође након отварања наслеђа, имају за последицу стављање ван снаге, у овом случају, оних завештајних располагања која су учињена у корист бивших сродника.[89] У складу са одредбом којом је предвиђено да се у случају када је оставилац имао децу или њихово потомство за чије постојање није знао у време сачињавања завештања претпоставља да је он желео да им остави извесну корист путем овог правног посла, у праву последње споменуте земље, егзистира и законска претпоставка о опозиву завештања, онда када је непознато дете његов једини потомак, осим уколико би завештилац сачинио завештање чак и да је знао за његово постојање.[90] Слична регулатива прихваћена је и у италијанском праву, у случају постојања или рођења детета, односно било ког потомка завештаоца, уколико завештилац у време сачињавања завештања није имао или није знао да има потомство.[91]

## 6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У реализацији права на опозив завештања, српско право несумњиво афирмише завештајну слободу, прихватајући, као што је то случај и у већини осталих савремених правних уређења, формални изричит и прећутан опозив, као и неформални изричит опозив завештања. Нормирана је и могућност неформалног прећутног стављања ван снаге завештајних располагања у смислу постојања посебних правила о опозиву испоруке, која компаративно посматрано, такође, не представљају реткост. Руководећи се хипотетичком вољом завештаоца, Законом о наслеђивању Србије прописана је и могућност судског стављања пуноважног завештања или појединих завештајних одредби ван снаге. Сврха ради које је прописан овај институт, као и сам начин

[88] О утицају престанка брака на завештање у упоредном праву, детаљно видети: Dragica Živojinović, „Prestanak braka i zaveštanje", *Pravni život* 11/2009, 835–838.

[89] Вид. пар. 725, ст. 1 ABGB. Вид: Wolfgang Zankl, *Lehr – und Praxishandbuch, Erbrecht,* Wien 2017, стр. 92–93; Bernhard Eccher, *Bürgerliches Recht, Band VI, Erbrecht,* Wien 2016, 74.

[90] Видети: пар. 775, ст. 2 ABGB. О конкретним недостацима регулативе посвећене стављању завештања ван снаге у аустријском праву, вид. Д. Живојиновић (2020), 30.

[91] Вид. чл. 687, ст. 1 ГЗИ.

његовог уређења прожет је принципом правичности, услед чега смо схватања да оправданост његовог постојања у домаћем правном систему не треба доводити у питање.

У упоредном праву, прихваћени су још неки начини стављања завештања ван снаге вољом самог завештаоца, као што су: опозив у форми јавнобележничког акта или писмене изјаве завештаоца, као и повлачење јавног или приватног завештања из депозита. У појединим правима, из законом предвиђених разлога, могуће је и судско одузимање важности завештајним располагањима. Својим значајем, компаративно посматрано, нарочито се издваја могућност стављања завештања или појединих завештајних располагања ван снаге на основу законских одредаба, у случају када су након његовог сачињавања наступиле одређене промене у породичним приликама завештаоца. Мишљења смо да би престанак брака, који и компаративно посматрано, представља најчешће прихваћен разлог стављања ван снаге оних завештајних располагања која су учињена у корист бившег супружика, у домаћем праву *de lege ferenda,* требало да има исти овакав утицај на њихов опстанак, посебно имајући у виду непостојање експлицитне законске одредбе посвећене овом питању. Оваквим решењем не би дошло до ограничења слободе накнадног чињења завештајних располагања у корист бившег супружника. Истовремено, избегла би се евентуална потреба за опозивањем завештања од стране завештаоца након престанка брака, али и за тумачењем његових одредаба, којем је, у случају да оно није опозвано, према постојећим наследноправним прописима, потребно приступити у циљу утврђивања праве намере завештаоца у погледу завештајних располагања учињених у корист бившег супружника.

У погледу постојећег нормативног уређења опозива завештања, корисним се чине и извесне корекције у погледу питања односа раније и доцније сачињеног завештања. У циљу правне сигурности, оне би требало да се огледају: у конкретизовању овог односа у случају више сачињених завештања; у измени важеће регулативе на начин према којем би сваким опозивом доцније сачињеног завештања, независно од његовог вида, раније завештање остајало на снази, осим у случају непостојања овакве намере завештаоца; као и у постојању законских одредаба којима би било експлицитно прописано да опозив извршен доцнијим завештањем задржава дејство, чак и када се оно из законом предвиђених разлога не може реализовати, као и да сачињавањем доцнијег завештања које није пуноважно долази до примене раније сачињеног пуноважног завештања.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


Антић Б. Оливер, Балиновац М. Зоран, *Коментар Закона о наслеђивању,* Београд 1996.

Brox Hans, Walker Wolf – Dietriech, *Erbrecht,* München 2010.

Gavella Nikola, Belaj Vlado, *Nasljedno pravo,* Zagreb 2008.

Ђурђевић Дејан, *Институције наследног права,* Београд 2015.

Ђурђић–Милошевић Тамара, *Ограничење слободе завештајних располагања*, докторска дисертација, Крагујевац 2018.

Eccher Bernhard, *Bürgerliches Recht, Band VI, Erbrecht*, Wien 2016.

Živojinović Dragica, „Prestanak braka i zaveštanje", *Pravni život* 11/2009.

Живојиновић Драгица, „Опозив завештања", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 56/2010.

Živojinović Dragica, „Odnos prethodnog i potonjeg zaveštanja u slučaju opoziva", *Pravni život* 10/2010.

Живојиновић Драгица, „Стављање завештања ван снаге у аустријском и српском праву", *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 88/2020.

Zankl Wolfgang, *Lehr – und Praxishandbuch, Erbrecht,* Wien 2017.

Kreč Milan, Pavić Đuro, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom,* Zagreb 1964.

Leroyer Anne-Marie, *Droit des successions,* Éditions Dalloz – Paris 2011.

Lefebvre Francis (editions), *Successions et libéralités*, Régime juridique et fiscal, Nouvelle édition 2011.

Malaurie Philippe, Aynés Laurent, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris 2010.

Marković Slavko, *Nasledno pravo u Jugoslaviji,* Beograd 1978.

Sawyer Caroline, *Succession, Wills & Probate*, Bristol 1995.

Сворцан Н. Слободан, *Коментар Закона о наслеђивању Србије са судском праксом*, Крагујевац 2004.

Сворцан Н. Слободан, *Наследно право,* Крагујевац 2009.

Стојановић Наташа, *Испорука у наследном праву,* докторска дисертација, Ниш 2001.

Стојановић Наташа, *Наследно право,* Ниш 2011.

Стојановић Наташа, Ћирић Зоран, „Правни и психијатријски аспект завештајне способности", у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права,* свеска II, Ниш, 2010.

Stojanović Nataša, „Gde su granice slobode zaveštajnih raspolaganja", *Pravni život* 10/2012.

Тасев Христо, *Българско наследствено право,* София 1993.

Holdsworth William Scarle, Vickers Charles William, *The law of succession,* New Jersey 2004.

Грађански законик Аустрије, *https://www.jusline.at/gesetz/abgb.*

Грађански законик Италије, *https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codice-Civile*.

Грађански законик Мађарске, *https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1300005.TV.*
Грађански законик Немачке, *http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html.*
Грађански законик Француске, *https:www.legifrance.gouv.fr.*
Грађански законик Холандије, *http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm.*
Грађански законик Чешке, *https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89#cast3.*
Грађански законик Швајцарске, *https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html.*
Грађански законик Шпаније, *https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf.*
Грађански кодекс Руске Федерације, *http://base.garant.ru/10164072.*
Закон о ванпарничном поступку Србије, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон.
Zakon o dedovanju Slovenije, *Ur. list SRS*, št. 15/1976, 23/1978; *Ur. list RS,* 13/1994, 40/1994 – odluka US, 117/2000 – odluka US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004, 31/2013 – odluka US и 63/2016.
Закон о завештању Енглеске, *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents.*
Закон о наслеђивању Бугарске, *https://lex.bg/laws/ldoc/2121542657.*
Закон о наслеђивању Северне Македоније, *Сл. весник на РМ*, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон.
Закон о наслеђивању Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015.
Zakon o nasljeđivanju u Federaciji Bosne i Hercegovine, *Sl. novine Federacije BiH,* бр. 80/2014 и 32/2019 – odluka US.
Zakon o nasljedjivanju Hrvatske, *Narodne novine*, br. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015 и 14/2019.
Zakon o nasljedjivanju Crne Gore, *Sl. list CG*, br. 74/2008 и 75/2017 – odluka US.
Закон о регистрованом животном партнерству Немачке, *https://www.gesetze-im-internet.de/lpartg.*
Породични закон Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

*Jelena Đ. Vidić Trninić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*jvidic@pf.uns.ac.rs*

## Revocation of Will and Judicial Proceedings for Declaring a Will Ineffective Under the Law on Inheritance of Serbia With Reference to Other Contemporary European Legal Systems

***Abstract:*** *In Serbian law, a valid will can be revoked based on the will of the testator, more precisely through the revocation of the will or based on a court decision. This paper analyzes the solutions of the Law on Inheritance of Serbia, dedicated to the mentioned ways of revoking a last will, and at the same time examines the legal regulation of that issue in other legal systems in Europe. The author finds that in the realization of the right to revoke a will, the legislation of Serbia undoubtedly affirms the freedom of will, and that in that respect, it is in principle harmonized with the legal solutions observed on European legal soil. In the aspect of the purpose for which it is prescribed, a special advantage of domestic regulation is the possibility of declaring a will ineffective through a court decision. The author further considers that certain solutions that can be found in comparative law, such as the possibility to invalidate testamentary dispositions made in favour of former spouse, could be accepted in Serbian inheritance law as well. Finally, according to the author, some existing legal solutions dedicated to the revocation of wills, need to be specified and completed de lege ferenda, in order to achieve legal certainty.*

***Keywords****: revocation of will, declaring a will ineffective, formal revocation, informal revocation, earlier will, later will.*

Датум пријема рада: 27.01.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 26.02.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 347.918:341.98
doi:10.5937/zrpfns55-29881

*Петар М. Ђунђић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*P.Djundic@pf.uns.ac.rs*

# КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ И ПРАВО ПРАВНОГ ЛИЦА ДА СЕ ЈАВИ КАО ТУЖИЛАЦ У АРБИТРАЖИ ПОД ОКРИЉЕМ ИКСИД*

***Сажетак**: Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (у даљем тексту: Центар или ИКСИД) основан је са циљем решавања спорова између страних улагача и држава пријема улагања. Због тога је за надлежност ratione personae арбитражног суда Центра од кључне важности утврдити ко се сматра страним улагачем, односно која лица имају активну легитимацију за покретање арбитраже на основу одредаба Вашингтонске конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: Конвенција). Када се као тужилац јавља правно лице, једно од питања које у арбитражној пракси изазива дебату односи се на значај контроле над правним лицем – у којој мери на надлежност арбитражног суда утиче чињеница да се тужилац налази под директном или индиректном контролом држављана тужене државе. У раду се поменути проблем разматра имајући у виду две групе случајева које Конвенција одвојено регулише. Прва се тиче ситуације када улогу тужиоца има правно лице које номинално припада другој држави уговорници Конвенције. Друга категорија случајева обухвата тужбе које подносе правна лица тужене државе под страном контролом.*

***Кључне речи**: ИКСИД, надлежност ratione personae, правна лица, критеријум контроле.*

---

* Рад је настао као резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови" чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

## 1. УВОД

Међународни центар за решавање инвестиционих спорова (енгл. *The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: Центар или ИКСИД) основан је Вашингтонском конвенцијом о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (у даљем тексту: Конвенција),[2] са циљем да се омогући „деполитизација" решавања спорова насталих поводом улагања између страних улагача, физичких и правних лица, с једне стране, и државе пријема улагања, са друге.[3] Конвенција је донета са идејом да елиминише потребу пружања дипломатске заштите улагачима који претрпе штету, како остваривање њихових права не би зависило од самовоље матичне државе и политичких обзира који неизоставно утичу на одлуку о томе да ли ће држава покренути механизам дипломатске заштите.[4] Такође, оснивање Центра је требало да странама у инвестиционим споровима обезбеди приступ неутралном форуму. У одсуству овакве могућности, правила међународног приватног права указују на надлежност судова државе пријема за решавање оваквих спорова, што је опција која, из различитих разлога,[5] није нарочито привлачна за страног улагача као тужиоца.

Центар данас пружа услуге администрирања арбитражних поступака који су најчешће покренути на основу одредаба двостраних или вишестраних међународних споразума о заштити улагања. Будући да Конвенција не садржи супстанцијалне одредбе о правима инвеститора, већ само установљава процедурални оквир за заштиту тих права, поменути споразуми чине материјалноправну основу поступања арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а. Када су у питању арбитраже на основу међународних споразума о заштити улагања, у последњих тридесет година до данас, ИКСИД је постао „водећа арбитражна институција за решавање међународних инвестиционих спорова у свету."[6] Према подацима којима располаже Конференције Уједињених нација за трговину и развој, од укупног броја познатих инвестицио-

---

[2] Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 2/2006.

[3] Вид. I. F.I. Shihata (Шихата), Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/1986, 1-25, 4.

[4] Вид. члан 27 Конвенције. Такође, C. Schreuer (Шројер), L. Malintoppi (Малинтопи), A. Reinisch (Рајниш), A. Sinclair (Синклер), *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Oxford, 2009, 415.

[5] Вероватно најважнији од тих разлога је перцепција о недостатку непристрасности националних судова када би требало да поступају у споровима у којима је тужена страна њихова држава. Вид. C. Schreuer, R. Dolzer (Долцер), *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford, 2012, 235.

[6] A. R. Parra (Пара), *The History of ICSID*, 2nd edition, Oxford, 2017, 268.

них спорова покренутих до 1. јануара 2020. године, готово две трећине је решено или се решава под окриљем Центра.[7]

Стабилна потражња за услугама које нуди ИКСИД као организација скреће пажњу на значајно питање активне легитимације за покретање арбитражног поступка. Питање ко може да се јави као тужилац пред арбитражним судом Центра је питање надлежности *ratione personae* које је регулисано одредбама Конвенције. Ноторна је чињеница, наиме, да арбитражни судови ИКСИД-а не представљају судове опште надлежности. Њихова надлежност зависи од постојања пристанка страна у спору који мора бити изражен писмено. Међутим, споразум страна да изнесу свој спор пред арбитражни суд не може, сам по себи, да доведе до заснивања надлежности Центра. Другим речима, поред тога што инсистира на постојању надлежности *ratione voluntatis*, Конвенција регулише стварну и персоналну надлежност ИКСИД-а: спор који се пред њега износи мора пристицати директно из улагања и мора бити спор између државе уговорнице и држављанина друге државе уговорнице.[8]

Овај рад је посвећен једном сегменту надлежности *ratione personae* арбитражног суда ИКСИД-а. У њему се обрађују случајеви у којима се као тужиоци појављују правна лица (привредна друштва). Рад се посебно бави питањем значаја који за одлучивање о надлежности има чињеница да је привредно друштво – тужилац, иако формално има припадност друге државе уговорнице, путем власништва над капиталом или на други начин, под контролом физичких или правних лица неке друге државе. Конкретније, рад се посебно концентрише на две групе случајева који су се до сада показали контроверзним у пракси арбитражних судова Центра. Прва обухвата спорове који покрећу привредна друштва која су држављани друге државе уговорнице, али се налазе под контролом физичких или правних лица тужене државе (државе пријема улагања). Друга група случајева тиче се права друштва државе пријема улагања да тужи сопствену државу, под условом да се налази под страном контролом.

Пре упуштања у анализу наведених питања, потребно је укратко се осврнути на одредбе Конвенције које говоре о надлежности *ratione personae* и, посебно, на начине утврђивања држављанства правног лица које ове одредбе користи као критеријум за надлежност.

---

[7] Од 1023 позната спора покренута на основу одредаба неког од међународних споразума о заштити улагања, закључно са 31. децембром 2019. године, 630 спорова је решено или се тренутно решава под окриљем Центра. Вид. UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, доступно на: https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement.

[8] Члан 25 став 1 Конвенције.

## 2. НАДЛЕЖНОСТ *RATIONE PERSONAE* ПРЕМА ЧЛАНУ 25 КОНВЕНЦИЈЕ

Као што је претходно наведено, Центар има надлежност за решавање правних спорова проистеклих директно из улагања који се јављају између државе уговорнице и *држављанина друге државе уговорнице*.[9]

Члан 25 у ставу 2 дефинише појам држављанина друге државе уговорнице и то чини разликујући физичка и правна лица. Када су у питању физичка лица, појам подразумева лице које је имало држављанство државе уговорнице, изузев државе уговорнице која је страна у спору, на дан када су се стране у спору сагласиле да спор изнесу пред арбитражу и на дан када је захтев за покретање арбитраже регистрован у смислу члана 36 став 3 Конвенције, али не обухвата физичка лица која су, на било који од ових датума, поред држављанства друге државе уговорнице имала и држављанство државе уговорнице која је стрна у спору (тужене државе).[10]

Када је у питању држављанство правних лица, одредба о персоналној надлежности фактички садржи два правила. Прво, држављанином друге државе уговорнице се сматра свако правно лице које је, на дан када су се стране у спору сагласиле да изнесу спор на арбитражу, имало *држављанство било које државе уговорнице осим државе уговорнице која је страна у спору*. Друго, под држављанином друге државе уговорнице подразумева се и правно лице које је у релевантном тренутку имало држављанство државе која је страна у спору, уколико су се стране у спору, *због стране контроле која над тим лицем постоји, сагласиле да га сматрају држављанином друге државе уговорнице* за потребе Конвенције.[11]

Према томе, „држављанин друге државе уговорнице" у смислу поменутих одредаба, може да буде правно лице које има припадност државе уговорнице која није тужена држава, али и локално правно лице – лице које има припадност државе против које је поступак покренут – под условом да су се тужилац и тужена држава сагласили да се ово лице сматра држављанином друге државе уговорнице, због тога што се налази под страном контролом.

Наравно, од кључне важности за надлежност арбитражног суда Центра је и како се одређује држављанство (припадност) правног лица. Конвенција у овом погледу не садржи решење. Чињеница да се Конвенција не изјашњава у погледу критеријума за утврђивање припадности правних лица, тумачи се као остављање простора државама уговорницама да слободно одређују

[9] Члан 25 став 1 Конвенције.
[10] Члан 25 став 2 тачка (а) Конвенције.
[11] Члан 25 став 2 тачка (б) Конвенције.

које ће се привредно друштво сматрати њиховим правним лицем и да се о томе слободно споразумевају.[12] Такав споразум (значење појма држављанства правног лица) утврђује се у инструменту који садржи пристанак страна у спору на арбитражу, као што су уговор закључен са улагачем, национално законодавство државе пријема или међународни споразум о заштити улагања.[13] У доктрини се помињу три критеријума које међународно право узима као релевантне за утврђивање везе између привредних друштава (правних лица) и државе: место оснивања, стварно седиште (центар управљања) и контрола над друштвом.[14] Прва два критеријума (место оснивања и стварно седиште), односно њихова комбинација, се најчешће користе у двостраним и вишестраним споразумима о заштити улагања.[15] Исти је случај са двостраним споразумима о заштити улагања које је закључила Србија, мада се међу овим споразумима могу пронаћи и такви који дефинишу појам улагача на основу критеријума контроле, тј. као улагача друге државе уговорнице третирају и домаће правно лице (правно лице државе пријема улагања) када се оно налази под контролом физичких или правних лица друге државе уговорнице.[16]

Дефиниција припадности (држављанства) правног лица у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу је кључна за надлежност арбитражног суда Центра. Она је део правног оквира који подразумева подвргавање државе пријема улагања надлежности ИКСИД-а и директно је релевантна за оцену да ли су испуњени услови за успостављање надлежности на основу Конвенције.[17] Ако се, на пример, као тужилац у арбитражи јавља правно лице основано у другој држави уговорници, при чему је двостраним споразумом о заштити улагања дефинисано да се инвеститором сматра правно лице основано према прописима друге државе уговорнице, тужилац има припадност друге државе уговорнице у смислу члана 25 став 2 тачка б

[12] Вид. A. Sinclair, ICSID's Nationality Requirement, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/2008, 57-118, 87.

[13] Вид. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/12/35), Final Award, 31 May 2017, параграф 266.

[14] Вид. J. Crawford (Крофорд), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford, 2019, 512; C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit*., 279; C. Brown (Браун), A. Rahman (Рахман), Chapter 5: Juridical Persons and Requirements of the ICSID Convention, у књизи: C. Baltag (Балтаг), *ICSID Convention After 50 Years*, Alphen aan den Rijn, 2016, 166; K. Yannaca-Small (Јанака-Смол), Who is Entitled to Claim?: The Definition of Nationality in Investment Arbitration, у књизи: K. Yanacca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd Edition, Oxford, 2018, 10.38.

[15] K. Yannaca-Small, *op. cit*., 10.38.

[16] Вид. о томе код M. Stanivuković, ICSID i dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, у књизи: V. Rakić Vodinelić, G. Knežević (ured.), *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, 583-602.

[17] C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit*., 287.

Конвенције, те би питање његове активне легитимације требало да буде решено. У таквом случају, ако критеријум контроле није садржан у двостраном споразуму који је јурисдикциона основа арбитраже, питање ко су физичка или правна лица која контролишу тужиоца је, начелно посматрано, ирелевантно за утврђивање надлежности. Ипак, то до сада није спречавало државе пријема улагања да износе тврдњу како је, за потребе одлучивања о постојању персоналне надлежности арбитражног суда ИКСИД-а, неопходно утврдити „стварну" државну припадност тужиоца. Ово се посебно односи на ситуације, не тако ретке у арбитражној пракси, у којима се као тужилац појављује правно лице које је основано и има седиште у иностранству, али се налази под контролом држављана државе пријема улагања.

## 3. КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ КАДА ЈЕ ТУЖИЛАЦ ПРАВНО ЛИЦЕ КОЈЕ ПРИПАДА ДРУГОЈ ДРЖАВИ УГОВОРНИЦИ

Када се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра јавља правно лице које номинално има припадност друге државе уговорнице, при чему то правно лице (преко власништва над капиталом или на други начин) контролишу држављани тужене државе, арбитражни судови се редовно сусрећу са приговором ненадлежности који у свом средишту има аргумент заснован на предмету и циљу Конвенције: Конвенција није замишљена као инструмент који би држављанима државе пријема требало да омогући да индиректно туже сопствену државу.

Најважнија арбитражна одлука у овом контексту је донета у предмету Токиос Токелес против Украјине (*Tokios Tokeles v. Ukraine*).[18] Као тужилац у овом спору јавило се литванско акционарско друштво које је тврдило да је Украјина повредила двострани споразум о заштити улагања између Литваније и Украјине (1994), тако што је предузела низ мера којима је нанета штета зависном друштву тужиоца основаном у Украјини. Специфичност овог спора се налазила у вези између тужиоца и Украјине. Мада је литванско акционарско друштво било основано у Литванији и у складу са њеним прописима, два од три акционара друштва су били украјински држављани који су заједно држали чак 99 процената акција тужиоца.[19] Такође, две трећине менаџмента тужиоца су чинили украјински држављани.[20] Споразум на основу којег је покренута арбитража дефинисао је појам литванског инвеститора,

[18] *Tokios Tokeles v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), Decision on Jurisdiction, April 29, 2004.

[19] *Ibid*., пасус 21.

[20] *Ibid*.

између осталог, као правно лице основано на територији Литваније, у складу са њеним прописима.[21]

Главни аргумент Украјине у овом случају је био да би прихватање надлежности суштински значило да се украјинским држављанима дозвољава покретање међународне арбитраже против сопствене државе, у супротности са предметом и циљем Конвенције.[22] Због тога је Украјина затражила од арбитражног већа да „пробије правну личност" тужиоца, да занемари чињеницу да је тужилац основан у Литванији, те да утврди његову припадност имајући у виду држављанство већинских акционара и држављанство чланова менаџмента.[23] Другим речима, Украјина је заправо од арбитражног суда захтевала да утврди стварно и ефективно држављанство тужиоца.

Арбитражно веће је, већином гласова, одбило приговор тужене државе. Образложење овакве одлуке је било засновано на два главна аргумента. Прво, Конвенција не одређује које правно лице се има сматрати правним лицем друге државе уговорнице, већ државама уговорницама даје широка овлашћења да слободно утврде критеријуме за дефинисање припадности правних лица.[24] Друго, Украјина и Литванија су то учиниле у свом двостраном споразуму о заштити улагања, тако што су утврдиле да се правним лицем друге државе уговорнице сматра свако лице основано на њеној територији, у складу са прописима ове државе. Тумачећи наведену одредбу у складу са уобичајеним смислом употребљених израза и у светлу предмета и циља двостраног споразума о заштити улагања, арбитражни суд је закључио да је тужилац литванско правно лице.[25] Позивајући се на преамбулу споразума између Украјине и Литваније, арбитражно веће је изнело став да је циљ овог споразума да пружи широку заштиту инвеститорима из ових земаља, те да би увођење теста контроле, како је то предлагала тужена држава, неоправдано сузило ту заштиту.[26] Државе уговорнице су имале могућност да искључе пружање заштите на основу наведеног споразума правним лицима која контролишу држављани државе пријема, тако што би предвиделе другачију дефиницију инвеститора или унеле у споразум клаузулу о ускраћивању погодности, али то нису учиниле.[27] Према схватању већине у арбитражном већу, није задатак арбитражних судова да наметну ограничења у погледу

[21] *Ibid.,* пасус 18.

[22] *Ibid*., пасус 22.

[23] *Ibid.*

[24] *Ibid*., пасуси 24-26.

[25] *Ibid*., пасуси 27-29.

[26] *Ibid*.,, пасуси 31,32.

[27] *Ibid*., пасуси 30, 36. За појам клаузуле о ускраћивању погодности у споразумима о заштити и подстицању улагања види П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том LIII, бр. 3/2019, 933-954.

домашаја двостраних споразума о заштити улагања када се таква ограничења не налазе у њиховом тексту.[28]

У образложењу одлуке о надлежности у предмету Токиос Токелес против Украјине се такође истиче да је одредба двостраног споразума о заштити улагања између Украјине и Литваније која дефинише припадност правних лица државама уговорницама према критеријуму места оснивања, у складу са Конвенцијом.[29] Значајно је и гледиште у погледу односа између два правила присутна у одредби члана 25 став 2 тачка (б) Конвенције – правило које дозвољава да се као тужилац јави и правно лице државе пријема улагања, због тога што се налази под страном контролом, према схватању већине у арбитражном већу, служи томе да се прошири а не сузи надлежност Центра. Другим речима, критеријум контроле који поменута одредба користи не може се користити да се ускрати активна легитимација привредном друштву друге државе уговорнице, већ само да би се оваква легитимација дала привредном друштву државе пријема.[30]

Одлука у овом предмету ипак дозвољава могућност да дође до пробијања корпоративног вела у специфичним случајевима – чињеница да је тужилац литванско привредно друштво могла би се занемарити приликом одлучивања о надлежности ако би се доказало да је оно основано као средство преваре или друге врсте злоупотребе правне личности, за шта у конкретном случају није било доказа.[31] Из образложења одлуке се може закључити да би, према гледишту већине арбитара, једна од таквих злоупотреба била оснивање тужиоца са циљем да се обезбеди приступ арбитражи под окриљем ИКСИД-а.[32]

Аргументацију изнету у образложењу одлуке у овом спору, у годинама које су уследиле, прихватио је значајан број арбитражних судова који су деловали под окриљем Центра.[33] Због тога се може закључити како је доминантно схватање у арбитражној пракси данас да критеријум контроле, ако

[28] *Tokios Tokeles v. Ukraine*, пасус 36.

[29] *Ibid.,* пасус 42.

[30] *Ibid.*, парсуси 44-51.

[31] *Ibid.,* пасуси 53-56. Образложење одлуке садржи, у овом делу, позивање на критеријуме које је утврдио Међународни суд правде у предмету *Barcelona Traction* (*Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3).

[32] *Tokios Tokeles v. Ukraine*, пасус 56. Међутим, тужилац је био основан шест година пре него што је двострани споразум о заштити улагања између Украјине и Литваније ступио на снагу, чиме је била искључена могућност постојања овакве злоупотребе. *Ibid.*

[33] Вид., на пример, *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/03/16), Award of the Tribunal, 2 October 2006, пасуси 355-360; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008, пасуси 82, 83, 92, 93; *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/09/8), Award, 17 October 2013, пасуси 135-138. Вид., такође, M. Stanivuković, Domaći

није предвиђен као релавантан у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу, не лишава страно правно лице активне легитимације у арбитражи под окриљем ИКСИД-а.

Одлука у спору Токиос Токелес против Украјине је праћена убедљивим издвојеним мишљењем председавајућег арбитра, Проспера Вејла (*Prosper Weil)*.[34] Издвојено мишљење садржи критику одлуке коју је донела већина по више основа. Председавајући арбитар је истакао да је арбитражно веће примарно морало да утврди да ли су у овом случају били испуњени услови за прихватање надлежности према Конвенцији, у складу са општеприхваћеним схватањем да Конвенција утврђује „спољашње границе" надлежности Центра које стране у спору не могу прекорачити. Када двострани споразум о заштити улагања садржи пристанак страна у спору на арбитражу, овај инструмент може да утврди надлежност и овлашћења арбитражног суда Центра само у границама које су утврђене Конвенцијом.[35] Због тога је, према схватању арбитра Вејла, арбитражно веће прво морало да испита да ли се спор налази у границама утврђеним Конвенцијом, а тек ако закључи да је овај услов испуњен, да се окрене испитивању да ли постоји надлежност и на основу двостраног споразума између Украјине и Литваније.[36]

Издвојено мишљење се не осврће на питање да ли надлежност постоји на основу споразума између Украјијне и Литваније, будући да се у његовом средишту налази став да није испуњен претходни услов за ову анализу – спор не спада у домашај Конвенције. Чињеница да Конвенција не садржи критеријуме за одређивање припадности правног лица не значи да су Украјина и Литванија биле апсолутно слободне приликом избора ових критеријума, с обзиром на то да уговорнице не могу проширити надлежност Центра изван граница утврђених Конвенцијом.[37] Те границе је могуће утврдити тумачењем одредаба Конвенције, у светлу њеног предмета и циља.[38] Циљ Конвецније је да обезбеди заштиту страним улагањима, односно улагањима која подразумевају кретање капитала преко државних граница. У средишту неслагања арбитра Вејла са гледиштем већине се налази став да ИКСИД механизам није намењен заштити улагања домаћих држављана у сопственој држави, спроведеног уз коришћење домаћег капитала, без обзира на то што је улагање реализовано преко страног правног лица.[39] Порекло капитала је

ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, Vol. 9, No. 33, 127-143, 134-139.

[34] Prosper Weil, *Dissenting Opinion*, 29 April 2004.

[35] *Ibid.,* пасус 13.

[36] *Ibid.,* пасус 14.

[37] *Ibid*., пасус 16.

[38] *Ibid.,* пасус 19.

[39] *Ibid*.

кључно за дефинисање улагања као страног[40] а Конвенција се не може примењивати на инвестиционе спорове између Украјине и украјинског инвеститора.[41]

За тему овог рада значајан је став који се у издвојеном мишљењу истиче у погледу домашаја критеријума стране контроле из члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције. Наиме, према гледишту арбитра Вејла, погрешан је закључак већине да овај критеријум може да служи једино проширивању надлежности арбитражног суда, у ситуацији када се приступ Центру омогућује правним лицима тужене државе која се налазе под страном контролом. Вејл износи мишљење да је циљ ове одредбе пружање заштите улагањима која су по својој истинској природи страна, уз одбацивање формалности које овакав карактер прикривају (чињенице да је улагање извршено преко привредног друштва које номинално има припадност државе пријема). Узимајући у обзир предмет и циљ Конвенције, исти начин размишљања који подразумева предност економске реалности у односу на правну структуру улагања је требало применити како би се тужиоцу ускратио статус страног улагача у Украјини: улагање које су у Украјини реализовали украјински држављани, коришћењем украјинског капитала – иако је било извршено преко литванског привредног друштва – не може уживати заштиту ИКСИД механизма.[42]

Након доношења одлуке о надлежности у предмету Токиос Токелес против Украјине, тужене државе су често користиле издвојено мишљење арбитра Вејла као аргумент приликом оспоравања надлежности у околностима сличним онима у поменутом спору. Такви приговори нису, међутим, имали много успеха.[43] Ово мишљење – посебно у делу који се односи на страно порекло капитала као услов за постојање надлежности – постало је, како се у литератури наводи, симбол „вечито мањинске позиције."[44]

Ипак, стално инсистирање држава пријема на томе да арбитражни судови немају надлежност да поступају када је формално страно правно лице под контролом њихових држављана, чини расправу о овом питању још увек отвореном у арбитражној пракси. Потврда ове тврдње појавила се у облику арбитражне одлуке у предмету Веноклим против Венецуеле (*Venoklim v. Venezuela*).[45] У овом спору је арбитражно веће (поново одлуком донетом ве-

---

[40] *Ibid.,* пара. 20.

[41] *Ibid.,* пара. 21.

[42] *Ibid.,* пара. 23.

[43] C. Mclachlan (Меклахлан), L. Shore (Шор) et al., *International Investment Arbitration (Substantive Principles),* 2nd edition, Oxford, 2017, 5.111. Вид., такође, *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia* (ICSID Case No. ARB/17/2), Decision on Jurisdiction, 30 November 2018, пасуси 157, 173.

[44] C. Mclachlan, L. Shore et al., *op. cit.,* 5.120.

[45] *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/12/22), Award of the Tribunal, 3 April 2015. Одлука је донета у оригиналу на шпанском језику.

ћином гласова) закључило да нема надлежност да одлучује о тужби привредног друштва основаног у Холандији, због чињенице да је тужилац индиректно био у стопостотном власништву више држављана и правних лица из Венецуеле.

Веноклим је поднео тужбу на основу Закона Венецуеле о промоцији и заштити инвестиција (1999), због наводне експропријације имовине пет његових зависних друштава од стране тужене државе. Члан 22 овог закона је предвиђао да спор између страног инвеститора, са чијом државом порекла је Венецуела закључила међународни уговор о заштити и подстицању улагања, може бити решаван у међународној арбитражи, под условима предвиђеним у датом споразуму. Тужилац се због тога позвао и на члан 9 двостраног споразума о заштити улагања између Холандије и Венецуеле који је садржао клаузулу о надлежности арбитражног суда Центра у случају спора поводом повреде споразума. Арбитражни суд је, међутим, закључио да поменути споразум не може представљати самосталну основу надлежности овог суда, односно да тужилац претходно мора да докаже да има статус „страног инвеститора" на основу Закона. Према схватању арбитражног суда, тужилац није испуњавао овај услов, будући да је било у питању холандско друштво под ефективном контролом држављана Венецуеле.[46]

Иако је поменути закључак био довољан за одлуку о одбијању надлежности, образложење одлуке се осврће и на питање да ли је Веноклим правно лице друге државе уговорнице, у смислу члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције. У том погледу одлука у потпуности прихвата тумачење дато у издвојеном мишљењу арбитра Вејла у предмету Токиос Токелес против Украјине – да је Конвенција намењена решавању спорова између држава и страних (а не домаћих) улагача, те да би третирање тужиоца у овом случају као страног улагача због чињенице да је у питању друштво основано у Холандији, упркос чињеници да се налази у својини и под контролом држављана Венецуеле, било супротно циљу Конвенције.[47]

Одлука донета у предмету Веноклим против Венецуеле представља значајно одступање од праксе других арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а у погледу значаја критеријума контроле када се као тужилац јавља правно лице основано у иностранству. Међутим, док је поједини аутори виде једноставно као аномалију у иначе хармонизованој пракси,[48] други (укључујући ту и угледне арбитре), схватају је као потврду да је дебата покренута

[46] Наведено према: C. Soule (Соул), The ICSID Convention and nationals of another contracting State that are owned by nationals of the respondent State: back to basics, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 48/2015, 39-58, 40, 41.

[47] Наведено према: L. Bastin (Бастин), A. Lee (Ли), Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, *The American Journal of International Law*, 4/2015, 858-865, 861.

[48] C. Brown, A. Rahman, *op. cit*., 183.

одлуком већине у Токиос Токелес против Украјине још увек „жива и здрава.”[49] У међувремену, уговорна пракса појединих држава показује да су оне разумеле последице „рестриктивног тумачења”[50] одредби о припадности правних лица из инструмената који садрже пристанак државе на арбитражу – ако држава пропусти да исходује уношење критеријума контроле у овај инструмент, може очекивати да ће се суочити са тужбама правних лица која су само формално страна.[51]

## 4. КРИТЕРИЈУМ КОНТРОЛЕ КАДА ЈЕ ТУЖИЛАЦ ПРАВНО ЛИЦЕ ДРЖАВЕ ПРИЈЕМА УЛАГАЊА

Као што је претходно објашњено, Конвенција садржи изузетак у погледу правила да се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра може јавити само правно лице које припада другој држави уговорници – приступ арбитражи је дозвољен и привредном друштву државе пријема, под условом да су стране у спору споразумеле да ово друштво, због стране контроле, сматрају правним лицем друге државе уговорнице у сврху примене Конвенције.[52] Ово решење чини значајан изузетак у односу на правило да Конвенција није намењена решавању спорова између држава и њених држављана и засновано је на прихватању економске реалности да се страна улагања често реализују преко привредних друштава основаних у држави пријема.[53] Прописи многих држава захтевају оснивање локалних друштава ради реализације улагања,

---

[49] P. Tercier (Терсије), N. T. Thang (Танг), Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)’, у књизи: M. Kinnear (Кинер) , Geraldine R. Fischer (Фишер), et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015, 151.

[50] *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/5), Award, 19 December 2008, пасус 145. Арбитражни суд је коментарисао тумачење првог дела одредбе члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције (правило које дозвољава успостављање надлежности у случају када се као тужиоци јављају правна лица која припадају другој држави уговорници) у Токиос Токелес против Украјине и сугерисао да оно подразумева да арбитражни суд увек мора да прихвати „формалну припадност” правног лица, те да „...се такво строго језичко тумачење може чинити супротним здравом разуму у неким случајевима, посебно када таква формална припадност обухвата привредна друштва којса су, директно или индиректно, под контролом држављана државе пријема.”

[51] Вид. Модел Споразума о Републике Србије о узајамном подстицању и заштити улагања (2014), члан 1 став 2 тачка (ц) – статус улагача државе уговорнице даје се правном лицу које је основано или на други начин организовано према прописима те држава и има своје седиште и значајну пословну активност на територији те државе, *под условом да ово лице није, директно или индиректно, у већинском власништву држављана друге државе уговорнице*.

[52] Члан 25 став 2 тачка (б) Конвенције.

[53] C. Brown, A. Rahman, *op. cit*., 173.

при чему ова друштва, у одсуству изузетка о којем је реч, не би имала право приступа арбитражном суду Центра.[54] Такође, покретање поступка од стране друштва државе пријема против ове државе омогућује да евентуална накнада због повреде његових права буде исплаћена директно овом привредном друштву, чиме се штите интереси осталих власника удела (акција) у локалном друштву, али и интереси његових поверилаца којима се пружа могућност да наплате своја потраживања из износа добијене накнаде.[55]

На основу ове одредбе је јасно да постоје два услова да би локално привредно друштво стекло активну легитимацију у арбитражи под окриљем ИКСИД-а: мора постојати *споразум страна у спору* о томе да друштво има припадност друге државе уговорнице и локално друштво мора бити *под страном контролом*.

Први услов се у правној литератури назива и субјективним тестом.[56] Уколико овакав споразум не постоји, надлежност ИКСИД-а не може бити успостављена. Секретаријат ИКСИД-а је у прошлости одбијао да региструје захтеве за арбитражу када подносиоци нису били у стању да укажу на постојање споразума.[57] Са друге стране, Конвенција не захтева да споразум о припадности локалног друштва буде закључен у посебној форми.[58] Такође, споразум не мора да садржи изричито означавање тужиоца као друштва друге државе уговорнице Конвенције, ако из околности случаја проистиче јасна намера државе пријема улагања да локално друштво третира као страног улагача. У старијој арбитражној пракси постоје примери за то да су арбитражни судови закључили да овакав споразум постоји на основу чињенице да је држава пријема закључила са локалним друштвом уговор у којем је била садржана арбитражна клаузула у корист ИКСИД-а.[59] Ако је тужена држава дала свој пристанак на арбитражу унапред, на основу двостраног или вишестраног споразума о заштити улагања са државом порекла инве-

[54] B. Sabahi (Сабахи), N. Rubins (Рубинс) et al., *Investor – State Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 2019, 11.37.

[55] Вид. O. G. Repousis (Репоусис), Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of „Foreign Control", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2/2016, 327-349, 332.

[56] C. Mclachlan, L. Shore et al, *op. cit*., 5.136.

[57] C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit*., 299.

[58] *Ibid.*

[59] Вид. *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Award, 31 March 1986, пасус 28 – арбитражни суд износи гледиште да када држава уговорница закључи уговор са привредним друштвом које има њену државну припадност, при чему уговор садржи арбитражну клаузулу у корист ИКСИД-а, то чини са знањем да ће арбитражна клаузула производити дејство само ако се ова држава сагласила да привредно друштво сматра друштвом друге државе уговорнице, те би тада требало узети да је тужена држава дала овакву сагласност тиме што је пристала на уношење овакве арбитражне клаузуле у уговор.

ститора, споразум о томе да се локално друштво сматра друштвом друге државе уговорнице може бити садржан у поменутим изворима. При томе, такви споразуми најчешће изричито наглашавају да се сагласност пружа „у складу са чланом 25 (2) (б) ИКСИД Конвенције."[60]

Други услов је објективног карактера – споразум о томе да се локално друштво сматра страним је могућ „*због стране контроле*." Ова одредба спречава да се као тужилац јави домаће друштво које није заиста под страном контролом. Арбитражна одлука која је врло значајна за тумачење овог објективног услова донета је у предмету Вакум Салт против Гане (*Vacuum Salt v. Ghana*). Спор је покренуло локално друштво због наводне експропријације права из уговора који се односио на изградњу постројења за експлоатацију рудника и производњу соли.[61] Уговор је садржао арбитражну клаузулу која је предвиђала надлежност Центра у случају спора, а тужилац је тврдио да је, иако основано према прописима Гане, привредно друштво под контролом држављанина Грчке.[62] Арбитражни суд је прво закључио да уговорна клаузула о решавању спорова у корист ИКСИД-а представља довољан доказ о постојању споразума да се тужилац сматра држављанином друге државе уговорнице у смислу Конвенције.[63] Међутим, постојање споразума није, само по себи, довољно за успостављање надлежности Центра – услов постојања стране контроле успоставља објективне границе надлежности Центра изван којих она не може постојати, без обзира на жеље страна у спору. Стране у спору не могу одлучити да било које локално друштво сматрају страним, већ је то могуће само „због стране контроле." Према мишљењу арбитражног већа, споразум страна у спору успоставља оборив претпоставку постојања стране контроле, али таква контрола мора објективно постојати.[64]

Примењујући овакво схватање на чињенице случаја, арбитражни суд је закључио да грчки држављанин који је поседовао удео од 20 процената у привредном друштву није заиста њиме и управљао, већ да је његова улога примарно била да пружа техничку експертизу у обављању делатности друштва. Због тога је нашао да не постоји страна контрола која би оправдала схватање да је Вакум Салт привредно друштво друге државе уговорнице.[65]

---

[60] Споразум између Савезне владе СРЈ и Владе Републике Словеније о узајамном подстицању и заштити улагања (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр. 6/2004), члан 10 став 5. Вид. M. Stanivuković, *op. cit*. Такође, Споразум о подстицању и узајамној заштити улагања између Савезне Републике Југославије и Краљевине Холандије (Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 12/2002), члан 9 став 6.

[61] *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana* (ICSID Case No. ARB/92/1), Award, 16 February 1994, пасус 2.

[62] *Ibid*.

[63] *Ibid.,* пасус 31.

[64] *Ibid*., пасуси 36-38.

[65] *Ibid.,* пасуси 53, 54.

Одлука донета у поменутом спору представља темељ успостављања тзв. објективног теста стране контроле који, уз мања одступања,[66] примењује већина арбитражних судова под окриљем ИКСИД-а све до данашњег дана.[67] Међутим, она је значајна и због тога што покреће још једно питање од велике практичне важности: на који начин се манифестује страна контрола? У образложењу одлуке у предмету Вакум Салт усваја се схватање да је начин на који се контрола остварује фактичко питање које се разматра у светлу околности сваког појединачног случаја.[68] Према овом схватању, страна контрола не захтева тачно дефинисани проценат удела у капиталу друштва, већ може зависити и од других фактора као што су структура менаџмента, право гласа у органима друштва итд.[69] Утицајни коментар Конвенције такође истиче да је начин остваривања контроле чињенично питање које зависи од низа фактора, при чему је проценат власништва над капиталом само један од њих.[70]

Са друге стране, посао арбитражног суда приликом утврђивања да ли постоји страна контрола је олакшан када инструмент који садржи пристанак на арбитражу дефинише начин остваривања контроле. На пример, двострани или вишестрани споразум о заштити улагања може да садржи одредбу према којој контрола над привредним друштвом тужене држава постоји када физичко или правно лице друге државе уговорнице има већински удео у власништву над локалним друштвом,[71] односно одредбу која налаже арбитражном суду да узме у обзир факторе као што су: власништво над капиталом,

[66] Вид. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, пасуси 275-286. Арбитражни суд формално прихвата да услов стране контроле успоставља објективне границе надлежности Центра, али наглашава да се овај услов мора тумачити „флексибилно", будући да оставља широку слободу странама у спору да постигну споразум о томе када страна контрола постоји. Ако постоји споразум страна у спору о томе да одређено друштво налази под страном контролом и ако је тај споразум „разуман", Конвенција не захтева да се постојање услова контроле „детаљно испитује." *Ibid.,* пасуси 283-285; фн. 237.

[67] Вид., на пример, *Raymond Charles Eyre and Montrose Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/16/25), Award of the Tribunal, 5 March 2020, пасус 258; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), Decision on Respondent's Application under Rule 41(5), 20 March 2017, пасус 90.

[68] *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, пасус 43.

[69] *Ibid.*

[70] C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *op. cit*., 323, 324. Вид., такође, *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/2), Decision on Objection to Jurisdiction, 11 May 2005, пасус 34 – контрола над пословањем и пословном политиком друштва може да постоји на основу уговора закљученог између акционара.

[71] Вид., на пример, *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* (ICSID Case No. ARB/08/6), Decision on Jurisdiction, 30 June 2011. Такав је био случај са чланом 9 став 2 двостраног споразума о заштити улагања између Француске и Перуа у овом спору. *Ibid*., пасус 73.

способност да се остварује значајан утицај на управљање друштвом или на избор чланова одговарајућих корпоративних тела једног друштва.[72]

Арбитражни судови који делују под окриљем Центра немају јединствено становиште о томе да ли контрола подразумева вршење стварне, ефективне контроле или је довољно само постојање правног капацитета да се таква контрола остварује. Питање се своди на то да ли, на пример, физичко лице које располаже правним капацитетом потребним за контролу друштва (као што је већински пакет акција са правом гласа у акционарском друштву), контролише одређено друштво у смислу одредаба Конвенције, ако своја овлашћења не користи у пракси. У једном спору, у јавно доступној пракси, заузето је становиште да амерички инвеститор који је имао власнички удео од 92 процента у казахстанском друштву није контролисао ово друштво, будући да тужилац није поднео доказе о стварном вршењу контроле у пракси.[73] Према закључку арбитражног суда – правни капацитет за контролу над друштвом није довољан у смислу члана 25 става 2 тачке (б) Конвенције ако нема доказа о стварном вршењу контроле.[74] Међутим, у другим случајевима су арбитражни судови нашли да је за постојање стране контроле довољно да привредно друштво има стране власнике, тј. да је довољно да странци поседују овлашћење за остваривање контроле које потиче из власништва, при чему се та овлашћења не морају заиста и користити.[75]

Вероватно најважније питање у вези са тумачењем одредбе Конвенције која омогућује домаћим привредним друштвима активну легитимацију у споровима против сопствене државе односи се на то колико високо у корпоративном ланцу може да иде потрага за страном контролом. Одредба у питању нужно подразумева пробијање правне личности како би се утврдило да ли локално друштво контролишу страна физичка или правна лица, али да ли то значи да се утврђује само ко непосредно контролише привредно друштво? Другим речима – да ли се приликом истраживања постојања

---

[72] Вид. *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50), Award, 4 September 2020, пасуси 230-232.

[73] *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/08/12), Award, 5 June 2012, пасуси 397, 406, 407.

[74] *Ibid*., пасус 407.

[75] Вид., на пример, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, пасуси 245-247; Арбитражни суд истиче да „*...став да је контрола квалитет који прати власништво има подршку у праву. Правно лице које поседује 100 процената удела у другом правном лицу нужно поседује овлашћење да контролише то друго лице. Ово лице може одбити да врши контролу, али то је ствар његовог избора*.” *Ibid*., пасус 245; Такође, *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/13/13), Award, 27 September 2017, пасус 615: „*[Н]е може бити спора о томе да формулација члана 25(2)(б) не одређује потребну форму и домашај стране контроле и, посебно, не захтева изричито стварну, ефективну контролу, пре него правну*.”

стране контроле застаје већ на првом нивоу корпоративне лествице или је потребно утврдити ко у крајњој инстанци контролише друштво?

У арбитражној пракси постоје одлуке које су засноване на схватању да је релевантна само непосредна контрола над друштвом државе пријема. Тако се у спору Амко Азија против Индонезије (*Amco Asia v. Indonesia*) прихвата тумачење да Конвенција захтева једино да се утврди ко контролише локално друштво, а не и ко контролише правно лице које остварује непосредну контролу над локалним друштвом.[76] Понекад је овакво рестриктивно схватање контроле условљено дефиницијом контроле у инструменту који садржи пристанак страна у спору на арбитражу. На пример, у предмету Свислајон против Македоније (*Swisslion v. Macedonia*), тужилац је било македонско привредно друштво (*Swisslion DOO Skopje*) у власништву швајцарске компаније (*DRD Swisslion AG*).[77] Тужена држава је тврдила да нису испуњени услови за надлежност арбитражног суда, будући да је швајцарско друштво било у својини српског држављанина. Као резултат тога, тужиоца није контролисало швајцарско друштво већ српски држављанин.[78] Арбитражни суд је закључио да је према двостраном споразуму о заштити улагања између Македоније и Швајцарске (1996) релевантно једино питање да ли тужиоца контролише швајцарско друштво, а не и ко је његов крајњи власник.[79]

Међутим, од кључног значаја је то што ни у једном од спорова у којима је испитивана само непосредна контрола над локалним привредним друштвом, није било никаквих назнака да се на врху власничког ланца налазе држављани државе пријема. Другим речима, арбитражни судови су били спремни да занемаре питање ко индиректно контролише привредно друштво државе пријема у ситуацијама када је било неспороно постојање неког облика *стране* контроле. Са друге стране, инсистирање на објективном услову стране контроле не би имало смисла када би се активна легитимација признала локалном друштву које, у крајњој инстанци, контролишу држављани

[76] *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, пасуси 14.iii.g – 14.iii.i.

[77] *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (ICSID Case No. ARB/09/16), Award, 6 July 2012, пасус 1.

[78] *Ibid.,* пасус 127.

[79] *Ibid*., пасуси 131, 132. Вид., такође, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/00/5), Decision on Jurisdiction, 27 September 2001, пасуси 117-121: стране у спору су у концесиони уговор унеле клаузулу којом Венецуела прихвата надлежност Центра, између осталог, поводом тужби локалног друштва под условом да у том друштву већински удео стекну држављани друге државе уговорнице Конвенције. Арбитражни суд је заснивао надлежност на чињеници да је власник удела у тужиоцу била америчка компанија, без обзира на то што је власник америчке компаније било мексичко правно лице (Мексико није уговорница Конвенције). Разлог за овакву одлуку било је то што су се стране споразумеле да се постојање стране контроле утврђује само на основу критеријума директног власништва. *Ibid*., пасус 117.

тужене државе. Две арбитражне одлуке нарочито убедљиво бране овакво становиште.

У предмету TCA Спектрум против Аргентине (*TSA Spectrum v. Argentina*) тужилац је било привредно друштво основано у Аргентини (TCA). Спор је покренут на основу двостраног споразума о заштити улагања између Холандије и Аргентине (1992), а због наводне повреде права које је тужилац стекао уговором о концесији за контролу, управљање и надзор над радијским фреквенцијама у Аргентини.[80] Споразум између Холандије и Аргентине је предвиђао да се улагачем друге стране уговорнице, између осталог, сматра свако правно лице које се налази под контролом држављана или правних лица основаних у другој држави уговорници, те да ће се и правно лице државе пријема, уколико се налази под контролом држављана или правних лица друге државе уговорнице у време настанка спора, сматрати правним лицем друге државе уговорнице у смислу Конвенције.[81] Протокол уз поменути двострани споразум садржао је сагласност о томе које околности указују на постојање контроле – чињеница да правно лице представља зависно друштво правног лица друге државе уговорнице (а) или чињеница да инвеститор друге државе уговорнице поседује, директно или индиректно, учешће веће од 49 процената у капиталу правног лица, односно право гласа неопходно за стицање доминантног положаја у скупштини или другим органима контролисаног лица (б).[82]

У овом случају је било неспорно да TCA испуњава, барем формално, све услове прописане двостраним споразумом о заштити улагања да би се сматрало холандским улагачем, иако је друштво било основано у Аргентини – тужилац је био у потпуном власништву холандског привредног друштва (*TSI Spectrum International N.V.*). Међутим, Аргентина је тврдила да се он не може сматрати правним лицем под страном контролом, у смислу Конвенције, имајући у виду то да је већински удео у холандском друштву припадао аргентинском држављанину.[83]

Арбитражни суд је, одлучујући о приговору ненадлежности, пошао од констатације да Конвенција садржи значајан изузетак у односу на правило да је само правним лицима друге државе уговорнице дозвољено да поднесу тужбу против државе пријема, те да је овај изузетак могућ „због стране контроле" која објективно мора постојати.[84] За разлику од одредбе Конвенције која пружа активну легитимацију правним лицима друге државе уговорнице и која се заснива на формалном критеријуму припадности правног

[80] *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic,* пасуси 1-9.
[81] *Ibid.,* пасус 21.
[82] *Ibid.,* пасус 22.
[83] *Ibid.,* пасус 159.
[84] *Ibid.,* пасус 139.

лица, овај изузетак увек подразумева пробијање корпоративног вела (правне личности) домаћег правног лица како би се утврдила „реалност иза заклона припадности."[85] Имајући у виду да је постојање стране контроле услов објективног карактера, према ставу арбитражног суда, нема оправдања да се приликом утврђивања да ли страна контрола постоји испитује само ко непосредно контролише домаће друштво, тј. да се испитивање заустави на првом нивоу корпоративне лествице. Утврђивање који субјекат заиста и у крајњој инстанци контролише локално друштво је посебно значајно онда када постоје тврдње да се оваква контрола налази у рукама држављана тужене државе.[86] Без обзира на то што је тужилац испуњавао услове предвиђене двостраним споразумом између Холандије и Аргентине да се сматра холандским друштвом, објективне границе надлежности Центра прописане Конвенцијом није могуће прекорачити – крајњи власник тужиоца је у релевантном тренутку био аргентински држављанин те, према схватању арбитражног суда, ово друштво није могло да се сматра друштвом под страном контролом у смислу Конвенције.[87]

Одлука у овом предмету донета је већином гласова и праћена је издвојеним мишљењем арбитра којег је именовао тужилац.[88]

Готово шест година након доношења одлуке у наведеном спору, арбитражни суд у предмету Нешенал Гас против Египта (*National gas v. Egypt*) је подробније образложио схватање да је објективни тест стране контроле предвиђен Конвенцијом и да подразумева идентификацију субјеката који у крајњој инстанци управљају друштвом државе пријема. Интересантан аспект ове одлуке је то што њено образложење, у извесном смислу, представља одјек схватања које је прихваћено у издвојеном мишљењу арбитра Вејла у Токиос Токелес против Украјине.

У овом спору се као тужилац јавило египатско акционарско друштво (*National Gas*). Тужилац је покренуо арбитражу против Египта на основу одредаба Конвенције и двостраног споразума о заштити улагања између Египта и Уједињених Арапских Емирата (1997). Деведесет процената акција

[85] *Ibid.,* пасус 140.

[86] *Ibid.,* пасуси 147, 153. .

[87] *Ibid.,* пасус 162.

[88] Dissenting Opinion of Arbitrator Grant D. Aldonas, 19 December 2008. У средишту овог издвојеног мишљења налази се схватање да Конвенција не прописује објективан тест стране контроле. Будући да не дефинише шта се сматра страном контролом, одлука о томе је препуштена странама у спору. Дефиниција стране контроле је садржана у двостраном споразуму о заштити улагања између Холандије и Аргентине и арбитражни суд је, према мишљењу арбитра Алдонаса, био дужан да следи ову дефиницију докле год је она заснована на разумним критеријумима. Издвојено мишљење се заснива на схватању да одлука већине игнорише одредбе двостраног споразума, супротно правилима о тумачењу међународних уговора. *Ibid.,* пасуси 3-11, 34-37.

тужиоца било је у својини привредног друштва основаног у УАЕ (*CTIP*), а власник овог друштва је било још једно друштво из УАЕ (*REGI*). Коначно, на врху овог ланца се налазио египатски држављанин који је био једини власник последњепоменутог друштва.[89] Двострани споразум између Египта у УАЕ је предвиђао да се правним лицем друге државе уговорнице, у смислу Конвенције, сматра и лице основано у складу са прописима државе пријема, под условом да је пре настанка спора већина акција (удела) у овом правном лицу била у својини инвеститора друге државе уговорнице.[90]

Најважнији приговор Египта односио се на тврдњу да се тужилац који је египатско друштво налази под домаћом, а не страном контролом.[91] Арбитражни суд је у образложењу своје одлуке прво јасно раздвојио два услова (два „теста") за пружање активне легитимације правном лицу државе пријема.[92] Споразум страна у спору о томе да ће се египатско друштво сматрати друштвом УАЕ под условом да је већински власник друштва инвеститор УАЕ, постигнут је на основу одредбе двостраног споразума између Египта и УАЕ.[93] Међутим, сам споразум није довољан већ је потребно објективно постојање стране контроле.[94] Арбитражно веће је пружило и објашњење значаја објективног постојања стране контроле које је засновано на тумачењу предмета и циља Конвенције. Према овом образложењу, постоји значајна разлика између ситуације у којој се локално друштво налази под контролом држављана друге државе уговорнице Конвенције и ситације у којој такву контролу врше држављани државе пријема.[95] За разлику од прве ситуације која, према гледишту арбитражног суда, није супротна ниједном начелу међународног права нити тексту Конвенције, друга – када контрола припада физичким и правним лицима државе пријема – не би била у складу са предметом и циљем Конвенције, односно „*дозволила би употребу Конвенције у сврху којој она очигледно није намењена и повредила њене спољашње границе*."[96] Имајући у виду да је контрола над египатским друштвом, у крајњој инстанци, припадала египатском држављанину, у овом случају арбитражни суд је закључио да нема надлежност.[97]

Образложењу арбитражног суда у овом случају се мало тога може замерити. Наиме, немогуће је оспорити основну премису на којој је оно засновано

---

[89] *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/11/7), Award, 3 April 2014, пасуси 1-4, 6, 7.

[90] *Ibid.*, пасус 67.

[91] *Ibid.,* пасус 75.

[92] *Ibid.,* пасус 131.

[93] *Ibid.,* пасус 132.

[94] *Ibid.,* пасус 133.

[95] *Ibid.,* пасус 136.

[96] *Ibid.*

[97] *Ibid.,* пасус 137.

– Конвенција је намењена решавању спорова између држава и држављана других држава, а не спорова између тужене државе и њених сопствених држављана.

Са друге стране, тешко је објаснити због чега исти аргумент има само незнатан утицај на арбитражне судове приликом одлучивања у споровима о којима се говори у првом делу овог рада – када решавају о тужбама правних лица која формално имају припадност друге државе уговорнице Конвенције, а ефективно се налазе под контролом држављана државе пријема (на пример, Токиос Токелес против Украјине и Ромпетрол против Румуније).[98]

Неколико аутора који су коментарисали одлуку у Нешенал Гас против Египта истиче да би одлука арбитражног већа вероватно била радикално другачија, под условом да се као тужилац у овом спору уместо египатског друштва јавило правно лице које је непосредно контролисало локално друштво и номинално имало припадност УАЕ (*CTIP*), без обзира на то што би основна карактеристика овог случаја остала непромењена – и овај потенцијални тужилац би био под стварном контролом египатског држављанина.[99] Једино објашњење које се неизоставно јавља приликом прихватања надлежности у поменутим случајевима је следеће – тужена држава је сама крива у случају када је, у инструменту који садржи њен пристанак на арбитражу, прихватила дефиницију улагача која обухвата правна лица основана у иностранству, без обзира на то ко их контролише. Иако је овакво размишљање у складу са начелом да државе саме одређују услове под којима ће дати своју сагласност за арбитражу, оно је у колизији са општеприхваћеним схватањем у погледу домашаја члана 25 Конвенције који прописује услове за надлежност Центра: Конвенција одређује „спољне границе" надлежности ИКСИД-а које се не могу мењати споразумом страна у спору, па ни грешком или пропустом државе пријема.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Чињеница да се као тужилац у арбитражи под окриљем Центра јавља правно лице које се ефективно налази под контролом држављана тужене државе има значајно другачији утицај у зависности од тога чију државну припадност номинално има овај тужилац. Док је постојање „домаће контроле" препрека за успостављање надлежности *ratione personae* када арбитражу покреће правно лице државе пријема, арбитражни судови до сада најчешће нису показвали спремност да одбију надлежност у аналогној ситуацији –

[98] Вид. фн. 33 горе.

[99] Вид., O. G. Repousis, *op. cit*., 348; C. Brown, A. Rahman, *op. cit*., 185, 186.

када се као тужилац појављује правно лице које формално припада другој држави уговорници Конвенције. Различит третман се оправдава тиме што сама Конвенција пружа различит значај критеријуму контроле у ове две групе случајева. Иако тужене државе и поједини арбитри доследно упозоравају на то да је прихватање надлежности за тужбе правних лица која су само номинално страна супротно предмету и циљу Конвенције, чини се да, у овом тренутку, једини пут да се држава извесно заштити од тужби правних лица која су фактички под домаћом контролом води преко пажљивог дефинисања појма инвеститора – у инструменту који садржи пристанак државе на арбитражу потребно је из овог појма искључити правна лица која се налазе под директном или индиректном контролом физичких или правних лица државе пријема.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


I. F.I. Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/1986, 1-25.

C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch, A. Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, Oxford, 2009.

C. Schreuer, R. Dolzer, *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, Oxford, 2012.

A. R. Parra, *The History of ICSID*, 2nd edition, Oxford, 2017.

A. Sinclair, ICSID's Nationality Requirement, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 1/2008, 57-118.

J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th edition, Oxford, 2019.

C. Brown, A. Rahman, Chapter 5: Juridical Persons and Requirements of the ICSID Convention, у књизи: C. Baltag, *ICSID Convention After 50 Years*, Alphen aan den Rijn, 2016.

K. Yannaca-Small, Who is Entitled to Claim?: The Definition of Nationality in Investment Arbitration, у књизи: K. Yanacca-Small (ed.), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, 2nd Edition, Oxford, 2018.

M. Stanivuković, ICSID i dvostrani sporazumi o zaštiti i unapređenju investicija Republike Srbije, у књизи: V. Rakić Vodinelić, G. Knežević (ured.), *Liber Amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, 583-602.

M. Stanivuković, Domaći ulagač kao tužilac u međunarodnom investicionom sporu, *Pravna riječ*, 2012, Vol. 9, No. 33, 127-143.

C. Mclachlan (Меклахлан), L. Shore et al., *International Investment Arbitration (Substantive Principles),* 2nd edition, Oxford, 2017.

П. Ђундић, Процесне претпоставке за примену клаузуле о ускраћивању погодности у инвестиционој арбитражи: зашто је тешко рећи не?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, том LIII, бр. 3/2019, 933-954.

C. Soule, The ICSID Convention and nationals of another contracting State that are owned by nationals of the respondent State: back to basics, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 48/2015, 39-58.

L. Bastin, A. Lee, Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, *The American Journal of International Law*, 4/2015, 858-865.

P. Tercier, N. T. Thang, Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)', у књизи: M. Kinnear, Geraldine R. Fischer et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2015.

B. Sabahi, N. Rubins et al., *Investor – State Arbitration*, 2nd edition, Oxford, 2019.

O. G. Repousis, Standing of Locally Incorporated Entities in International Investment Law and the Notion of „Foreign Control", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 24, 2/2016, 327-349.

*Petar M. Đundić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*P.Djundic@pf.uns.ac.rs*

## Criterion of Control and the Right of Standing of a Juridical Person in ICSID Arbitration

***Abstract***: *International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centre or ICSID) was established for resolving disputes between foreign investors and host States. This is why jurisdiction ratione personae of the Centre depends crucially on who can be considered as a foreign investor, i.e. which persons have right of standing to initiate arbitration based on the Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (the Convention). When a claimant is a juridical person, one of the issues causing a debate in arbitral practice concerns the significance of control over that entity – to what extant is jurisdiction of an ICSID tribunal affected by the fact that the entity is under direct or indirect control of the host State's nationals. The paper examines the problem with regards two groups of cases that the Convention regulates separately. The first group concerns cases in which the role of a claimant belongs to juridical persons nominally holding the nationality of other Contracting States of the Convention. The other category relates to the cases of claims submitted by local entities controlled by foreign investors against their own State.*

***Keywords***: *ICSID, jurisdiction ratione personae, juridical persons, criterion of control.*

Датум пријема рада: 15.12.2020.
Датум достављања коначне верзије рада: 12.01.2021.
Датум прихватања рада: 14.06.2021.

Прегледни рад 502/504:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns55-32629

*Бојан Н. Тубић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*B.Tubic@pf.uns.ac.rs*

*Стефан Н. Радојчић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*S.Radojcic@pf.uns.ac.rs*

# АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕНДЕНЦИЈЕ РАЗВОЈА ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

***Сажетак:*** *У светлу актуелних глобалних тенденција и забринутости за питање заштите животне средине, рад је посвећен анализи најважнијих питања у овој области, у оквиру права Европске уније. У комунитарном праву налазимо систематично уређење елемената права на здраву животну средину. Прво, присутна је вишедеценијска нормативна активност у овом пољу, коју у последње две године карактерише усвајање нових стратешких докумената. Друго, судска пракса је такође пратила како нормативни развој, тако и развој околности у којима су се уредбе и директиве примењивале. Зато се у раду нарочита пажња посвећује најновијим општим актима, који су креирани са дугорочним циљевима, на основу нормативног и стварног искуства из претходних неколико деценија. Њима се настоји остварити концепт одрживог развоја, у мултидимензиналном смислу. Затим, одабраним пресудама Суда правде Европске уније настоји се приказати ефикасност примене релевантних уредби и директива. Штавише, нарочито је битно питање тумачење аката Уније, у чему Суд правде има нарочито важну улогу. С обзиром на универзалност предметне проблематике, у раду је присутан и кратак осврт на уређење ових питања у САД-у, Норвешкој али и у Србији. Наиме, преговори о придруживању Унији подразумевају хармонизацију домаћег*

---

* Рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта „Правна традиција и нови правни изазови", чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

*права са тековинама Комунитарног права. Сагледавајући правни оквир који је у овом пољу важећи у Републици Србији, увиђамо одређеност и конкретне мере у циљу процеса харомонизације. На основу изложених питања формирана је структура рада, правци истраживања, те коначно закључци који су изнети у последњем поглављу.*

***Кључне речи:*** *животна средина, Европска унија, Европски зелени договор, климатска неутралност.*

## 1. УВОД

Друштвена актуелност угрожавања животне средине је веома висока, поготово у последње две деценије. Одређени природно-географски феномени добили су свој формалноправни израз на међународном плану, са циљем очувања здраве околине и остваривања неопходних интервенција у процесу климатских промена. Поред тога, велика пажња посвећена је обавезама држава, како би својом активношћу што мање доприносиле стварању негативних ефеката по животну средину. У том погледу, постоји вишедеценијска нормативна активност и судска пракса (у Европској унији и њеним претечама), којима је успостављен целовит систем – правни механизам заштите свих елемената биоценозе. У складу са убрзаном урбанизацијом и интензивним привредним активностима, нормирање сегмената од значаја у овом пољу забележило је нове тенденције. Иако присутни још од седамдесетих година прошлог века, програмски документи из сфере меког права, постали су веома важан инструмент регулисања ове области права. Стога се у раду бавимо управо анализом тих докумената, заједно са најважнијим „традиционалним" тј. обавезујућим актима – уредбама и директивама. У складу са темом и форматом рада, присутна је и анализа одабраних пресуда Суда правде Европске уније, као илустрација нормативног и стварног у овом пољу заштите људских права на комунитарном нивоу.

## 2. ГЕНЕРАЛНИ КОНТЕКСТ И НОРМАТИВНИ ОКВИР

Након уводних разматрања, сагледаћемо одабране аспекте гарантија и остваривања заштите људских права у Европској унији, кроз призму заштите човекове околине. Имајући у виду широко постављен тематски оквир рада, фокусираћемо се на одређена питања и нормативе, спрам њихове друштвене актуелности, хетерогеног правног оквира и значајних ефеката које остварују на права грађана у правном систему Уније. У питању је заштита људских права произашлих из права на здраву животну средину у ширем смислу.

Начелно, у контексту правног оквира Европске уније, заштита животне средине гарантована је Повељом ЕУ о основним правима[1], а поред уредби и директива које уређују ово питање, у раду анализирамо и друге стратешке документе усмерене ка превенцији загађења и отклањању штетних ефеката по животну средину. Другим речима, разматрамо чињенице о томе колико је успешно нормативно уређење и имплементација прокламованих циљева и правила заштите човекове околине у Европској унији.

Вреди истаћи да је свест о заштити животне средине можда најразвијенија у тековинама комунитарног права, те да је и у оквирима правних претеча Уније, ово питање уживало правну заштиту. Првенствено путем Директиве о процени ефеката одређених јавних и приватних пројеката на животну средину[2], као и путем Директиве о слободи приступа информацијама о животној средини[3]. Истовремено, примећујемо да је рационалан приступ у судској заштити правила о животној средини, постављен још пре скоро три деценије. Нпр. случај *Немачких ракова*[4] сведочи о томе да се принципијелно не пружа диспропорционална пажња питањима заштите животне средине, када се тиме чини дискриминација по другом основу. Конкретно, Суд је закључио да су забрана и условљавање увоза ракова настали као резултат нарушавања граница дискреције у одлучивању службеника Федералне Републике Немачке, без обзира што су били усмерени на заштиту биоценозе.

Затим, један од најважнијих инструмената регулисања ове области је Директива о одговорности према животној средини у погледу превенције и отклањања штете по животну средину[5], где се и појмовно дефинише штета по водену средину, односно штета проузрокована на земљишту.[6] Запажа се и то да је механизам остваривања приниципа „загађивач плаћа" (*polluter pays*), смештен у управноправни оквир (јавноправни оквир)[7], за разлику од

[1] Чл. 37 Повеље Европске уније о основним правима (*European Union: Council of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union (2007/C 303/01), 14 December 2007, C 303/1*).

[2] Директива бр. 85/337 од 27. јуна 1985. (*Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*).

[3] Директива бр. 90/313 од 07. јуна 1990. (*Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment*).

[4] C-131/93, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, пресуда од 13. јула 1994.

[5] Директива бр. 2004/35 од 21. априла 2004. (*Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*).

[6] *Ibidem*.Чл. 1(б) и 1(ц).

[7] Zoran Sretić, „Režim odgovornosti za štetu u životnoj sredini u pravu Evropske unije (osvrt na Direktivu 2004/35 o odgovornosti za štetu u životnoj sredini)", *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2006, 39-66, 41.

грађанскоправне сфере накнаде штета, на коју упућује нпр. Лугано конвенција, тј. Конвенција Савета Европе о грађанској одговорности за штету која настаје као резултат активности опасних по животну средину.[8] Важан аспект у систематици одговорности држава за правила уређења и заштите животне средине, јесу три врсте обавеза држава у том погледу. Обавезе се састоје у томе да очувају, заштите и побољшају животну средину[9], обухватајући на тај начин позитивне и негативне обавезе држава.

Директива предвиђа обавезу држава чланица Уније да по питању извршавања дужности из Директиве, одреде за то надлежне органе. Такође, предвиђена је сарадња држава чланица у вези са тим, те је остављена могућност државама да ради остваривања циљева Директиве пропишу и строжије мере него што су садржане у њој.[10] Притом, у литератури се истиче да је законодавни надзор веома важан аспект овог процеса, како из разлога интерне расподеле надлежности, тако и због целисходности усвојених решења.[11] Оваква легислативна техника оцењена је као иновативна, јер примарним извором права Уније, формулише прерогативе садржаја и начина провођења политике очувања животне средине.[12]

У практичном смислу, нарочито важно питање у вези са применом Директиве представља утврђивање „прага" штетности спорног акта. У суштини ради се о поређењу основног стања и новонастале ситуације, са циљем да се установи разлика у чињеничном стању – односно настале штетне последице.[13] Зато је неопходно обратити пажњу и на негативне утицаје који се природним путем остварују на елементе животне средине[14], као један вид корективног елемента у укупном сагледавању ефективно пруозрокованог оштећења.

Како је напред наглашено, један од најважнијих аспеката ове области права уопште, јесте заштита земљишта од загађења. У том смислу, уочава-

---

[8] Конвенција је увојена Лугану 21.06.1993. (*Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment, ETS No.150*)

[9] Han Somsen, „Towards a Law of the Mammoth: Climate Engineering in Contemporary EU Environmental Law", *European Journal of Risk Regulation*, 1/2016, 109-119, 110.

[10] Чл. 16 Директиве оодговорности према животној средини у погледу превенције и отклањања штете по животну средину.

[11] Andrea Ross, Hazel Nash,Colin T Reid, „The Implementation of EU Environmental Law in Scotland", *The Edinburgh Law Review*, 2/2009, 224-251, 238-239.

[12] Astrid Epiney, „EU Environmental Law: Sources, Instruments and Enforcement, Reflections on Major Developments over the Last 20 Years", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3/2013, 403-422, 407.

[13] Berthy van den Broek, „Environmental Liability and Nature Protection Areas – Will the EU Environmental Liability Directive Actually Lead to the Restoration of Damaged Natural Resources", *Utrecht Law Review*, 1/2009, 117-131, 119.

[14] *Ibidem*., 119-120.

мо да ово питање није посебно уређено комунитарним правом[15], него се унијски принципи заштите земљишта заснивају на Конвенцији УН о биолошкој разноврсности.[16] Тако, доводећи у везу ова два правна оквира, уочавамо да су подударни по својим циљевима, не само кад је у питању земљиште. Нпр. Директиве о стаништима и птицама[17], за циљ имају заустављање даљег оштећења биодиверзитета, што налазимо у преамбули поменуте Конвенције. Такође, аутори истичу и утицај Архуске конвенције[18] на развој заштите животне средине у оквирима права Уније[19], што као и претходни пример сведочи о интеракцији међународног и комунитарног права.

Кад се ради о загађењу водених површина, уређење овог аспекта почело је са Директивом о управљању водама[20], којом су уређени квантитативни и квалитативни аспекти управљања водама. Интересантно је да су државе чланице Уније, охрабрене да путем примене ове Директиве, предузимају мере којима се уједно побољшава и заштита земљишта.[21] Та чињеница говори у прилог интегралном приступу у регулацији и примени правила заштите животне средине, а што је видљиво из неколико анализираних докумената у наредном поглављу. Наиме, у последње две године присутна је снажна тенденција усвајања програмских – стратешких докумената са задатим дугорочним циљевима свеобухватне борбе против климатских промена, као и заштите животне средине.

С тим у вези, комунитарна легислативна акција даље сугерише чврсто настојање у постизању „климатске неутралности", доношењем нове уредбе[22], која би уједно допунила важећу Уредбу о управљању енергијом Уније и

[15] Zsolt Toth, „Soil protection in the EU: the most important soil-related EU policies and legal sources", *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 22/ 2017, 202-223.

[16] Конвецнија је усвојена у Рио де Жанеиру 05. јуна 1992. (*Convention on Biological Diversity, United Nations, Treaty Series, vol. 1760, p. 79*).

[17] Директива Савета бр. 92/43 од 21. маја 1992. (*Council Directive on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora*); Директива Парламента и Савета бр. 2009/147 од 30. новембра 2009. (*Directive of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds*).

[18] Конвенција је усвојена 25. јуна 1998 у Архусу (*Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, United Nations, Treaty Series, vol. 2161, p. 447*).

[19] Marc Pallemaerts, „Conventional International Law and EU Environmental Law – Interactions and Tensions", *Environmental Policy and Law,* 6/2008, 335-340, 335.

[20] Директива Парламента и Савета бр. 2000/60 од 23. октобра 2000. (*Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy*).

[21] Z. Toth, 208.

[22] Предлог Уредбе о успостављању правног оквира за постизање климатске неутралности и амандирању Уредбе бр. 201//1999. (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM(2020) 80 final, 2020/0036(COD*).

климатској акцији[23]. Занимљиво је да се у уводном образложењу разлога доношења и циљева Уредбе наводи „Европски зелени договор", а недвосмислено је речено да је питање климатских промена „хитан изазов". Потврђена је и одлучност Европског парламента и Европског савета у остваривању дугорочних циљева климатске неутралности Уније, што се односи на период до 2050. године. Из овога произлази да се на поменутим питањима усвајају стратешке, усклађене и дугорочне мере. Наравно, практична реализација постављених циљева представља, како је већ поменуто, хитан, али и веома захтеван изазов.

Кад је у питању транспарентност у процесу заштите животне средине, актуелност и важност питања „еколошког информисања" препозната је пре више од тридесет година[24], а што је уједно предмет занимања Европског парламента од средине осамдесетих година XX века. У томе је тада посебно наглашена потреба креирања нових правних средстава на националном нивоу, са акцентом на рад националних судова.[25]

У складу са претходно реченим, осврнућемо се и на питање адекватног информисања о анализираним питањима, имајући у виду еколошки, економски и политички, једном речју општи интерес који она представљају. Право на приступ информацијама о животној средини добија верификован статус људског права 1990. године.[26] Битни елементи уређења овог питања су, између осталог, право на захтевање односних информација без доказивања правног интереса физичког или правног лица, затим рок од два месеца за добијање информације, образложена одлука о одбијању захтева у одређеним случајевима итд. Уредбом 1024/2011 на општи начин уређено је питање приступа информацијама од јавног значаја. Одбијање захтева могуће је из разлога повреде права на (личну) приватност, откривања поверљивих информација из области индустрије или финансија, разлоге јавне безбедности (што укључује међународне односе и монетарну стабилност), те инфор-

[23] Уредба бр. 2018/1999 од 11. децембра 2018. (*Regulation 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 328/1*).

[24] Vid Vukasović, „Ekološka informacija u zakonodavstvu Evropske unije", *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2003, 61-72, 63-64.

[25] Philippe Sands, „European Community Environmental Law: Legislation, the European Court of Justice and Common-Interest Groups", *Modern Law Review*, 5/1990, 685-698, 686.

[26] Директива бр. 90/313 од 07. јуна 1990. (*Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment*). Иако наведена Директива више није на снази, њен значај се огледа у формирању свести о значају адекватног информисања јавности у овом пољу.

мације које су од стране јавних институција примљене на чување као поверљиве. Но, ту се не исцрпљује круг разлога за ускраћивање тражених информација. Уколико би се тим поступком нарушио неки од девет дефинисаних принципа Уредбом, ускраћивање информација сматра се оправданим. Стога је одлучивање о откривању тражених информација пресудно засновано на чињеницама појединачног случаја (*case-by-case basis).*[27]

## 3. МЕКО ПРАВО И АКТУЕЛНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ

У савременом регулисању питања из ове области, специфично је да је у великој мери уређена акционим програмима и принципима права животне средине[28], који су наставак раније утемељених начела ове области права. Првенствено се ради о принципу предострожности, принципу предузимања превентивних акција, правилу да проузрокована штета мора бити отклоњена и да штетник (загађивач) плаћа одштету.[29]

Приметно је да је Европска комисија предузела низ активности на овом пољу, тј. на постизању консензуса са идејом климатске неутралности, а посебно „карбонске неутралности", што је нарочито актуелно од пролећа 2019. године.[30] Овај концепт је с разлогом оецењен као амбициозан, имајући у виду постављени циљ: редукцију емисије гасова у степену од 90% до 2050. године.[31] У вези с тим наглашавамо да значајан ниво загађења ваздуха потиче из сфере превоза, која уједно има стратешки економски, тј. привредни значај. Утолико је ово питање сложеније за уређење у контексту претходно наведених циљева. Наиме, статистички подаци показују да скоро једна четвртина укупне

---

[27] Leonor Rossi, Patricia Vinagre e Silva, *Public Access to Documents in the EU*, Oregon, 2017, 39.

Чл. 4(1)(а) Уредбе бр. 1049/2001 од 30. маја 2001.(*Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*).

[28] A. Epiney, 404.

[29] Чл. 191(2) Уговора о функционисању ЕУ (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences, Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390*).

[30] Tor Eigil Hodne, „The European Green Deal – A Norwegian Perspective", *European Energy & Climate Journal*, 1/2020, 18-20, 19.

[31] Miruna Butnaru-Troncota, „European Green Deal and the New Policy Goals in Transport and Mobility – How Gamification Can Influence Pro-Environmental Behaviour for Cutting Carbon Emissions in the EU", *Europolity: Continuity and Change in European Governance*, 2/2020, 89-130, 91.

емисије штетних гасова у ЕУ узрокована управо коришћењем превозних средстава. Зато је Европска комисија[32] предводила одлучну иницијативу усмерену на коришћење алтернативних горива, те је сходно томе један од четири најважнија елемента „Стратегије пута" ЕУ, управо декарбонизација у садејству са чистим и одрживим системом транспорта.[33]

У циљу остваривања прокламација и приоритета заштите животне средине Уније, налазимо да је важно истаћи неколико планских средњорочних докумената, од којих је изутетно важан Акциони програм за животну средину. Ова идеја настала је још 1973. године, а нарочито издвајамо последњи седмогодишњи Програм[34] који је важио у периоду од 2014. до 2020. године, те нови Програм предложен за период до 2030. године.[35] С тим у вези важно је и обраћање Европске комисије другим органима Уније, поводом политике и правног оквира за климу и енергију у периоду од 2020. године до 2030. године.[36]

Затим, Комисија је иницирала и „Европски зелени договор"[37], наводећи у првом плану глобално отопљавање и чињеницу да је један од осам милиона врста на планети под ризиком од нестанка. Забринутост за одрживост екосистема суштински је присутна и органи Уније одлучни су да овим путем помогну државама чланицама у остваривању климатске неутралности.[38] Ипак овај документ поставља питање очувања животне средине у шири контекст. Наводи се да је за остваривање циљева овог документа неопходно ревидирати приступ „снабдевању чистим изворима енергије кроз економију, индустрију, производњу и потрошњу, велике инфраструктурне пројекте, превоз, храну и пољопривреду, грађевинарство, опорезивање и социјалне бенефите."[39] Комплетно финансирање програма остариће се путем посебног инвестиционог плана *European Green Deal Investment Plan*, уз допунски механизам који обезбеђује услове за учешће свих земаља чланица ЕУ у ре-

---

[32] Односи се на мандатни период од 2014. до 2019. године.

[33] *Ibidem*.,95.

[34] Одлука бр. 1386/2013 од 20. новембра 2013. (*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' Text with EEA relevance*).

[35] Предлог је усвојен 14. октобра 2020. (*Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2030, COM(2020) 652 final, 2020/0300 (COD).*

[36] Иницијатива Комисије од 22. јануара 2014. (*Communication from the Comission to the European Parliament, the Council The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030, COM(2014) 15 final*).

[37] Комисија је објавила овај документ 11. децембра 2019. (*Communication from the Commission, The European Green Deal, COM(2019) 640 final*).

[38] M. Butnaru-Troncota, 90.

[39] Чл. 2.1. Европског зеленог договора.

ализацији плана.[40] Такође, поменути планови и тенденције препознате су и ван комунитарног права.

Запажамо да је и Норвешка, као држава нечланица Уније, пуноправно инволвирана у европско енергетско тржиште, док ће њена производња нафте и гаса бити фактички обухваћена концептом климатске неутралности.[41] Узгред, сличан концепт подржан је и у Конгресу САД-а, под називом *Green New Deal*. Није дата прецизна дефиниција шта је тачан садржај концепта, али су јавно саопштени циљеви попут одрживости животне средине, инвестирања у инфраструктуру, ублажавања ефеката климатских промена.[42] Приметно је како је идејни оквир широко постављен, где је присутно садејство више кључних међусобно повезаних фактора. Поред тога, у америчкој стручној јавности нарочиту пажњу привукао је појам правде у области животне средине – *environmental justice*[43], где се интегрално сагледава диспропорционалност штетних ефеката по здравље људи, са нарочитим акцентом на мањинске и угрожене групе. Штавише, успостављена је обавеза за 17 федералних агенција да идетификују и адекватно одговоре узороцима наведених појава.[44]

У светлу приступних преговора Републике Србије и Европске уније, указујемо и на неколико докумената у вези са преговарачким поглављем 27. Рецимо Стратегија управљања отпадом за период 2010-2019. године[45] се у уводним одбредбама директно позива на политику ЕУ и наводи се како Стратегија „усмерава активности хармонизације законодавства у процесу приближавања законодавству ЕУ". Затим, још експлицитнију одредбу налазимо у Националном програму за заштиту животне средине, где се наводи „програм је у функцији реализације придруживања Србије Европској унији"[46]. Дакле, недвосмислено је присутна опредељеност ка хармонизацији српског права са правом ЕУ, нарочито у области заштите животне средине.

---

[40] Steven Verschuur, Cecilia Sbrolli, „The European Green Deal and State Aid: The Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy towards the Future", *European State Aid Law Quarterly,*3/2020, 284-289, 285.

[41] T.E. Hodne, „The European Green Deal – A Norwegian Perspective", *European Energy & Climate Journal*, 1/2020, 18-20, 20.

[42] Nicholas S. Bryner, „The Green New Deal and Green Transitions", *Vermont Law Review*, 4/2020, 723-776, 726.

[43] Вид., Charles Lee, „Confronting Disproportionate Impacts and Systemic Racism in Environmental Policy", *Environmental Law Reporter*, 3/2021, 10207-10225.

[44] *Ibidem*., 10208.

[45] Стратегија управљања отпадом за период 2010-2019. године, („Сл. гласник РС", бр. 29/2010).

[46] Чл. 1.3 Одлуке Владе РС о утврђивању Националног програма заштите животне средине од 21. јануара 2010. године, бр. 353-459/2010-1. Интересантно је да се у појмовнику Програма наводи и да је *acquis communitaire* правна тековина ЕУ која садржи више од 20.000 прописа из секундарног законодавства и 4.000 пресуда.

## 4. ПРЕГЛЕД И КАРАКТЕРИСТИКЕ СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ

Проблематика штете по животну средину може бити предмет одлучивања различитих судова, како по својој природи, тако и по домашају надлежности. С једне стране, на међународном плану то су судови и арбитраже, првенствено Међународни суд (правде), Европски суд за људска права, Суд правде Европске уније итд. Са друге стране, на националном нивоу одлучују судови и органи управе. Следствено томе, а што је претходно споменуто, заштита се одвија у оквиру грађанског, управног, али и кривичног поступка. Не би требало занемарити ни мирно решавање спорова, нарочито у контексту међународних спорова. У објашњењу односа два начина санкционисања, датом још пре три деценије, налазимо да мирно решавање спорова имплицира више прилагодљивости и спремности на компромис.[47] Ипак, емпиријски посматрано, ефикаснији начин утврђивања одговорности за кршење норми о заштити животне средине је судским путем. Узгред, тиме се снажније остварује и превентивна функција у овој области.

Одлуке Суда правде ЕУ у овој области могу потицати из две групе спорова. Први, које покреће Европска комисија против држава чланица, или међусобни спорови институција ЕУ, те други покретнути од стране националних судова, који обухватају одлучивање о претходном питању.[48]

Тако кад се ради о судској заштити права из претходно наведених, али и других извора права из овог корпуса, у стручним круговима наилазимо на ставове у прилог интензивнијој кривичноправној реакцији на кршења овог права. Практично је извршено поређење природе и ефеката новчане казне, административних забрана и кривичноправних санкција. Тако се наводи да је кривичноправно кажњавање подобнији механизам за остваривање циља – ефикасне примене правила о заштити животне средине, него новчане казне у комбинацији са различитим забранама.[49] Заправо је пристуно запажање да постојеће директиве о заштити животне средине, нису довољне да би се потпуно остварила политика Уније у овој области.[50] Уједно је циљ да се за озбиљна дела против животне средине изрази највиши степен друштвене осуде, уз констатацију да су она на међународном плану *mala in se*[51], те као

---

[47] Martti Koskenniemi, „Peaceful Settlement of Environmental Disputes", *Nordic Journal of International Law*, 1/1991, 73-92, 73.

[48] Kurt Riechenberg, „The Case Law of the European Court of Justice on Free Trade and the Environment", *Currents: International Trade Law Journa*l, 2/1995, 50-57, 50.

[49] Jacob Oberg, „Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law", *New Journal of European Criminal Law*, 4/2011, 402-425,423.

[50] *Ibidem*., 405-406.

[51] *Ibidem*., 410.

таква захтевају оштру реакцију и кажњавање. Коначно, ефекти сузбијања аката против животне средине на нивоу држава чланица Уније, углавном су засновани на секундарним изворима сазнања, без довољних уверења да се на националном нивоу постиже ефикасна превенција по овом питању.

У том контексту истичемо Директиву 2008/99/ЕЗ[52], којом су задати стандарди у инкриминисању дела против животне средине. Директива не задире у конкретна питања кривичноправних дефиниција, нити у питања односних санкција, него садржи списак радњи које су државе у обавези да инкриминишу као кажњиве. Изабрана номотехника разумљива је нарочито у контексту правне природе директива, које намећу државама чланицама ЕУ обавезе начина или средства. Тако се у поменутој Директиви између осталих наводе питања емисије материја, јонизујућег зрачења, управљање отпадом, производњи нуклеарних материја итд.[53] Посебно је важно дефинисање одговорности правних лица у овој области, при чему је довољно да је дело учињено у корист правног лица, без обзира да ли је учинилац – руководилац, поступао самостално или формално у име правног лица.[54] У вези с тим истичемо и отворена питања утврђивања одговорности мултинационалних компанија[55], која нису предмет овог рада, али могу да остваре суштински утицај на предметна питања.

Сагледавајући конкретније природу одлучивања Суда правде ЕУ о повредама комунитарног права, његова улога је донекле упоредива са надлежношћу уставног суда.[56] Издвојили смо неколико илустративних спорова насталих поводом спорних одредаба у уређењу питања из области заштите животне средине. Први случај се тиче кршења Директиве о заштити воде од загађења нитратима из пољопривредних извора[57], који је покренула Комисија

---

[52] Директива 2008/99 од 19. новембра 2008. (*Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law*).

[53] *Ibidem*., Чл. 3(а): „Испуштању, емисији или увођењу материја или јонизујућег зрачења у ваздух, земљиште или воду, ако то доводи или може да доведе до смрти или озбиљне повреде неког лица, или ако би то причинило значајну штету за квалитет ваздуха, земљишта, воде, флору и фауну."

[54] Мирјана Дреновак-Ивановић, Сретен Ђорђевић, Синиша Важић, *Правни инструменти еколошке заштите – грађанскоправна и кривичноправна заштита*, Организација за европску безбедност и сарадњу, Мисија у Србији, Београд, 2015, 65.

[55] Вид. Jessie Chella, *The Complicity of Multinational Corporations in International Crimes : an Examination of Principles*, Doctoral Thesis, Bond University, 2012, доступна на: https://pure.bond.edu.au/ws/portalfiles/portal/18264556/The_Complicity_of_Multinational_Corporations_in_International_Crimes.pdf

[56] K. Riechenberg, 50.

[57] Директива бр. 91/676 од 12. децембра 1991. (*Council Directive 91/676/EEC of 12 December 1991 concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources, Official Journal L 375 , 31/12/1991 P. 0001 – 0008).*

против Владе Немачке. Суштина спора била је у томе да Немачка није испунила обавезе из наведене Директиве, тако што је националним прописом омогућила прекомерно загађење земљишта путем нитрогена. Начин рачунања дозвољене количине по хектару није био усклађен са Директивом, јер иако се заснивао на принципу пропорционалности, остављао је могућност ефективно већег загађења од предвиђених ограничења Директивом. Притом, Суд је нагласио да се критеријуми за ограничење загађења земљишта једнако односе на њену површину, затим убризгавање у земљиште, стављање испод површине земље или мешање са површинским слојевима земљишта, те да смисао спорних одредби није усмерен искључиво ка непосредном доспевању нитрогена у земљиште.[58]

У следећем предмету, такође, радило се о заштити водене средине. Суд се изјаснио о тумачењу Директиве 85/337[59] и Анкеса 2 уз Директиву. Наиме, Директивом је уређено питање процене ефеката јавних и приватних пројеката на животну средину. Конкретније, споран је био обухват „послова на мрежи канала и одбрани од поплава". Суд је установио да премештање, ојачавање и проширивање насипа потпадају под наведени опис, а што је све националним прописом Холандије изузето од обавезе да се приступи изради процене штетности по животну средину. Тиме је дошло да нарушавања слободе одлучивања дате државама чланицама, јер нису постојали јасни изгледи да су поменути пројекти, као целина, безопасни по животну средину.

Затим, у трећем посматраном предмету, по одлуци Суда, Грчка није испунила обавезе предвиђене Директивом о загађењу проузрокованом одређеним опасним супстанцама испуштеним у водену средину[60]. Изостало је усвајање одговарајућих програма који би садржали конкретне циљеве за смањење загађења и рокове за њихову имплементацију. На овај закључак Суда није утицало то што је грчка влада усвојила одређене мере усмерене на смањење загађења водене средине, јер су биле *ah hoc* у суштини, те нису представљале кохерентну целину.[61]

Надаље, група иницијатора (заједно са удружењима и интересним групама), покренула је поступак против Европског парламента и Савета ЕУ у циљу поништавања одређених одредби Директиве о коришћењу енергије из

---

[58] C-161/00, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, Пресуда од 14. марта 2002., пар. 46.

[59] Директива бр. 85/337 од 27. јуна 1985. *(Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment).*

[60] Директива бр. 76/464 од 04. маја 1976.*(Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community).*

[61] C-384/97, *Commission of the European Communities v Hellenic Republic,* Пресуда од 25. маја 2000., пар. 42.

обновљивих извора[62]. Тражен је поништај Директиве у делу којим је одређено да је „шумска биомаса" обновљиви извор енергије. Апликатни су навели да се тиме непосредно крше њихова права и да су њихови интереси непосредно погођени.[63] Ипак Суд није усвојио ове наводе, јер је Директива установила општи правни режим који се примењује на сва правна и физичка лица. Тако је закључено како није посебно угрожен њихов појединачни интерес, односно да апликанти нису посебни адресати оспорених одредаба, што је за резултат имало проглашење тужбе недопуштеном. Поводом ове одлуке Суда, уследила је жалба која је одбачена као очигледно неоснована, по свим жалбеним основима.[64]

Коначно, у поступку поводом одлучивања о претходном питању, Суд је тумачио две директиве, на захтев упућен од стране Врховног суда Републике Ирске. У питању су тзв. Директива о стаништима[65] и Директива о процени ефеката одређених јавних и приватних пројеката на животну средину[66]. У основном поступку (пред ирским судом) спорна је била изградња пројекта, тј. једне деонице у оквиру пројекта. Спорни пут (*single carriageway road*) предвиђен је у дужини од 1,5 километара, заједно са кружним током, изградњом пешачке стазе, бициклистичке стазе и пратећим радовима. Предвиђена рута захвата два заштићена подручја у сливу реке Нор, која су тај статус добила на основу раније поменуте Директиве о птицама и Директиве о стаништима. Тужиоци су тврдили да је Одбор за просторно планирање занемарио потенцијалне ефекте реализације пројекта, да је поступак процене свесно спорведен на непотпун начин и да нису извршена претходна еколошка истраживања. У одговору на постављена питања, Суд је изнео следеће закључке у односу на Директиву о стаништима. Прво, кад се ради о пројектима који нису у непосредној вези са заштићеном локацијом, али је изгледно да ће произвести значајне ефекте по биоценозу, власти су дужне да „одговарајућу" процену спроведу и у односу на врсте које не живе само у границама заштићеног станишта. Друго, власти могу оставити одређену

---

[62] Директива бр. 2018/2001 од 11. децембра 2018. (*Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, PE/48/2018/REV/1 OJ L 328, 21.12.2018, p. 82–209).*

[63] T-141/19, *Peter Sabo v the European Parliament and the Council of the European Union,*одлукаод 06. маја 2020. пара. 37.

[64] C-297/20 P, *Peter Sabo v the European Parliament and the Council of the European Union (*Appeal under Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union), одлука од 14. јануара 2021.

[65] Директива бр. 92/43 од 21. маја 1992. (*Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora*).

[66] Директива бр. 2011/92 од 13. децембра 2011. (*Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment*).

слободу реализатору пројекта, да накнадно одреди потребне параметре градње, само ако је у основи дозвола за пројекат довољно прецизна и стриктна да пружа гаранцију заштите станишта. Треће, уколико надлежни органи не усвоје експертско мишљење, морају пружити детаљно и аргументовано објашњење због чега то није учињено.[67] Кад се ради о Директиви о процени ефеката одређених јавних и приватних пројеката на животну средину, чланови 5(1) и (3) Анекса 4 уз Директиву, морају се тумачити тако да је носилац пројекта у обавези да у кратком току достави информације о значајним ефектима које пројекат може произвести по све заштићене врсте. Такође, потребно је пружити и информације о потенцијалној штетности изабраног начина извођења пројекта и свим анализираним алтернативама, заједно са разлозима који су утицали на учињени избор.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Еволутивни пут правног оквира зажтите животне средине делимично је обрађен у овом раду, са акцентом на неке од најзначајнијих докумената у систему права Европске уније. Тако анализирани документи чине подлогу за неколико легитимних запажања. Развој елемената ове области права, па и заштите људских права, има вишедеценијску традицију у комунитарном праву. На почецима поменутог процеса, позната је улога и утицај Суда правде Европске уније, чијим пресудама су успостављени важни правни стандарди. Затим, даљи ток нормирања у погледу заштите права на здраву животну средину, указује на неколико анализираних директива и уредби. У пракси извршавања обавеза које су тим путем успостављене за државе чланице, често су се појављивала спорна питања тумачења одређених одредби. Са друге стране, стандардизација у имплементацији нормативног оквира која је временом постигнута у битном степену, створила је подлогу за даље регулисање овог питања у складу са данас присутним чињеницама и тенденцијама.

У том смислу, говоримо о интензивирању нормативне активности у последње три године, нарочито у области меког права. Идејно, заједнички именилац анализираних докумената јесте процес климатских промена, односно циљ постизања климатске неутралности. По степену одлучности, те детаљном и међусобно усклађеном регулисању најважнијих сегмената ове грана права, сматрамо да је остварен значајан помак на путу целовитог и још битније, ефективно остваривог, система заштите животне средине у Европској унији. Слични поступци и усвојени документи у државама нечланицама

[67] C-461/17, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the High Court (Ireland)*, Пресуда од 07. новембра 2018.

Уније, као и у САД, говоре у прилог сложености проблематике. Као таква представља глобални феномен и евидентно је произвела свеопшту реакцију, са дугорочно постављеним циљевима и стратешким опредељењима.

Све поменуте чињенице су од значаја и за Републику Србију, што у овом тренутку препознајемо у светлу преговарачког поглавља 27. Наравно, анализиране одредбе комунитарног права ће, у том смислу, пуни смисао остварити тек приступањем Србије Европској унији. Због тога је позитивно упућивање на тековине комунитарног права у стратешким документима ове области на националном нивоу. Правовремена и одлучна хармонизација омогућиће несметану транзицију у сферу обавезности комунитарног права за Србију, те ће утицати на складније и поступније формирање правне свести, али и праксе, која је усклађена са комунитарним правом.

Коначно, пресудно је важна улога Суда правде ЕУ, јер се само његовим пресудама до краја конкретно и обавезујуће врши заштита права на здраву животну средину. Као што је приказано, начини кршења и аспекти угрожавања човекове околине су веома различити. Поред креативносудске улоге Суда и изградње стандарда примене права у области животне средине, изузетно је важно да, док се механизми превенције и јачања свести усклађују и оснажују, постоји судски механизам одлучивања о повредама људских права „треће генерације". Чини се да само синергија ова два модалитета даје разлог за оптимизам у настојању да се зауставе штетна поступања по животну средину.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Повеља Европске уније о основним правима (*European Union: Council of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union (2007/C 303/01), 14 December 2007, C 303/1*);

C-131/93, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, пресуда од 13. јула 1994;

Директива о одговорности за животну средину у погледу превенције и заштите животне средине, бр. 2004/35 од 21. априла 2004. (*Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*);

Zoran Sretić, „Režim odgovornosti za štetu u životnoj sredini u pravu Evropske unije (osvrt na Direktivu 2004/35 o odgovornosti za štetu u životnoj sredini)", *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2006, 39-66;

Лугано конвенција, тј. Конвенција Савета Европе о грађанској одговорности за штету која настаје као резултат активности опасних по животну средину (*Convention on Civil Liability for Damage resulting from Activities Dangerous to the Environment, ETS No. 150*);

Han Somsen, „Towards a Law of the Mammoth: Climate Engineering in Contemporary EU Environmental Law", *European Journal of Risk Regulation*, 1/2016, 109-119;

Andrea Ross, Hazel Nash,Colin T Reid, „The Implementation of EU Environmental Law in Scotland", *The Edinburgh Law Review*, 2/2009, 224-251.

Astrid Epiney, „EU Environmental Law: Sources, Instruments and Enforcement, Reflections on Major Developments over the Last 20 Years", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3/2013, 403-422;

Berthy van den Broek, „Environmental Liability and Nature Protection Areas – Will the EU Environmental Liability Directive Actually Lead to the Restoration of Damaged Natural Resources", *Utrecht Law Review*, 1/2009, 117-131;

Zsolt Toth, „Soil protection in the EU: the most important soil-related EU policies and legal sources", *Journal of Agricultural and Environmental Law*, 22/ 2017, 202-223.

Конвенција о биолошкој разноврсности (*Convention on Biological Diversity, United Nations, Treaty Series, vol. 1760, p. 79*);

Директива о стаништима и птицама, бр. 92/43 од 21. маја 1992. (*Council Directive on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora*);

Директива о очувању дивљих птица, бр. 2009/147 од 30. новембра 2009. (*Directive of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds*);

Конвенција о приступу информацијама, учешћу јавности у одлучивању и приступу правди у питањима животне средине (*Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, United Nations, Treaty Series, vol. 2161, p. 447*);

Marc Pallemaerts, „Conventional International Law and EU Environmental Law – Interactions and Tensions", *Environmental Policy and Law,* 6/2008, 335-340;

Директива о успостављању правног оквира за акцију Заједнице у пољу политике вода, бр. 2000/60 од 23. октобра 2000. (*Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy*);

Предлог Уредбе о успостављању правног оквира за постизање климатске неутралности и амандирању Уредбе бр. 201//1999. (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), COM(2020) 80 final, 2020/0036(COD*);

Уредба бр. 2018/1999 од 11. децембра 2018. (*Regulation 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 328/1*).

Vid Vukasović, „Ekološka informacija u zakonodavstvu Evropske unije", *Revija za evropsko pravo*, 2-3/2003, 61-72;

Philippe Sands, „European Community Environmental Law: Legislation, the European Court of Justice and Common-Interest Groups", *Modern Law Review*, 5/1990, 685-698;

Директива о слободи приступа информацијама о животној средини бр. 90/313 од 07. јуна 1990. (*Council Directive 90/313/EEC of 7 June 1990 on the freedom of access to information on the environment*);

Leonor Rossi, Patricia Vinagre e Silva, *Public Access to Documents in the EU*, Oregon, 2017;

Уредба о јавном приступу документима Парламента, Савета и Комисије, бр. 1049/2001 од 30. маја 2001.(*Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents*);

Уговор о функционисању ЕУ (*Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union – Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – Protocols – Annexes – Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 – Tables of equivalences, Official Journal C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390*);

Tor Eigil Hodne, „The European Green Deal – A Norwegian Perspective", *European Energy & Climate Journal*, 1/2020, 18-20;

Miruna Butnaru-Troncota, „European Green Deal and the New Policy Goals in Transport and Mobility – How Gamification Can Influence Pro-Environmental Behaviour for Cutting Carbon Emissions in the EU", *Europolity: Continuity and Change in European Governance*, 2/2020, 89-130;

Одлука Парламента и Савета бр. 1386/2013 од 20. новембра 2013. (*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' Text with EEA relevance*);

Предлог Одлуке о ацкионом програму за животну средину (*Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council on a General Union Environment Action Programme to 2030, COM(2020) 652 final, 2020/0300 (COD)*;

Иницијатива Комисије од 22. јануара 2014. (*Communication from the Comission to the European Parliament, the Council The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A policy framework for climate and energy in the period from 2020 to 2030, COM(2014) 15 final*);

Саопштење Комисије од 11. децембра 2019. (*Communication from the Commission, The European Green Deal, COM(2019) 640 final*);

Steven Verschuur, Cecilia Sbrolli, „The European Green Deal and State Aid: The Guidelines on State Aid for Environmental Protection and Energy towards the Future", *European State Aid Law Quarterly,* 3/2020, 284-289;

Nicholas S. Bryner, „The Green New Deal and Green Transitions", *Vermont Law Review*, 4/2020, 723-776;

Charles Lee, „Confronting Disproportionate Impacts and Systemic Racism in Environmental Policy", *Environmental Law Reporter*, 3/2021, 10207-10225;

Стратегија управљања отпадом за период 2010-2019. године, („Сл. гласник РС", бр. 29/2010);

Одлука Владе РС о утврђивању Националног програма заштите животне средине од 21. јануара 2010. године, бр. 353-459/2010-1;

Martti Koskenniemi, „Peaceful Settlement of Environmental Disputes", *Nordic Journal of International Law*, 1/1991, 73-92;

Kurt Riechenberg, „The Case Law of the European Court of Justice on Free Trade and the Environment", *Currents: International Trade Law Journa*l, 2/1995, 50-57;

Jacob Oberg, „Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law", *New Journal of European Criminal Law*, 4/2011, 402-425;

Директива о заштити животне средине путем кривичног права, бр. 2008/99 од 19. новембра 2008. (*Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law*);

Мирјана Дреновак-Ивановић, Сретен Ђорђевић, Синиша Важић, *Правни инструменти еколошке заштите – грађанскоправна и кривичноправна заштита*, Организација за европску безбедност и сарадњу, Мисија у Србији, Београд, 2015;

Jessie Chella, *The Complicity of Multinational Corporations in International Crimes: an Examination of Principles*, Doctoral Thesis, Bond University, 2012, доступна на: https://pure.bond.edu.au/ws/portalfiles/portal/18264556/The_Complicity_of_Multinational_Corporations_in_International_Crimes.pdf;

Директива о заштити воде од загађења узрокованог нитратима из пољопривредних извора, бр. 91/676 од 12. децембра 1991. (*Council Directive 91/676/EEC of 12 December 1991 concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources, Official Journal L 375 , 31/12/1991 P. 0001 – 0008);*

C-161/00, *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*, Пресуда од 14. марта 2002;

Директива о процени ефеката на животну средину одређених јавних и приватних пројеката, бр. 85/337 од 27. јуна 1985. *(Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment)*;

Директива о загађењу узрокованом одређеним опасним супстанцама испуштеним у водену средину Заједнице, бр. 76/464 од 04. маја 1976.*(Council Directive 76/464/EEC of 4 May 1976 on pollution caused by certain dangerous substances discharged into the aquatic environment of the Community)*;

C-384/97, *Commission of the European Communities v Hellenic Republic,* Пресуда од 25. маја 2000;

Директива о промоцији коришћења енергије из обновљивих извора, бр. 2018/2001 од 11. децембра 2018. (*Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, PE/48/2018/REV/1 OJ L 328, 21.12.2018, p. 82–209);*

T-141/19, *Peter Sabo v the European Parliament and the Council of the European Union,*одлукаод 06. маја 2020;

C-297/20 P, *Peter Sabo v the European Parliament and the Council of the European Union* (Appeal under Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union), одлука од 14. јануара 2021;

Директива о очувању природних станишта и дивље флоре и фауне, бр. 92/43 од 21. маја 1992. (*Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora*);

C-461/17, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the High Court (Ireland)*, Пресуда од 07. новембра 2018.

*Bojan N. Tubić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*B.Tubic@pf.uns.ac.rs*

*Stefan N. Radojčić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*S.Radojcic@pf.uns.ac.rs*

## Current Issues and Development Tendencies of the Right to a Healthy Environment in the EU Law

***Abstract:*** *In the light of current global tendencies and a concern for the issue of environmental protection, this paper aims to provide an analysis of most important issues in this field, within the EU Law. Elements of the right to a healthy environment are systematically regulated in the communitarian law. First, there is a long-standing normative activity of these issues, which in the last two years resulted in the adoption of new strategic documents. Second, jurisprudence of the ECJ has also followed development of the legislation, as well as circumstances in which those documents have been applied. Therefore, special attention is drawn to the newly-adopted general acts, created with long-term aims, and based on normative and factual experience over past decades. Its purpose is to achieve sustainable development goals in a multidimensional manner. Furthermore, an analysis of selected judgments of the ECJ shows the efficiency in application of relevant regulations and directives. Moreover, the interpretation of the EU law is of special importance, where the ECJ has a significant role. With regard to the universal character of this topic, the paper provides a short overview of the relevant legal framework in the USA, Norway and Serbia. Negotiations on the joining the EU imply the harmonization of domestic law with the standards of the communitarian law. By observing the Serbian environmental legal framework, it could be said that there is determination and concrete measures in the process of harmonization. On the basis of previously mentioned issues, authors structured the paper and aspects of the research contained therein, followed by the conclusions provided in the final chapter.*

***Keywords:*** *environment, European Union, European Green Deal, climate neutrality.*

Датум пријема рада: 05.06.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 16.06.2021.
Датум прихватања рада: 16.06.2021.

Прегледни рад 331.4:578.834
doi:10.5937/zrpfns55- 32276

*Бојан П. Урдаревић*
*Универзитет у Крагујевцу*
*Правни факултет у Крагујевцу*
*burdarevic@jura.kg.ac.rs*

# РАД НА ДАЉИНУ КАО СПЕЦИФИЧАН НАЧИН ОРГАНИЗАЦИЈЕ РАДА

***Сажетак**: Последњих година, нарочито са развојем електронског пословања и трговине, све је заступљенији, тзв. флексибилни модел запошљавања, односно рад ван просторија послодавца. Са аспекта послодавца, овај модел запошљавања има доста погодности у виду смањења одређених трошкова, али и за запосленог је удобнији јер не мора да путује сваки дан на посао. С друге стране, велики недостатак оваквог рада је управо у томе што је тешко раздвојити приватан живот од радних обавеза.*

*Велике промене у привредама и друштвима земаља у свету до којих је довела пандемија заразне болести ковид-19 у 2020. и 2021. години у великој мери је утицала и на свет рада. Највећа промена до које је дошло у свету рада јесте промена места обављања рада, па уместо у просторијама послодавца, запослени су масовно прешли на рад на даљину, обављајући га најчешће код куће, нарочито током периода трајања ванредног стања и забране кретања становништва. У том периоду рад на даљину и рад код куће почињу све чешће да се користе као синоними за означавање специфичног начина обављања рада – ван просторија послодавца. Таква неуобичајена ситуација је оставила многе државе затечене како да помогну запосленима и послодавцима, услед недостатка одговарајућег правног оквира, али и мањка ресурса за улагање у нове радне услове, пре свега путем нових технологија. У том смислу, рад на даљину показао се као врло успешно средство којим се омогућава континуитет у пословању послодавца, нарочито у време природних катастрофа и пандемија, али су истовремено отворена и многа правна питања везана за карактер и природу обављања оваквог рада.*

***Кључне речи:** рад на даљину, Међународна организација рада, пандемија ковид-19, место рада.*

## 1. ПОЈАМ РАДА НА ДАЉИНУ

Почетком XX века успостављени су темељи међународног радног законодавства на основу којих су многе државе усвојиле одговарајуће законе којима се штите основна људска права на раду. Стандардни облик радног односа који се заснива на неодређено време постао је правило, заштита од незаконитог отказа глобални стандард, а право на колективно преговарање заживело је у великом броју земаља.[1] Међутим, под снажним утицајем четврте индустријске револуције, односно дигитализације, доводе се у питање сви претходно успостављени темељи радног законодавства, посебно они који у средиште постављају радни однос на неодређено време с пуним радним временом, јер се исти послови све више почињу обављати на даљину, без јасног ограничења радног времена.[2]

Рад на даљину настао је у Сједињеним Америчким Државама, током 70-их и 80-их година прошлог века и непрестано се развијао током наредних деценија. У литератури се сматра да је термин „рад на даљину" први сковао Џек Најлс (*Jack Nilles*), у то време инжењер Националне ваздухопловне и свемирске администрације (*National Aeronautics and Space Administration – NASA*) како би описао ситуацију у којој радници раде код куће, далеко од својих канцеларија и шаљу податке и документе у седиште послодавца путем телефонских линија.[3]

У почетку, рад на даљину се обављао код куће, да би се, услед развоја информационих и комуникационих технологија 90-их година прошлог века, развио мобилни рад на даљину, где кућа, као место рада, није опредељујући фактор. Коначно, са настанком и развојем интернета и његовом употребом у комерцијалне сврхе, настаје трећи облик рада на даљину, у литератури познат као „виртуелни рад на даљину", који омогућава извршавање рада на пословима код којих је запослени стално у покрету или на путу.[4]

---

[1] Сенад Јашаревић, Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ, *Часопис за за радно право и социјално осигурање Србије*, Београд, бр. 1/2019, 70.

[2] Посматрано из садашње перспективе, претходне индустријске револуције доносиле су више социјалне сигурности и већу запосленост, али са четвртом индустријском револуцијом то више није случај. За сада, она је утицала на огромну поларизацију тржишту рада између лако запошљивих радника, с једне стране и оних који све теже проналазе посао, са друге стране. Информационе технологије постају све важнија привредна компонента да поједини аутори данас о модерној економији говоре као о дигиталној економији. Више у: Сенад Јашаревић, Утицај дигитализације на радне односе, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 2016, вол. 50, бр. 4, 1104.

[3] Jack M. Niles, Telecommunications and organizational decentralization, *IEEE Transactions on Communications*, 1975, 23 (10), 1142-1147.

[4] Vittorio di Martino, Linda Wirth, Telework: A new way of working and living, *International Labour review*, бр. 5/1999, 530.

Такође, иако данас рад на даљину постаје све учесталији, треба приметити да нису све државе имале исте мотиве за његово увођење. На пример, у Јапану, рад на даљину представља средство борбе против укупног смањења броја радника, а као директне последице пада наталитета. У том смислу, рад на даљину се промовише да би се оснажила позиција жена на тржишту рада и омогућило им се да обављају рад код куће, а истовремено и брину о деци.[5] С друге стране, у Сједињеним Америчким Државама, 2010. године усвојен је Закон о унапређењу рада на даљину (*The Telework Enhancement Act*) којим је омогућено да сви запослени у савезној администрацији могу да обављају рад на даљину.[6] Међутим, за разлику од Јапана, разлог усвајања оваквог закона не налази се у демографским проблемима, већ у страху од птичјег грипа и његове пандемије, још 2000. године, када је било препоручено да сви запослени у федералним органима управе избегавају долазак на посао и уместо тога раде на даљину. Коначно, у појединим државама, попут Бразила и Индије, предности рада на даљину огледају се у томе што се омогућава радницима да се не излажу озбиљном здравственом ризику повезаним са загађењем ваздуха док путују на посао или се враћају са посла. Ово је нарочито изражено и у главним градовима других многољудних држава, где се због лоше саобраћајне инфраструктуре и дуготрајног пута до посла, рад на даљину показује као успешна алтернатива која чува људске животе. Ово су само неки од примера који показују да рад на даљину свакако поседује одређене предности, било да су оне везане за демографске или здравствене чиниоце, односно политике усклађивања породичних и радних обавеза.

Данас бисмо рад на даљину могли дефинисати као рад посредством информационих и комуникационих технологија који се обавља ван просторија послодавца. Овако широко постављена дефиниција обухвата све типове рада на даљину, почев од рада код куће посредством нових технологија, па до нових облика рада на даљину. Важно обележје рада на даљину представља употреба нових технологија за извршавање престације рада, при чему опрему која је неопходна за рад, по правилу, обезбеђује, инсталира и одржава послодавац, осим ако запослени не користи своју опрему.[7]

Пре избијања пандемије ковид-19, развој рада на даљину текао је врло споро и био је различито заступљен у појединим државама. Тако, на пример, према подацима који се односе на 2015. годину, чак 18,8 одсто радно способног становништва у државама чланицама Европске уније радило је на даљину,

[5] Jon. C. Messenger, Telework and its effects in Europe, in: John, C. Messenger (eds.) *Telework in 21st century An Evolutionary Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2019, 287.

[6] Telework Enhancement Act of 2010, Public Law 111-292 PUBL292.PS (congress.gov)

[7] Љубинка Ковачевић, Рад на даљину – правни аспекти, *Часопис за радно право и социјално осигурање Србије*, Београд, 2009, 96.

при чему је највиши проценат забележен у Данској (38 одсто) и Шведској (33 одсто), а најнижи у Италији (осам одсто) и у Грчкој (10 одсто).[8]

Међутим, од пролећа 2020. године учесталост рада на даљину у земљама чланицама Европске уније је експоненцијално порасла. Према истраживању које је спровела Европска фондација за унапређење услова живота и рада (*Eurofound*), скоро половина запослених радила је на даљину барем део времена током трајања пандемије ковид-19, па се може говорити о својеврсној „*ad hoc*" револуцији рада на даљину у којој су учествовали углавном запослени са привилегованим социјално-економским положајем.[9] Иако су различити облици рада на даљину примењивани у пракси многих послодаваца широм света и пре пандемије, 2020. године је, према оцени Међународне организације рада, започео „највећи експеримент масовног рада на даљину у историји".[10]

С друге стране, приметно је и да је за време пандемије, значајно повећан број радника који обављају рад код куће посредством информационих технологија, као и оних који раде на даљину, па стога, у последње време, у појединим анализама се термин „рад на даљину" и термин „рад код куће" све више употребљавају као синоними. У том смислу, заправо, рад на даљину треба схватити као најшири концепт који у себи садржи и појам рада код куће.[11] Ипак, чини се да је овакво поједностављивање концепта рада на даљину неприхватљиво, из разлога што се рад код куће најчешће односи на традиционалне облике мануелног рада који се обавља од куће, и то углавном од стране нискоквалификоване радне снаге и без употребе информационих и комуникационих технологија. Поред тога, рад на даљину се не обавља само код куће, већ и са било ког другог места на коме постоји интернет веза. На крају, рад код куће може подразумевати и бављење занатима који не укључују информационе технологије.

Коначно, наведена статистика нас може навести на закључак да ће због тренутно високих процената рада на даљину доћи до постепеног нестанка традиционалног начина организације рада, што сматрамо претераним, посебно ако се узме у обзир да је рад на даљину за време пандемије ковид-19 био обавезан у свим државама Европске уније, па и Републике Србије, јер је послодавце поставио пред избор, или рад на даљину или затварање без

---

[8] Eurofound, „Percentage of workers doing telework and ICT-based mobile work", https://www.eurofound.europa.eu/data/percentage-of-workers-doing-telework-and-ict-based-mobile-work

[9] Eurofound, *Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020, 59.

[10] International Labour Office, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond: A Practical Guide*, Geneva 2020, 1.

[11] Eurofound, *Labour market change – Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?* 2020, 6.

могућности обављања рада. Ипак, сигурно да се од оваквог начина организације рада неће одустати ни након пандемије, те да рад на даљину више неће бити маргиналан начин обављања рада за другога као што је то био у прошлости. У том смислу, рад на даљину се показао као врло успешно средство којим се омогућава континуитет у пословању послодавца, нарочито у време природних катастрофа и пандемија, али су истовремено отворена и многа правна питања везана за карактер и природу обављања оваквог рада.

## 2. РАД НА ДАЉИНУ У МЕЂУНАРОДНИМ АКТИМА

Међународна организација рада до данас није дефинисала, нити ближе уређивала рад на даљину путем конвенција и других инструмената којима уређује међународне радне стандарде. Разлози за то леже, између осталог, и у чињеници да овакав модалитет обављања рада није био посебно развијен и присутан у радним односима у свету до краја XX и почетка XXI века, праћеног убрзаним развојем технологије која је омогућила рад на даљину. Ипак, пандемија ковид-19 поставила је бројне изазове пред Међународну организацију рада, од којих се један односио на потребу за очувањем радних места. Одговор Међународне организације рада, више изнуђено решење у датом тренутку, било је истицање рада на даљину као погодног начина организације рада који истовремено смањује могућност преношења заразе, али и омогућава запосленима да задрже своје послове.[12]

У светлу потребе за очувањем радних места, велики проблем представљала је неуједначност или чак непостојање јединствене, међународно прихваћене дефиниције рада на даљину. Према једној дефиницији коју су заједно поставили Међународна организација рада и Европска фондација за унапређење услова живота и рада (*Eurofound*), рад на даљину дефинисан је као „употреба информационо-комуникационих технологија, као што су: паметни телефони, таблети, лаптоп и десктоп рачунари – у циљу обављања рада ван просторија послодавца."[13] На овај начин се као битно обележје рада на даљину истиче употреба нових технологија, које чини централно обележје овог облика рада. Међутим, последице пандемије ковид-19 биле су такве да је велики број радника био принуђен да ради код куће, али без употребе нових технологија, тако да су сви они остали ван домашаја поменуте дефиниције. На њихов статус може се применити једино Конвенција Међународне

[12] International Labour Organization, *A policy framework for tackling the economic and social impact of the COVID-19 crisis*, 2020, 11.

[13] Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva 2017, 3.

организације рада бр. 177 о раду од куће из 1996. године и која је негде карактеристична и по врло скромном броју ратификација.[14] Иначе, уз Конвенцију бр. 177 усвојена је и Препорука бр. 184 о раду од куће која разрађује стандарде поменуте Конвенције и којом се, између осталог, препоручује да послодавци воде евиденцију свих радника од куће које запошљавају и послова које обављају. Евиденција о пословима треба да садржи, између осталог, и податке о: издвојеном времену, висини накнаде, трошковима насталим на терет радника у вези са обављањем посла (као што је употреба енергије, воде, комуникацијске опреме и одржавање машина и опреме) и накнади која му је по том основу исплаћена.

С обзиром да не постоји ни један инструмент Међународне организације рада који на непосредан начин регулише питање рада на даљину, на исти се посредно примењују стандарди који су утврђени фундаменталним конвенцијама, али и све остале конвенције и препоруке које се на посредан начин баве утицајем технолошких иновација на правни положај запослених. Неке од њих предвиђају и право запослених и њихових професионалних организација да буду обавештавани и консултовани увек када послодавац планира или реализује увођење нових технологија које могу значајно да утичу на положај запослених[15].

Са друге стране, европско радно право поседује извор који непосредно уређује рад на даљину. Реч је о Оквирном споразуму о раду на даљину, као аутономном извору комунитарног радног права који је закључен после вишегодишњег противљења послодаваца да се рад на даљину уреди као посебан начин организације и извршавања рада. За разлику од других споразума које су европски социјални партнери закључили, овај није постао обавезујући акт у виду директиве Европске уније, већ су за његову примену задужени социјални партнери у државама чланицама. Споразумом је рад на даљину дефинисан као „облик организовања рада, коришћењем информационе технологије, у оквиру уговора радног односа, када се рад који би могао бити

[14] Поменуту Конвенцију ратификовало је свега 10 држава, а од држава у окружењу Републике Србије то су учиниле Албанија (2002), Бугарска (2009), Босна и Херцеговина (2010) и Северна Македонија (2012). Конвенција је значајна због тога што садржи дефиницију рада од куће, као рада који обавља радник од куће у свом дому или другим просторијама по сопственом избору, ван просторија послодавца; за накнаду; којим се стварају добра или услуге на начин на који је послодавац то одредио, без обзира на то ко обезбеђује опрему, материјале или друге ресурсе који се користе у раду, осим када радник има степен аутономије и економске независности да се може сматрати независним радником према домаћим прописима или судским одлукама. Поред тога, важно је то што Конвенција прави разлику између радника од куће и запослених који повремено раде од куће, наглашавајући то да ове друге такав начин обављања рада не чини радницима од куће.

[15] Такве су, на пример, Конвенција бр. 158 и Препорука бр. 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, или Конвенција бр. 168 о политици запошљавања.

обављан и у просторијама послодавца редовно обавља ван тих просторија"[16]. Притом се под радом на даљину подразумевају његова три облика: рад на даљину од куће, мобилни рад на даљину (путем преносивих комуникационих система) и рад у центрима за рад на даљину[17].

Дакле, слично раније поменутој заједничкој дефиницији Међународне организације рада и Еурофонда, коришћење информационо-комуникационих технологија представља обавезни елемент рада на даљину и у дефиницији европских социјалних партнера. Од осталих елемената рада на даљину утврђених Споразумом, важно је напоменути и добровољност, односно да је рад на даљину увек добровољан, како за радника, тако и за послодавца и да радник који ради на даљину ужива иста радна права и услове рада као и упоредни радник код истог послодавца који ради у његовим просторијама. Послодавац има низ обавеза, укључујући и то да: обезбеди поштовање заштите података од стране радника; поштује приватност радника; обезбеди, инсталира и одржава опрему неопходну за рад на даљину и обучи радника да је користи; покрије све трошкове раднику који произађу из рада на даљину; заштити безбедност и здравље радника; спречи изолованост радника од осталих радника који су запослени код послодавца. Запослени сам управља организацијом свог радног времена, у оквирима утврђеним релевантним прописима, колективним уговорима и правилима усвојеним од стране послодавца.

Поред стандарда утврђених Оквирним споразумом, као најдетаљнијим актом којим се регулише рад на даљину, на положај и права радника који раде на даљину примењују се и фундаментални радни стандарди утврђени одговарајућим директивама Европске уније. То се односи и на прописе у области безбедности и здравља на раду, у складу са обавезом послодавца да обезбеди њихово поштовање и у случају оваквог начина рада. С обзиром на то да је и Оквирним споразумом препознато да „специфичности рада на даљину уобичајено захтевају додатне писане информације" о условима рада, нарочито су значајни стандарди утврђени Директивом Савета број 91/533/ЕЕЗ од 14. октобра 1991. године о обавези послодавца да обавести раднике о условима који се примењују на уговор или радни однос и Директивом (ЕУ) број 2019/1152 Европског парламента и Савета од 20. јуна 2019. године о транспарентним и предвидљивим условима рада у Европској унији. Тако је Директивом бр. 91/533/ЕЕЗ послодавац обавезан да радника обавести о суштинским аспектима уговора о раду, односно радног односа, а, између осталог,

[16] ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP, *Framework Agreement on Telework*, 2002, 2.

[17] Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Paper: Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, 2008, 34.

и о трајању уобичајеног радног дана или радне недеље радника.[18] Директива број 2019/1152 отишла је још даље у заштити радника који раде у флексибилним облицима рада, као што је рад на даљину. Једна од најзначајнијих одредби у том погледу односи се на обавезу послодавца који има непредвидљив образац рада (тј. организацију радног времена) да радника обавести о: чињеници да је радно време променљиво, броју гарантованих плаћених радних сати и накнади за рад обављен током додатних радних сати у односу на гарантоване; референтним сатима и данима у оквиру којих радник може бити позван да обавља посао; минималном периоду претходног обавештења на које радник има право пре почетка обављања неког радног задатка и року до ког послодавац може отказати радни налог.[19] Више је него јасна је намера творца Директиве да се укаже на чињеницу да нови облици радног ангажовања и тзв. „флексибилизација рада", не смеју да доводе до урушавања основних принципа радног права и ускраћивања основних радних права лицима која су на тај начин ангажована.[20]

Такође, имајући у виду то да радници који раде на даљину често раде од куће, и да се рад на даљину који се обавља од куће понекад бира од стране радника и као део стратегије за боље усклађивање пословних и породичних обавеза (нарочито од стране радница)[21], важни су и стандарди утврђени Директивом (ЕУ) број 2019/1158 Европског парламента и Савета од 20. јуна 2019. године о равнотежи између пословног и приватног живота родитеља и неговатеља којом се ставља ван снаге Директива Савета број 2010/18/ЕУ. Примера ради, чланом 9. ове директиве утврђена је обавеза држава чланица да обезбеде право радника да захтевају флексибилне услове рада ради пружања неге, под којима се подразумева „могућност да радници прилагоде своје радне обрасце, укључујући путем употребе радних аранжмана на даљину, флексибилног радног времена или смањења броја радних сати".[22] Ово право се односи на раднике који су родитељи деце до осам година старости,

---

[18] Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, Official Journal of the European Union L 288, од 18.10.1991. године.

[19] Council Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, Official Journal of the European Union L 186/105, од 11.07.2019. године.

[20] Марио Рељановић, Информационе технологије и изазови у реформи радног права, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2020, 774.

[21] Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva 2017, 19.

[22] Council Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and careers and repealing Council Directive 2010/18/EU, Official Journal of the European Union L 188, од 12.7.2019. године.

као и на оне који пружају личну негу или подршку сроднику или лицу са којим живе у истом домаћинству, а које има потребу за значајном негом или подршком из озбиљног здравственог разлога. На крају, важно је напоменути то да се радници који раде на даљину суочавају са учесталијим прековременим радом, па су за њихово благостање од посебног значаја стандарди утврђени Директивом Европског парламента и Савета број 2003/88/ЕЗ од 4. новембра 2003. године о одређеним аспектима организације радног времена. Важно је напоменути то да ова директива не предвиђа изузетке од примене стандарда који се односе на дневни и недељни одмор, паузе током рада и рад ноћу када је реч о раду на даљину.

Проблеми правног дефинисања и класификације појмова у погледу рада на даљину нису једина нова питања која су се појавила у ЕУ услед пандемије. Сама природа рада на даљину (која се у новим околностима у највећем броју случајева односила на рад од куће) доживела је дубинске промене. С обзиром на то да је њему прибегнуто као решењу које је углавном изнуђено, и то због увођења ограничења кретања људи од стране јавних власти, то је довело, примера ради, до тога да његов утицај на породични живот постане претежно негативан у случају радника са породичним обавезама, за разлику од ситуације која је владала пре пандемије.

## 3. ПРАВНИ РЕЖИМ И СПЕЦИФИЧНОСТИ РАДА НА ДАЉИНУ

Услед нових тенденција у самом појму радног односа, јавља се неколико битних новина које у значајној мери трансформишу правни приступ радним односима уопште.[23] Стога, поједини аутори истичу да промењена функција радних односа, као последица флексибилизације сталног радног односа, захтева „реконфигурацију појма радног односа."[24]

Међутим када анализирамо рад на даљину, треба имати у виду да он не представља нов облик радног односа, већ нов начин организације рада, који могу обављати запослена, али и самозапослена лица. У сваком случају, рад на даљину мора бити добровољно успостављен, што значи да запослени мора бити сагласан да на овај начин обавља рад, као и да приликом обављања рада употребљава информационе технологије као средство за извршавање рада.

Када је реч о месту на којем се извршава рад, у случају рада на даљину, запослени обавља послове за послодавца на било ком адекватном месту које

[23] Сенад Јашаревић, Радно право Србије у XX и XXI веку, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018, 927.

[24] Gerhard Bosch, Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe, *British Journal of Industrial Relations*, 42:4, 0007–1080 December 2004, 633.

се налази изван просторија послодавца. У традиционалном концепту радног односа место рада представљало је један од основних института радног права, на који се непосредно или посредно примењује већи број радноправних норми. Ово је и логично, јер радно место из угла запосленог, представља простор у коме он обавља све своје радне активности, комуницира са колегама, остварује индивидуална, али и колективна радна права.[25] Временом, са појавом рада на даљину, место рада било схваћено као било који простор у коме радник обавља послове свог радног места, према уговору о раду.[26] Данас, уз употребу информационо-комуникационих технологија, радно место постаје све више „симболичан појам" јер не постоји више потреба да запослени буду физички присутни у просторијама послодавца.[27]

Међутим, чини се да и поред несумњивог значаја који одређивање места рада запосленог има у науци радног права, изостаје његово дефинисање, како у литератури, тако и у законским текстовима. Примера рада, једини позитивноправни пропис који садржи дефиницију појма „место рада" је и даље Закон о безбедности и здрављу на раду[28] који у чл. 4, тач. 6 дефинише радно место као „простор намењен за обављање послова код послодавца у којем запослени борави или има приступ у току рада и који је под непосредном или посредном контролом послодавца".

С обзиром на специфично место рада, које је ван просторија послодавца, поставља се и питање контроле над радом запосленог од стране послодавца. У почетку, постојали су значајни отпори раду на даљину од стране послодавца, који су се огледали управо у чињеници да традиционални модел контроле и издавања налога од стране послодавца, код рада на даљину, не функционише, што доводи до значајног неповерења управе, или послодавца у своје запослене који раде на даљину. Међутим, временом су уочене и позитивне карактеристике рада на даљину које у великом броју случајева превазилазе оне негативне. Једна од њих је и висок степен аутономије запослених приликом обављања рада, с обзиром да рад на даљину није занимање, већ посебан начин организације и обављања рада.[29]

Управо, аутономија коју запослени ужива приликом обављања рада на даљину, омогућава запосленима да организују радно време према својим

---

[25] На пример, према чл. 2 Закона о штрајку Републике Србије, штрајк се, између осталог, може организовати у предузећу или другом правном лицу.

[26] Vladimir Pezo, Pravni leksikon, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža", Zagreb, 2007, 1369.

[27] Gábor L. Mélypataki, Dematerialization of Workplace in Non-classical Labour Law Relations, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2019, 658.

[28] Закон о о безбедности и здрављу на раду („Сл. гласник РС", бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017).

[29] Љ. Ковачевић, Правна субординација у радном односу и њене границе, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 320.

потребама. На пример, могу да одведу децу у школу и дођу по њих их после школе, обаве неке кућне послове током дана када су радње отворене, а онда раде другим данима. Све ово значајно мења обрасце радног времена и на један потпуно нов начин редефинише сам концепт рада уопште. Ипак, аутономију приликом обављања рада треба схватити у ширем смислу, јер иста може бити предност за оне запослене који поседују завидан ниво самодисциплине, али исто тако може представљати велики проблем онима који нису томе склони.[30]

Такође, посебну пажњу треба посветити утицају рада на даљину на радно време запосленог. Скоро сва новија истраживања у државама Европске уније указују на тенденцију повећања радних сати код овакве организације рада.[31] Једина европска држава где овај тренд није присутан је Велика Британија, где према истраживањима радници на даљину раде мањи број радних сати од својих колега који обављају рад у канцеларијама.[32] Даље, статистика указује на процену да око 80% од укупног прековременог рада на даљину није плаћено, што је значајно више од оног који обављају запослени у просторијама послодавца. Један од разлога је тај што се код рада на даљину често губи разлика између радних обавеза запосленог по уговору о раду и неформалних задатака које послодавац, најчешће преко имејла или других комуникационих канала издаје запосленом током целог дана. С обзиром да се прековремени рад у случају рада на даљину најчешће не плаћа, треба посебно истаћи и психолошку компоненту код оваквог рада, односно, осећај кривице код самог запосленог, с обзиром да обавља неплаћени прековремени рад, па то време не може да посвети себи или својој породици.[33]

Дуже радно време у просеку, као и велики број неформалних задатака који радници на даљину обављају допринели су значајним променама у организацији радног времена. Другим речима, планирање осмочасовног радног дана или четрдесет часовне радне недеље је потпуно другачије у поређењу са стандардним пуним радним временом. На пример, само 9% од укупног броја запослених на даљину покушава да „копира" радно време у канцеларији.[34]

---

[30] Видети више у: Б. Урдаревић, Пружање услуга на даљину и код куће за време ванредног стања у: М. Мићовић (ур), *Услуге и права корисника* : *Зборник реферата са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Крагујевцу*, Крагујевац, 2020, 110.

[31] Michel Walrave, Marijke De Bie, Teleworking @ home or close to home, University of Antwerp, 2005, 108.

[32] Lutz Gschwind, Oscar Vargas, Telework and its effects in Europe, in: John, C. Messenger (eds.) *Telework in 21st century An Evolutionary Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2019, 48.

[33] Satu Ojala, Supplemental Work at home among Finnish wage earners: involuntary overtime or taking the advantage of flexibility? *Nordic Journal of Working life Studies*, vol. 1 No. 2/2011, 93.

[34] Emilie Genin, Proposal for a Theoretical framework for the analysis of time porosity, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial relations*, No. 3/2016, 290.

У литератури се све више истиче да управо недостатак јасних граница између породичних и радних обавеза доводи до тога да запослени на даљину раде дуже од оних у канцеларији, јер се плаћени рад „развлачи" и често меша са приватним животом.[35] С друге стране, повећање радних сати компензује се уштедама у радном времену приликом превоза на посао и са посла. Иако рад на даљину може да унапреди усклађивање породичних и радних обавеза, исто тако може и да избрише границу између посла и рада. Ту се види једна од контрадикторности обављања оваквог рада. С једне стране, нема губљења времена у превозу до и са посла, па би требало да остане више времена за породицу и породичне обавезе, али с друге стране, долази до повећања радних сати и све више супротстављених захтева између посла и породице. Такође. овде треба истаћи и питање права на приватност запосленог приликом обављања рада на даљину, где се често губи из вида околност да је запослени грађанин и да као такав ступа у радни однос са свим својим правима, која могу бити ограничена само у одређеним ситуацијама.[36]

За разлику од њихових колега које раде у канцеларијама, рад на даљину често подразумева рад ноћу, или у дане викенда, или празника. Другим речима, док рад на даљину, са једне стране, омогућава запосленом да боље и ефикасније организује своје радно време, у складу са личним потребама, с друге стране, они за исту зараду више раде од својих колега у канцеларији. То значи да је код рада на даљину, управо однос између породичних и радних обавеза врло осетљиво питање, али истовремено и главни мотив зашто се запослени опредељују за овакву организацију рада.

Поред питања радног времена, значајно је и питање безбедности и здравља на раду. Добробит за здравље запосленог који не мора сваког дана да проведе неколико сети у превозу до и са места рада су значајне. С друге стране, с обзиром да се рад обавља ван просторија послодавца, послодавац је дужан да обезбеди опрему која испуњава законом прописане услове, а неретко да организује и обуку запосленог за употребу опреме. Поред тога, послодавац је дужан да обавља периодичне провере места рада и обавештава запосленог који ради на даљину о потенцијалним опасностима које могу да настану приликом обављања оваквог рада. Овде треба истаћи и проблеме везане за заштиту здравља на раду, повезани са обављањем рада на даљину, као што су бол у врату, замор очију, прстију, итд, а који могу да буду последица неадекватне опреме за рад (неудобне столице за рад, неадекватних монитора, тастатуре, и сл). Посебно питање односи се на социјалну искљученост и недостатак социјалне интеракције код рада на даљину, али тај

[35] Lynette Harris, Home-based teleworking and the employment relationship: Managerial challenges and dilemmas, *Personnel Review*, 32(4), 2003, 425.

[36] Предраг Јовановић, Дарко Божичић, Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018, 867.

проблем треба сагледати у релативном смислу, јер поједине државе, нпр. Јапан, ово не сматрају недостатком овакве организације рада.

Као начин превазилажења очигледних недостатака рада на даљину, који се често огледају у својеврсној експлоатацији радника, све више се у литератури говори о праву на прекид везе (*right to disconnect*) које покушава да ограничи негативне ефекте рада на даљину у смислу заштите запослених.[37] Непрекидна доступност за рад доводи до све већих очекивања послодавца да би запослени требало да буду доступни у сваком тренутку, што негативно утиче на равнотежу између породичних и радних обавеза, али и физичко и психичко здравље запослених.[38] Стога су поједине државе предузеле одређене мере у циљу заштите радника на даљину. Поједине заштитне одредбе налазе се у законима, као и посебним колективним уговорима, или колективним уговорима на нивоу послодавца, чији је циљ да ограниче комуникацију између радника на даљину и послодавца након редовног радног времена, или за време пауза у току рада. На пример, Француска је 2016. године, Законом о раду регулисала и право на прекид везе *(le droit à la déconnexion*), где је предвиђена обавеза за сваког послодавца који запошљава више од 50 запослених, да поседује интерни акт којим ће регулисати евентуалну употребу информационих и комуникационих технологија приликом обављања рада и где ће се посебна пажња обратити на коришћење одмора у току рада, празнике и породичне обавезе запослених који раде на даљину[39].

Имајући у виду предности и недостатке рада на даљину, као и чињеницу да исти већ увелико представља саставни део система радних односа у већини европских земаља, може се закључити да је пандемија ковид-19 поставила нове изазове у изучавању проблематике овакве организације рада. Један од њих је како све аспекте рада на даљину уклопити у постојећа радноправна правила која важе за све запослене, претходно уважавајући сва специфична обележја оваквог рада, посебно када је реч о безбедности и здрављу на раду, организацији и уређивању радног времена, усклађивању породичних и радних обавеза, као и заштити приватног живота запосленог.

## 4. ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да ће након пандемије ковид-19 велики број држава бити мотивисане да посвете пажњу дефинисању одговарајућих решења у циљу

[37] Luc Pansu, Evaluation of Right to Disconnect Legislation and Its Impact on Employees Productivity, *International Journal of Management and Applied Research*, Vol. 5 No. 3/2018, 99-119.

[38] Kristine Dery, Darl Kolb, Judith MacCormick, Working with connective flow: how smartphone use is evolving in practice", *European Journal of Information Systems*, Vol. 23, No. 5/2014, 558-570.

[39] L. Pansu, *op. cit*, 101.

заштите права запослених који раде на даљину. Први мотив односи се на потребу за очувањем великог броја запослених у земљи који поседују тражене вештине и знања и који, уколико не буду могли да нађу адекватно запослење на домаћем тржишту рада, врло лако могу да се запосле на глобалном тржишту рада. Други мотив односи се на изградњу конкурентног привредног амбијента који ће бити конципиран на флексибилнијим моделима ангажовања запослених.

Неспорно је да бројни послодавци и запослени данас желе више флексибилности у организацији радног времена, као и рада уопште, што им употреба нових технологија и омогућава. Ипак, да би се питање рада на даљину могло уредити на адекватан начин, неопходно је константно радити на едукацији, како послодаваца, тако и запослених о предностима и недостацима оваквог начина организације рада, како би се исти оспособили за доношење информисаних и квалитетних професионалних одлука.

Коначно, приликом израде правних прописа који регулишу рад на даљину, неопходно је заузети инклузивни приступ, где ће доносиоци одлука бити отворени за широку јавну и стручну дебату са социјалним партнерима, али и са експертима из ове области, чија ће улога бити од пресудног значаја за доношење квалитетних законских решења. Ово је посебно важно ако узмемо у обзир чињеницу да ће рад на даљину у будућности представљати доминантни образац рада великог броја запослених.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Bosch, G, Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe, *British Journal of Industrial Relations*, 42:4, 0007–1080 December 2004.

Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Paper: Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, 2008.

Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer‘s obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, Official Journal of the European Union L 288, од 18.10.1991. године.

Council Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, Official Journal of the European Union L 186/105, од 11.07.2019. године.

Council Directive (EU) 2019/1158 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on work-life balance for parents and careers and repealing Council Directive 2010/18/EU, Official Journal of the European Union L 188, од 12.7.2019. године.

Dery, K, Kolb, D, MacCormick, J, Working with connective flow: how smartphone use is evolving in practice", *European Journal of Information Systems*, Vol. 23, No. 5/2014.

Di Martino, V, Wirth, L, Telework: A new way of working and living, *International Labour review*, бр. 5/1999.

Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva 2017.

Eurofound, *Labour market change – Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?* 2020.

Eurofound, *Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020.

Genin, E, Proposal for a Theoretical framework for the analysis of time porosity, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial relations*, No. 3/2016.

Gschwind, L, Vargas, O, Telework and its effects in Europe, in: John, C. Messenger (eds.) *Telework in 21st century An Evolutionary Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Harris, L, Home-based teleworking and the employment relationship: Managerial challenges and dilemmas, *Personnel Review*, 32(4), 2003.

International Labour Office, *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond: A Practical Guide*, Geneva 2020.

International Labour Organization, *A policy framework for tackling the economic and social impact of the COVID-19 crisis*, 2020.

Јашаревић, С, Утицај дигитализације на радне односе, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, вол. 50, бр. 4/2016.

Јашаревић, С, Радно право Србије у XX и XXI веку, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018.

Јашаревић, С, Усклађивање радног права Србије са новим тенденцијама, стандардима МОР и ЕУ, *Часопис за за радно право и социјално осигурање Србије*, Београд, бр. 1/2019.

Јовановић, П, Божичић, Д, Право запосленог на приватност као сегмент безбедности и здравља на раду, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2018.

Ковачевић, Љ, Рад на даљину – правни аспекти, *Часопис за радно право и социјално осигурање Србије*, Београд, 2009.

Ковачевић, Љ, Правна субординација у радном односу и њене границе, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.

Mélypataki, G, Dematerialization of Workplace in Non-classical Labour Law Relations, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2019.

Messenger, J, Telework and its effects in Europe, in: John, C. Messenger (eds.) *Telework in 21st century An Evolutionary Perspective*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Niles, J, Telecommunications and organizational decentralization, *IEEE Transactions on Communications*, 1975.

Ojala, S, Supplemental Work at home among Finnish wage earners: involuntary overtime or taking the advantage of flexibility? *Nordic Journal of Working life Studies*, vol. 1 No. 2/2011.

Pansu, L, Evaluation of Right to Disconnect Legislation and Its Impact on Employees Productivity, *International Journal of Management and Applied Research*, Vol. 5 No. 3/2018.

Pezo, V, Pravni leksikon, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža”, Zagreb, 2007.
Рељановић, М, Информационе технологије и изазови у реформи радног права, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2020,
Урдаревић, Б, Пружање услуга на даљину и код куће за време ванредног стања у: М. Мићновић (ур), *Услуге и права корисника* : *Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Крагујевцу*, Крагујевац, 2020.
Walrave, M, De Bie, M, Teleworking @ home or close to home, University of Antwerp, 2005.

*Bojan P. Urdarević*
*University of Kragujevac*
*Faculty of Law Kragujevac*
*burdarevic@jura.kg.ac.rs*

## Teleworking: a New Method for Organizing Work

***Abstract:*** *Recently, especially with the development of information technologies, the so-called flexible employment modes is increasingly represented. From the employer standpoint, this employment model has a lot of benefits in the form of reducing certain costs, but it is also more comfortable for an employee because there is no commuting. On the other hand, the great disadvantage of this kind of work is that it is difficult to separate private life from work obligations.*

*The great changes in the economies and societies of the countries in the world brought about by the pandemic of infectious disease COVID-19 in 2020 and 2021 have greatly affected the world of work. The biggest change that has taken place in the world of work is the change of place of work, so instead of in the employer`s premises, employees switched to teleworking, mostly at home, especially during the state of emergency and prohibition of free movement. During that period, telework and work at home began to be used more and more often as synonyms for designating a specific way of conducting work – outside the employer`s premises. Such an unusual situation has left many countries surprised by how to help employees and employers, not only due to the lack of appropriate legal framework, but also due to the lack of resources needed for new technologies. In that sense, teleworking has proven to be a highly successful means of enabling continuity in the employer`s business, especial in times of natural disasters and pandemics, but at the same time, many legal issues related to the nature of such working regime are open.*

***Keywords:*** *teleworking, International Labor Organization. pandemic COVID-19, workplace.*

Датум пријема рада: 10.05.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 342.518:342.511(44)
doi:10.5937/zrpfns55-32351

*Милан М. Рапајић*
*Универзитет у Крагујевцу*
*Правни факултет у Крагујевцу*
*mrapajic@jura.kg.ac.rs*

# ПРВИ МИНИСТАР (ПРЕМИЈЕР) ПЕТЕ ФРАНЦУСКЕ РЕПУБЛИКЕ – ИЗМЕЂУ ЗНАЧАЈНОГ УСТАВНОГ ПОЛОЖАЈА И ПРЕОВЛАЂУЈУЋЕ ПРАКСЕ У СЕНЦИ ШЕФА ДРЖАВЕ

***Сажетак:*** *Једна од карактеристика система власти у Петој француској Републици је оснажена позиција шефа државе, али и постојање првог министра као уставне категорије са значајном улогом. Уставом је предвиђена политичка одговорност владе са првим министром и министрима пред парламентом. Одређени француски писци мишљења су да се премијер јавља као централна личност уставне грађевине. Овај челник егзекутиве управља владом, како гласи члан 21. Устава. Такође, постоје конкретна овлашћења која председника владе стављају у позицију њеног стварног шефа. Међу најважнијим овлашћењима премијера је његово право избора у погледу чланова владе. То је право предлагања председнику Републике именовања али и разрешења чланова владе. Премијер је овлашћен да премапотписује одређене акте председника Републике. У случају привремене спречености шефа државе, председник владе председава саветима и комитетима за националну одбрану, као и Саветом министара.У раду се анализирају уставне одредбе које наводе на закључак да је позиција премијера институционално конструисана као јака. Политичка пракса, изузимајући периоде кохабитације, указала је да се већина председника владе налазила у сенци углавном моћних шефова државе. Из тог разлога неопходна је анализа политичке праксе свих осам председничких владавина. Преглед већ сада дугог политичког живота који траје од 1958.године упућује на закључак да су у његовом најдужем периоду, председници републике доминирали јавном политичком сценом.*

*Премијер у кохабитационим периодима има израженију улогу у извршној власти. Ипак, девет година у три кохабитације не могу да промене централни закључак овог рада да је доминантна политичка пракса Пете Републике довела до тога да је премијер суштински у сенци шефа државе.*

***Кључне речи:*** *први министар Пете француске Републике; организација владе; шеф државе; полупредседнички систем; Устав; политичка пракса.*

## УВОД

Овај рад могао би нас навести на два закључка, која се изводе ако се два феномена, одвојено посматрају и не доводе у везу – Устав Пете француске Републике и политички живот који му је неминован пратилац. Први закључак проистекао из анализе уставних норми показује да је француски премијер институционално јак, а други посматрајући политичку сцену да је моћ првог човека владе негативног салда, у односу на квантум овлашћења која му највиши општи правни акт додељује.

Да текст не би „патио" од дефеката који подразумевају занемаривање уставних норми али и политичких односа, ићи ће се следећим редом: положај премијера на основу Устава а онда и кроз мандате свих председника Француске (од 1958. године до данас) односно прикази њихове фактичке политичке моћи. Ипак, за разумевање односа између шефа државе и првог министра неопходно је указати сумарно и на овлашћења председника Републике у овој држави.

Тако у систему власти који је Морис Диверже *(Maurice Duverger)* у једном свом познатом раду назвао полупредседничким режимом (системом),[1] француски председник Републике на основу Устава из 1958. има значајна овлашћења[2]. Председник (почев од 1965. а регулисано уставном реформом

---

[1] „С тога се политички режим може сматрати полупредседничким ако устав који га успоставља комбинује три елемента: (1) председник републике је изабран на општим изборима; (2) он располаже веома значајним овлашћењима; (3) има насупрот себе, премијера и министре, који разполажу извршном и управном влашћу и могу да остану на функцији све док имају поверење парламента." Maurice Duverger, „A New Political System model: Semi-presidential Government" *European Journal of Political Research* 8/1980, 166.

[2] Поједини аутори у српској теорији уставног права организацију власти у Француској називају мешовитим системом и указују на уставно и политички изражен положај председника. То је „модел парламентаризма који се најчешће везује за француски Устав од 1958, а постоји и у Аустрији, Финској, Португалији, Пољској, Србији. Мешовити системи су надоградили стару француску варијанту парламентарног система (Устав од 1875) у којој је шеф државе активна извршна власт, где влада (министарски савет) мора да има сталну подршку скупштине, а министарска и посланичка функција су неспојиве ... Садашњи француски мешовити систем унео је неке елементе председничког и тиме се удаљио од класичног парламентаризма. Унутар извршне власти постоје такође две главе, али је председник Републике снажнија власт. Председник Републике се бира непосредно од стране грађана (елемент председничког система). Председник Републике је ауторитативни шеф извршне власти." Слободан Орловић, *Уставно право,* Универзитет у Новом Саду Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2019, 201.

из 1962. године) има изворни национални легитимитет који потиче из непосредних избора за шефа државе.[3] „У пракси, увек се одржава други круг избора, због тога је постало опште место рећи да се у Француској председник Републике директно бира гласањем у два круга.”[4] Према члану 5 Устава[5] шеф државе је арбитар који се стара о исправном функционисању јавних власти. Екстензивност овлашћења, поред функције арбитраже значи да за један део вршења надлежности не постоји обавеза министарског премапотписа, што је експлицитно регулисано Уставом (члан 19). То су оне председничке функције које се не своде само на медијаторство између јавних власти, него имају и усмеравајућу улогу. Председник је надлежан да именује првог министра и да уважи оставку владе; о појединим нацртима закона расписује референдум; пошто саслуша мишљења првог министра и председнике Сената и Националне скупштине, доњи дом може распустити и овлашћен је да упути поруке скупштини (поводом ових порука се не може отворити расправа); овлашћен је да Уставном савету[6] *(*надлежан је да именује 3 члана Уставног савета од њих укупно 9, ако се изузму ex officio чланови а то су бивши председници Републике као и да именује председника овог органа*)* поднесе захтев за оцену уставности предлога и пројеката закона који се предметно односе на међународну материју. У ситуацији ванредног стања, на основу члана 16 Устава на сопствену иницијативу председник Републике

[3] У теорији се примећује да је „уобичајено становиште да популарно изабрани председник оличава „јединство нације” (дакле, већине грађана – бирача који су гласали за њега).” Павле Јовановић, „Уставно-правни положај председника Републике Србије у компаративној перспективи”, *Зборник радова правног факултета у Новом Саду* 3/2007, 124.

[4] Dragoljub Popović, *Comparative government – In the Early Twenty-First Century*, University of Belgrade – Faculty of Law, Institute of Comparative Law Belgrade 2017, 155-156.

[5] Цео члан 5 Устава Француске гласи: „Председник Републике се стара о поштовању Устава путем своје арбитраже он обезбеђује редовно функционисање јавних власти као и континуитет државе. Он је гарант националне независности, интегритета територије, поштовања споразума заједнице и међународних уговора.” www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf, 15.април 2021.

[6] Не толико због уставних одредби, већ због велике политичке моћи коју је манифестовао први вршилац функције председника Републике, генерал Шарл де Гол (Charles de Gaule) а тај образац усвојила више или мање успешно већина потоњих председника створена је сенка на норме да: „Влади стоји на располагању државна управа и оружане снаге” (члан 20 став 2 Устава) и да: „Први министар руководи радом Владе. Он је одговоран за националну одбрану и осигурава примену закона.” „Политики план председника Републике, на Влади претворен у нацрт закона (или Владин акт са законском или подзаконском снагом) лако постаје законом у парламенту, посебно у периодима без кохабитације. Орган који у име Устава једини може да стане на пут политичкој намери председника Републике остаје само Уставни савет.” Слободан Орловић, *Владавина устава или уставног судства,* Универзитет у Новом Саду Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2013, 118-119.

може искористити ванредна овлашћења „фузионишући у својој личности" одређене надлежности других уставних органа. Ипак, не постоји солуција, да шеф државе у ванредном стању распусти Националну скупштину. С обзиром, да није обавезан министарски премапотпис за вршење наведених овлашћења, председник у обављању истих, нема политичку одговорност у односу на парламент „осим што се, с тим у вези, ствара политичка одговорност према бирачком телу. Политичка неодговорност према парламенту подразумева покриће владе за акта током обављања председничких функција."[7] После уставних промена 2008. године (којом је између осталог ограничен број мандата шефа државе, на највише два) неодговорност председника није смањена, управо супротно. Тако се против председника не може покренути правни поступак због радњи које не спадају у вршење овлашћења шефа државе, а обављене су током трајања мандата. Одговорност која значи да шеф државе може бити разрешен са функције а које изричу Национална скупштина и Сенат двотрећинском већином од укупног броја својих чланова а у случају неиспуњавања дужности, заменила је одговорност за кривично дело велеиздаје. Од овлашћења за која је потребан министарски премапотпис наводимо: потписивање указа о проглашењу закона, као и прописа и уредби које доноси Савет министара. „Премапотпис на видљив начин показује јединство ставова које у односу на политику земље заузимају политички неодговорни шеф државе и министри који су политички одговорни парламенту,"[8] а у француском случају бар формално парламентарно одговорне владе.

Председник Републике такође председава Саветом министара, саветима и врховним комитетима националне одбране, те командује оружаним снагама. Председник Републике представља Француску у међународним односима и у њено име издаје најважније документе. Шеф државе поставља шефове дипломатских мисија у иностранству и потписује њихова акредитивна писма. Он такође прима акредитивна писма шефова страних дипломатских мисија (амбасадора). Ту се не завршава улога француског шефа државе у одржавању међународних односа, јер је он у овом полупредседничком систему „и формално и материјално највиши орган заступања".[9] Државни поглавар у Француској је главни креатор спољне политике земље – уврежено је мишљење о резервисаном домену шефа државе у тој сфери (међународног) друштвеног живота.

---

[7] Đuzepe de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo*, J. P. Službeni glasnik Beograd 2015, 671.

[8] Miodrag Jovičić, *Odgovornost nosilaca javnih funkcija – uporednopravna studija*, Institut za uporedno pravo Beograd 1968, 36.

[9] Миленко Крећа, Бојан Милисављевић, *Међународно право представљања (дипломатско и конзуларно право),* Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд 2017, 77.

## 1. ПОЛОЖАЈ ВЛАДЕ СА „АКЦЕНТОМ" НА ПРВОГ МИНИСТРА

Такозвана „pro forme" дуална егзекутива била је особеност политичког живота Француске Треће и Четврте Републике, са приметним нагласком на доминацију председника Министарског савета и владе. По самом тексту Устава из 1958.године предвиђено је да извршна грана власти буде суштински бицефална.

У том контексту како другачије тумачити први став члана 20 Устава у коме је наведено да влада „одређује и води политику нације" већ као институционални значај колективног дела егзекутиве и њена еклатантна правно-политичка препознатљивост. Анализом уставних норми владу можемо означити као јавно тело, једну главу бицефалне егзекутиве, чију персоналну структуру чине чланови различитог ранга, са првим министром на челу. У Савет министара, његови припадници се формално састају заједно са премијером. С друге стране председник Републике председава овим Саветом, али се не сматра чланом владе. Историјски посматрано Савет министара је француски институционални дизајн, који је касније прихваћен и у другим уставним системима. Савет министара почео је да формално егзистира од усвајања некодификованог Устава Треће Републике 1875.године и одржао се под тим именом до данас. Иначе и у претходне две републике, шеф државе је председавао Саветом министара, па се због тога и данас може поставити питање (које је у тим прошлим временима и практично и теоријски опсервирано) да ли је било језички исправно тадашње премијере називати председницима министарских савета. Без обзира на језичке дилеме у политичком животу се одомаћило да први министар буде називан председником Савета министара. Данас, актуелном одредбом члана 21 став 4 Устава регулисано је да премијер замењује председника Републике у председавању Саветом министара на основу изричитог поверавања овлашћења и уз унапред утврђени дневни ред.

Ово тело разноликог је састава и ранга, за разлику од Србије на пример,[10] (о чему ће још бити говора), јер га чине: 1) министри у класичном смислу те речи, 2) државни министри (ако је донета политичка одлука да их у саставу Савета министара има са том титулом), 3) делегирани министри и 4) државни секретари. Као обавезујуће за чланове Савета министара регулисано је поштовање начела колегијалне солидарности. Тај принцип подложан је нарушавању и то контрирањем општој или секторској политици Савета. Тако члан Савета министара, може поднети оставку ако се не слаже са већинским

[10] У уставном систему Републике Србије „министри формално имају једнак положај у Влади (другачије је на пример, код француске или вестминстерске владе)". Slobodan P. Orlović, „Ustavne norme i položaj Vlade Srbije" *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 3/2012, 41.

ставом који је заузет поводом одређеног питања на самом Савету. Премијер по сопственој иницијативи може сменити „побуњененог министра" (било ког ранга). Захтев за политичким „одстрелом" члана Савета, премијеру може упутити и шеф државе. Када се ради о формалном уласку у владу, чланство се стиче декретом о именовању који доноси председник Републике. Иначе, шеф државе самостално именује премијера (члан 8 став 1 Устава). С друге стране, на премијерову иницијативу председник Републике доноси указ о именовању осталих чланова владе (члан 8 став 2 Устава). Овде се ради о подељеној надлежности. Мора постојати премијеров предлог и коначан акт председника Републике. Реч је о старом уставном решењу које су познавали и претходни системи. У претходној Четвртој Републици шеф државе је „дезигнирао" председника владе, а овај је заједно са министрима требало да добије обичном већином „инвеституру" у Скупштини. Посреди је решење одредбе члана 45 Устава из 1946. године која је произишла реформом из 1954. године. У старијој српској теорији уставног права својевремено је примећено да се „тиме лакше решава криза владе, али и истовремено учвршћује положај председника Републике јер се његов избор личности за шефа владе намеће у ствари скупштини."[11] Овакав поступак није регулисан последњим Уставом. Међутим, новоизабрана влада од Националне скупштине може да тражи гласање о поверењу, имајући у виду да је одредбом члана 49 став 1 Устава регулисано да „премијер након већања Савета министара поставља, пред Националном скупштином питање одговорности владе у вези с њеним програмом или евентуално декларацијом о општој политици". Уставом је регулисано да Национална скупштина покреће питање одговорности владе на начин да треба да се изјасни о предлогу за изгласавање неповерења. „Тиме је индиректно дато на значају гласању о програму владе."[12] Поводом системског односа између владе и парламента може се поставити питање да ли је пожељно, или је чак неопходно да влада одмах по свом формирању затражи гласање Националне скупштине о њеном поверењу. Један део доктрине сматра да је такав поступак обавезан и наводи, у прилог својој аргументацији, управо уставне механизме Треће и Четврте Републике. Три су могуће ситуације када се влади колективно гаси мандат. Наиме, председник владе може поднети оставку, самој влади може се догодити изгласавање неповерења и коначно, влади престаје мандат природним путем – смрћу премијера. Када се гашење мандата члана владе односи на одређену личност, тада је реч о индивидуалном моменту. Оставка, разрешење члана владе односно смрт министра су разлози индивидуалног престанка. Поводом оставке

[11] Vojislav Simović, „Ustavna reforma i neke karakteristike posleratnog ustavnog razvitka u Francuskoj", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1955, 428.

[12] Милан Рапајић, „Извршна власт у полупредседничким системима", *Универзитет у Крагујевцу Правни факултет,* Крагујевац, докторска дисертација 2016, 305.

члана владе јавља се ситуација у којој се изједначава оставка и само разрешење. Ту је по среди такозвана изнуђена оставка. У Уставу је наведено да до разрешења члана владе долази указом председника Републике, а на премијеров предлог. (члан 8 став 2 Устав из 1958. године) „Појединачне оставке или опозив имају различите мотиве: лична одговорност министра за лоше поступање у неком предмету, неслагање са владином политиком или једноставно недостатак професионализма и доказане инкомпатибилности."[13]

Када се ради о онима који су у хијерахији испод првог министра – министри и други управни функционери, у Уставу се не говори само о министрима, већ и једној широј категорији, а то су чланови владе. Као што је наведено, постојање различитих категорија министара карактеристика је француског уставног и управног сиситема. Састав владе (а већ је о томе делимично прозборено) одређује се на основу председничког указа о именовању и надлежностима. Како примећује Ги Бребан *(Guy Braibant)* „ни законом, а још мање уставом"[14] није нормирано питање броја, положаја и ресора чланова владе, већ то чини председник на основу своје воље која је заоденута у „правно одело" указа.

За разлику од Србије на пример, у којој ниједна посебна министарска функција не представља уставну категорију, у француском политичком систему, ситуација је другачија, а то је положај министра правде. У Уставу се министар правде изричито помиње код питања уређења јемства судијске независности.[15] Најважнија функција у влади, поред премијерске, је она коју има државни министар. Треба имати значајну политичку тежину у табору победника, али и у свеукупној констелацији политичких односа у главној владајућој партији односно у колицији, да једна личност добије тај статус. У француској теорији изражено је мишљење да бити у својству државног министра подразумева „почасни карактер" и „понекад се додељује најважнијим личностима парламентарне већине на које се ослања влада"[16] Један од државних министара, ако је таква функција у влади успостављена, у случају спречености премијера да обавља неку од надлежности које су му Уставом додељене, налази се суштински на позицији заменика премијера. Ако указом о именивању чланова владе оваква функција није предвиђена[17]

[13] Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit Constitutionnel*, Economica Paris 2008, 368.

[14] Gi Breban, *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list SRJ, CID, Beograd-Podgorica 2002, 54.

[15] „Вид" члан 65 став 8 и 9 Устава Француске

[16] Francis Hamon, „Влада и администрација у Француској и Југославији" *Анали Правноī фалулīеīа у Беоīраду* 3-4/1984, 381-382.

[17] У Влади сада актуелног премијера (Jean Castex) нема државних министара, као ни у другој Влади његовог претходника Едуар Филипа (Édouard Philippe). То није био случај са првом Владом Филипа, која је имала три државна министра. www.gouvernement.fr/composition-du-gouvernement, 15.мај 2021.

онда премијера замењује онај министар кога он одреди. Министри су иначе најбројнији чланови владе. Председник владе је у поседу најзначајнијих надлежости и корелативно томе највећих обавеза јер руководи њеним радом. То руковођење је олакшано од стране одређених функционера који премијеру у оваквој активности помажу и њихов је назив делегирани министри, с обзиром на то да на њих председник владе преноси један део својих овлашћења. Делегирани министри овлашћени су да премапотписују декрете из своје надлежности. Они, такође, могу бити и чанови Савета министара у случају да је то одређено актом о њиховом именовању. У координацији различитих владиних активности, поред наведених делегираних министара, првом министру, на услузи се налазе и државни секретари. На хијерархијској лествици чланова владе државни секретар има најнижи положај. Правно-политички посматрано, државни секретари нису хомогена скупина јер постоје три категорије ових чланова ширег састава владе. Аутономни државни секретари су они који имају прецизно одређен ресор којим управљају (ту се види блискост правног уређења државних секретара са министрима пошто су, као и ови, задужени за конкретни ресор, наравно са мањим овлашћењима). Као и попут делегираних министара, додељених премијеру, тако има и државних секретара са задатком да помажу председнику владе у његовом раду. Постоје и они државни секретари који су додељени министру са ангажманом на пословима који су им поверени од стране министра. Државни секретари нису овлашћени да премапотисују декрете, као што је случај са делегираним министрима. Декрете за област друштвеног живота за коју су надлежни државни секретари потписује премијер, односно министар, коме је актом о именовању додељено да у свом министарском тиму има и државног секретара. Указом о именовању шеф државе, тим својим појединачним актом не регулише само положај министара, већ одређује и колики је њихов број. Све значајнија присутност државе у већини сфера савременог живота је свакако један од важних разлога повећавања броја чланова егзекутиве. Ако посматрамо само из тог објективног угла, дакле да нове друштвене сфере буду покривене новим управним ресорима,[18] постоји и субјективни аспект проширења организационе структуре влада у политичким системима, па Француска не представља изузетак. Реч је о политичким апетитима врхушке владајуће странке односно коалиције. То је посебно изражено када

[18] „*Тенденција пораста* подразумева да се управа непрестано увећава, тако што се стално јављају нови органи и други субјекти који врше послове управе, као што управа обухвата све већи број људи. За ову тенденцију постоје објективни разлози, од којих је најважнији пораст задатака који се пред управу стављају"Драган Милков, *Управно право I – уводна и организациона питања*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2016, 28.

је на политичкој сцени коалициони кабинет. Тада у извршној власти долази до повећања броја министарских места.

У Француској се данас јављају различити облици координације унутар извршне власти, односно њеног колегијалног дела, а то су: међуминистарски састанак, међуминистарски комитет, ужи савет и кабинетски савет. Једино је Савет министра уставни појам. Савет води шеф државе, а комитет премијер. Међуминистарски састанак оформљује се у ситуацији када различита министарства бивају ангажована на одређеном заједничком пројекту. Овај тип састанка се одржава у палати Матињон (седиште владе Француске), који води или члан премијеровог кабинета или надлежно лице Генералног секретаријата владе. У Матињонској палати „под палицом" првог министра, заседа међуминистарски комитет, који је састављен од надлежних министара, секретара, као и опуномоћеног сарадника шефа државе. Поједини међуминистарски комитети могу да имају секретаријате. Дистинкција у односу на министарске састанке који се конституишу на *ad hoc* основи и који служе размени информација и спровођењу одлука Савета министара је у томе што се међуминистарски комитети као тела установљавају на перманентној основи. Премијер председава ужим комитетима, а они су иначе формирани његовом одлуком и налазе се под његовом контролом. То је ситуација када се премијер јавља поново у улози медијатора, али сада не између домова парламента, него између појединих министарстава. Такође, ужи комитети могу бити установљени да би се припремила седница Савета министара, односно неки ужи савет. Понављамо, савете води шеф државе, и они се одржавају у Јелисејској палати – званичној резиденцији председника Републике.

Шеф државе председава ужим саветом, и његова воља је од пресудног утицаја на састав ужег савета, дневни ред и састанке који се одигавају у тој форми.Франсоа Митеран *(François Mitterrand)*, први социјалистички председник Пете Републике, је последњи шеф државе који је овим путем утицао на државну политику. Већ следећи председник Жак Ширк *(Jacques Chirac)* није наставио са овом праксом, па је тиме ојачан положај премијера у међуминистарском комитету.

Кабинетски савет или Савет кабинета била је организациона форма окупљања целе владе за време Треће и Четврте Републике. Споменутим телом председаво је председник Савета министара. Колики је значај кабинетског савета у уставно-политичкој прошлости Француске био, говори чињеница да је у појединим периодима преузимао надлежности Савета министара. Као категорија, кабинетски савет на основу Устава из 1958. године није предвиђен. До конституционализације кабинетског савета долази у једној специфичној околности која је регулисана чланом 7 став 4 Устава Француске. Тада влада преузима функцију вршиоца дужности председника Републике, у случају спречености председника Сената да исту обавља.

У француском уставном систему постоји, (као и многим другим) институт спречавања кумулације функција. То значи, када је реч о влади као јавном телу и другој глави извршне власти, министри не могу вршити одређене функције које су неспојиве са њиховим чланством у влади. Реч је о тежњи да се ојача положај владе. Када је министарска функција у сукобу са неким другим положајем или мандатом „посебним органским законом се утврђују услови под којима се приступа замењивању носилаца таквих мандата, функција и служби. Од ових забрана је изузето обављање професуре на високошколским установама и изборне функције које нису националног карактера (нпр. градоначелник).”[19]

Супротно класичном парламентаризму Влада Француске је непосланичка по замисли главног оца оснивача, генерала и првог председника Републике, Шарла де Гола (Charles de Gaulle). Овај велики француски државник промовисао је принцип да се не може истовремено бити контролор и контролисани. Уставом је у члану 23 став 1 предвиђено да су „функције члана Владе неспојиве са обављањем било каквог парламентарног мандата, функције професионалног представљања опште-националног карактра и било какве јавне службе, односно професионалне активности.” Са становиошта неспојивости функција веома је дискутабилно решење, односно могућност да премијер и чланови владе, дакле вршиоци националне извршне власти, буду највиши функционери у оквиру локалне самоуправе.[20]

Први министар или колоквијално премијер је политичка личност која управља радом владе. Устав је у томе експлицитан. Даље, постоје конкретна овлашћења која председника владе стављају у улогу њеног истинског шефа. Формално, једна од најважнијих надлежности премијера је право избора чланова владе или, другачије речено, право предлагања шефу државе именовања и разрешења чланова владе. У теорији се указује да „Француски премијери нису ограничени да бирају министре из чланства Националне скупштине, и често избор пада на припаднике државне службе, академски или приватни сектор за министарско регрутовање. Ова флексибилност значи да у избору личности које француски премијери бирају за министре не

[19] Oliver Nikolić, „Izvršna vlast u Francuskoj”, *Zbornik radova Uvod u pravo Francuske*, (ur.Oliver Nikolić, Vladan Petrov), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013. 65.

[20] Против стапања функција на националном и локалном нивоу изјашњавали су се премијери попут Лионел Жоспена *(Lionel Jospin)*, Жан-Пјер Рафарена (Jean-Pierre Raffarin) и Доминик де Вилпена (Dominiqe de Villepin). „Они су захтевали од министара да се одрекну својих положаја у извршним органима локалних власти. Ту се посебно мисли на функције градоначелника. Међутим, Жоспенов (Jospin) претходник на фунцији премијера Алан Жипе (Alain Juppé), је по ступању на функцију премијера, маја 1995. године, већ наредног месеца изабран на функцију градоначелника Бордоа (Bordeaux), тако да је истовремено био и градоначелник и премијер.

постоји стриктна дефинисаност. Заиста, анализирају се само личности којима премијер понуди место (и које прихвате положај) у кабинету. Ова селакциона склоност (предрасуда) компликује напоре да се дају тачни закључци о одабиру (селекцији) министара у Француској. Чак и ако примећујемо висок проценат правника међу француским министрима, на пример, остаје вероватно да је проценат правника подједанако висок као и оних који испуњавају услове за чланство у влади, па је бављење адвокатуром ипак статистички независно од чланства у кабинету"... Ваља приметити, а то се односи и на саме премијере као и на остале чланове владе, да су они некадашњи студенти ENA École nationale d'administration– Националне школе за администрацију „као једне од неколико великих школа које служе као тренинг терен за француску административну и политичку елиту."[21]

На основу слова Устава установљена је премијерова одговорност за националну одбрану, а исто тако је у тој области овлашћен да поставља цивилне и војне званичнике. Отворено је питање ко је највиши државни функционер у сфери одбране имајући у виду да војска представља посебан организациони управни подсистем? Наиме, с једне стране постоји одговорност премијера за националну одбрану, а с друге, председник се налази на фунцији врховног команданта војске. Ово проблемско питање је убрзо после ступања на снагу Устава, већ наредне 1959. године добило одговор доношењем ордонансе у којој је наведено да је премијер надлежан за опште управљање као и управљање војском. Треба имати у виду да у Француској влада у ширем смислу представља центар државне управе, односно њен врх, па је онда и логично да први министар има део надлежности у односу на систем одбране, али да председник у сфери одбране и безбедности ипак игра важнију улогу у односу на владу и првог министра.

Први министар је надлежан да премапотписује поједине акте председника Републике. У случају да је шеф државе привремено спречен да врши овлашћења на основу Устава као што су председавање саветима и комитетима за националну одбрану, те Саветом министара, то уместо њега чини премијер. Када је реч о дисолуцији Националне скупштине и увођењу ванредног стања, премијер у погледу њих даје мишљење председнику Републике, које додуше није обавезног карактера. У прилог јаке иституционалне позиције првог министра, иде и чињеница да председник одређене активности не може да спроведе без предлога премијера. Конвенционалним уставом председник Републике је добио највећи квантум политичке моћи, али ако не постоји предлог премијера за именовање односно разрешење члано-

[21] Christopher Kam, Indridi Indridason, „Cabinet dynamics and ministerial careers in the French Fifth Republic", *The Selection of Ministers in Europe: Hiring and Firing*, (eds.Keith Dowding, Patrick Dumont), Routledge London-New York 2009, 44.

ва владе, сазивање парламента у ванредну седницу и иницијатива за уставну промену – што све регулише писани Устав – шеф државе долази у институционалну блокаду. У оквиру француске дуалне егзекутиве, само је премијер овлашћен на основу Устава да постави питање поверења влади пред Националном скупштином. Формалноправно, дакле, то не може да учини председник Републике, али његова политичка моћ (признати вођа победничке опције на председнички и најчешће парламентарним изборима) може да наведе првог човека владе да поднесе оставку. Шеф владе, такође сам, одлучује о одржавању додатних седница редовног заседања парламентарних домова и тиме врши политички утицај на рад законодавног тела. „Додатно чланови 34-50 Устава снабдели су премијера са специјалном уставном позицијом наспрам парламента. Ту егзистира велика дистинкција између односних улога шефа државе и премијера. У парламентарне домове председнику чак није дозвољено да крочи. Председник може уместо тога захтевати да се само прочита порука коју је упутио у оба парламентарна дома (члан 18). Премијер, супротно од тога, има важну улогу у парламентарном процесу преузимајући на себе улогу водећег гласноговорника управе, пре свега током недељних седница за питања влади у Националној скупштини."[22]

Улога арбитра додељена је првом министру имајући у виду да је реч о политичкој личности (а некада, додуше ређе оном ко долази из јавне управе и није познат широј јавности, као што је случај са избором тренутно последњег премијера Француске Жан Кастекса *(Jean Castex)* изабраног 3. јула 2020. године) која је организатор рада владе, посредник између шефова различитих ресора управе. То медијаторство посебно се односи на буџетску проблематику. Наиме, пре усвајања годишњег буџета у парламенту, на седницама колективног дела егзекутиве се расправља о добијању буџетских средстава за министарства. Захтеви министарстава су некада и конфликтни у односу на ставове премијера, али и на појединачне захтеве једног министарства у односу на друго. „Ипак, на страну све то, у изузетним околностима премијерова одлука је коначна."[23]

Генерални секретаријат владе (тело које је основано под тим називом у последњој деценији Треће Републике – 1935. године) је круцијална административна јединица која стоји на располагању председнику владе у спровођењу политике. „Надлежност Генералног секретаријата владе исказује се у припреми седница Савета министара, усклађивања разноврсних делатности које се врше од стране премијерових служби, прослеђивању упутстава премијера и архивирању докумената владе. Нормативна активност државних

[22] Robert Elgie, *Political institutions in contemprary France*, Oxford University Press, New York 2003,99.

[23] Guy Carcassonne, „Les rapports du president français et du premier ministre", *Revue française d'administration publique* 83/1997, 400.

органа, и у законодавној и у уредбодавној материји, потпомогнута је радом Генералног секретаријата. За Генерални секретаријат у француској теорији је наглашено да представља „инструмент колективног деловања владе." [24] Прикупљање и класификовање свих важних владиних докумената представља надлежност овог тела. Министри имају обавезу да Генералном секретаријату доставе по један примерак свих решења, упутстава, циркуларних писама која потичу из управног ресора којим руководе. То је још један вид контроле коју премијер обавља у односу на рад министара. Генерални секретар владе као челник наведеног тела појављује се у улози главног правног саветника премијера, примера ради да ли одређену област друштвеног живота треба регулисати законом или на основу уредбе. Челник овог тела владе премијеру може указати да узимајући у обзир актуелности политичког, али и социјалноекономског живота треба иницирати уставну промену.

Навели смо да шеф државе није у могућности да се (у неким околностима) појављује као активна власт, ако иза неке његове делатности не стоји формалана потпора премијера. Уставотворна иницијатива пример је за једну од таквих радњи, коју шеф државе и премијер врше заједно. „Иницијатива за промену Устава припада упоредо председнику Републике на предлог премијера и члановима парламента" гласи одредба члана 89 став 1 Устава француске Пете Републике. У рукама председника владе у овој држави су многе законодавне мере и њихово спровођење. Први министар се јавља у улози иницијатора доношења закона. Тада се такав акт назива пројекат закона. Ако су парламентарци предлагачи закона, тада њихов иницијални акт носи име предлог закона. Треба имати у виду да дводомност француског парламента може довести до неслагања чланова горњег и доњег дома у вези са предлогом или пројектом закона. У таквој ситуацији премијер је Уставом овлашћен за сазивање мешовите паритетне комисије. Он уједно треба да предложи „формулу" како да се реши несагласност око спорних одредаба будућег законског акта (независно од тога да ли се ради о пројекту или предлогу закона). Ако мешовита паритетна комисија не постигне споразум, дакле да њен предлог од стране домова парламента не буде прихваћен, тада влада ступа у законодавни поступак, тако што предлаже доњем дому француског парламента – Националној скупштини да донесе коначну одлуку. Премијер је тиме као арбитар између парламентарних домова (до чијег сукоба је дошло), у солуцији да заобиђе вољу Сената јер, као што је наглашено, коначна одлука је на Националној скупштини.То указује да Сенат није у могућности да у коначном одлучује о предлогу или пројекту закона. Овде је по среди реч о „неравноправној дводомности која је карактеристична за дводомне

[24] Marceau Long, *Les Services du Premier ministre*, Presses ubiversitaires d' Aix-Marseille, Marseille, 1981, 60.

парламенте унитарних држава."[25] У овом дому – Националној скупштини (по правилу, сем у случају премијера Помпидуа *(Pompidou)*) већина подржава владу и премијера који се јавља као њен предводник. Уставом из 1958. године дат је повољан институционални механизам којим може да се послужи премијер ако посланици не прихвате одређени пројекат закона. Председник владе има право, након већања Савета министара, да постави питање одговорности свог кабинета пред Националном скупштином поводом гласања о неком акту. Ако предлог за изгласавање неповерења поднет у року од 24 сата који следе не буде изгласан, тада се акт сматра усвојеним. Тако је парламентарана већина стављена пред избор, или да прећутним путем усвоји законодавни акт или да, ако влади изгласа неповерење, буде суочена са могућношћу превременог одласка на биралишта.

Премијер је вршилац уредбодавне власти, а право доношења уредби представља општу норму чије је поље примене сужено само у вези са актима који се усвајају у Савету министара на основу члана 13 Устава. С обзиром да је уставно инаугурисана претпоставка оригинерног нормирања друштвених односа у корист аутономне уредбодавне власти, самом том чињеницом доношење уредби од стране премијера посебно је изражено.Филип Ардан (Philippe Ardant) је (још 1991.године) приметио да „док парламент има као резултат усвојање око 70 закона годишње, премијер пропише око 8000-9000 интерних уредби и налога који имају снагу закона".[26] Такође, премијер се стара о извршењу закона и то уз помоћ такозване дериватвне уредбе. Први министар има право да тражи сазивање седнице Уставног савета када се ради о обавезној оцени уставности органских закона. У том случају се седница мора сазвати, док сазивање није облигаторно када су у питању обични закони. Једино ова политичка личност има право да тражи да се сазове Уставни савет у било ком моменту у вези закона који су већ на правној снази, али који имају ефекат да се њима крши уставна подела надлежности између две власти. У ситуацији сазивање седнице Уставног савета, реч је о активацији правне машинерије у намери заштите начела правне државе која се односе на сепарацију власти.

## 2. АНАЛИЗА ПОЛИТИЧКЕ ПРАКСЕ

Из досадашњих разматрања уставног положаја првог министра без анализе политичке праксе могле би се узети као претежно тачне речи француског писца Мишел Ласкомба *(Michael Lascombe)* да се премијер јавља „као

[25] Marijana Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Fondacija Konrad Adenauer Beograd 2008, 86.
[26] Philippe Ardant, *Le Premier Ministre en France*, Montchrestien, Paris 1991, 100.

централна личност уставне грађевине."[27] Овакав став изречен је пре прве кохабитације када је премијер у току нешто више од две године (1986-1988) имао израженију улогу у егзекутиви, него што је била ситуација са његовим претходницима на тој функцији. Реч је о Жаку Шираку *(Jacques Chirac).* Дакле тек је прва кохабитација, више уставној норми приближила оно што је Ласкомб својевремено записао. Но анализу треба почети од првих дана политичког живота Пете Републике и запитати се да ли је она била пуки одраз уставних норми или су се оне временом изобличиле дајући доминантан положај на политичком терену шефу државе, а не првом министру. Прва личност на функцији првог министра Мишел Дебре *(Michel Debré)* и главни писац Устава из 1958. године је сматрао, да је успостављен парламентарни модел. У теорији је примећено да је Дебре, као премијер, „доследно „клесао" парламентарну позицију. Приликом свог избора рекао је да Устав из 1958. године „установљава режим парламентармог типа ... можда, чак, по први пут у неколико генерација". Он је тако поступио у више наврата и недвосмислено то навео у званичном коментару Устава, да је шеф извршне власти премијер, а не председник републике."[28] Оно што је у политици тога доба дешавало демантовало је Дебреа за време председничког мандата Шарла де Гола *(Charles de Gaulle*). Устав је моделиран тако да овлашћења државног поглавара буду значајна а да их први носилац може веома екстензивно тумачити. Де Гол је стварно вршећи функцију шефа државе превазилазио уставне оквире у којима треба да се креће председник, и ако је давао супротне изјаве, уверавајући јавност о значају функције премијера, те истовремено означавајући коме је први министар одговоран. Још као последњи председник Владе Четврте Републике (у јавном животу називане и „Република посланика" због политички јаке позиције парламента) поводом једног питања о томе да ли председник може да смени премијера, као што има право да га именује, де Гол је одговорио: „Не! Због тога јер кад би тако било он не би могао да управља ефективно. Премијер је одговоран парламенту, а не шефу државе у ономе што се тиче питања политике ... Председник Републике, инсистирам на томе, јер је у суштини арбитар, који има мисију, без обзира шта се деси, усклађивања функционисања грана власти."[29] На првим полудиректним председничким изборима де Гол је победио, а за првог министра

[27] Michel Lascombe, „La Premier Ministre, clef de voute des institutions? L'article 49, alinéa 3 et les autres ..., „ *Revue de droit public* 1981, 160.

[28] William G. Andrews, *Presidental Government in Gaullist France – A study of Executive – Legislative Realations 1958 – 1974 ,*Sunny Press New York 1983*,* 27.

[29] John T. S. Keeler, Martin A. Schain, „Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France" *Presidental Institutions and Democratic Politics, – Comparing Regional and National Contexts* (ed. Kurt von Mettenheim), The Johns Hopkins University Press, Baltimore- London 1997, 89-90.

изабрао главног писца Устава од 1958. године Мишел Дебреа. Од овог правника и политичара де Гол је тражио и успео да добије активизам који је удаљен од уставне норме, али по вољи председнику. То је чињено од почетка до краја мандата Дебреа, јер је тада стварни шеф извршне власти генерал де Гол желео да покаже да политичке институције система зависе од њега и само од њега. Влада Дебреа на пример већ на почетку свог живота „није рођена у Националној скупштини" јер по вољи шефа државе није представила свој програм доњем парламентарном дому. „Дебре је комбиновао велику лојалност према де Голу са инсистирањем на правима парламента и премијера као и коначно промицање свог програма кроз домове. Дебреова оставка није била резултат отказивања подршке од стране Скупштине већ резултат де Голове воље, јер су они постепено долазили у раскол."[30]

Иста воља довела је Жорж Помпидуа *(Georges Pompidou)* некадашњег банкара и члана Уставног савета за првог министра. Када је овај политичар постао премијер „његово именовање је узето као прорачуната увреда за парламент, како је де Гол означавао партијску политику."[31] Тим именовањем актуални шеф државе желео је да покаже да ће првом министру препустити бављење оним питањима вођења унутрашње политике које му он као председник Републике постави у задатак, а да спољна политика представља резервисани домен председника. „Највероватније је да је Помпидуово неискуство у политици оно што је привукло де Гола"[32], „с обзиром да је избор Жоржа Помпидуа значио изнад свега да се генерал јасно и недвосмислено декларисао, да је он и само он господар."[33] Уставном реформом из 1962. године (спроведеном на референдуму) којом је уведен непосредан избор шефа државе, сматрано је у значајном делу јавности, и оне политичке и стручне да је Устав прекршен јер је било мишљења да је шеф државе заобишао редован поступак уставне промене, злоупотребивши примену члана 11 Устава који овлашћује председника Републике да распише референдум о сваком нацрту закона који се односи на организацију јавних власти. За такав потез генерала, међу критичарима преовладавао је став да је то његова прва повреда Устава, с обзиром да промена начина избора председника Републике значи ревизију највишег општег правног акта, а за њу је потребна сагласност оба дома парламента (члан 89 Устава). Заобилажење парламентараца де Гол је засновао на наведеном члану 11 Устава.

Славног генерала на функцији шефа државе наследио је после победе у другом кругу председничких избора 1969. за сада најдуговечнији први

[30] Vučina Vasović, Savremene demokratije tom I, JP Službeni glasnik Beograd 2006, 500.

[31] Malcolm Slater, *Contemporary French Politics*, Macmillan London 1985, 114.

[32] Cindy Skach, *Borrowing Cinstitutional Design, : Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton University Press New Jersey 2005, 106.

[33] Jean Lacouture, *De Gaulle: The Ruller, 1945-1970*, Harvill London 1993, 485.

министар у Петој Републици Жорж Помпиду. „Политичко одело" де Гола одговарало је и наследнику, јер је и он попут претходника желео доминантну позицију у извршној власти током свог председништва и у томе је успео. На то је указао професор Роберт Елџи *(Robert Elgie)* да је Пета Република била и више президенцилизована него што је то био случај под де Голом.[34] Тако је други председник Пете Републике сменио првог министра из времена првог председника Морис Кув де Мирвила *(Maurice Couve de Murville)* (оног који је њега заменио на месту премијера) а председника Националне скупштине Жак Шабан Делмаса *(Jacques Chaban-Delmas)* именовао првим министром. Замена односно смењивање једног првог министра другим првим министром од стране француског уставног правника Оливиа Диамела (Olivier Duhamel) констатована је овако: „Ово је уобичајено да се именује нови премијер, чак и када је већина обновљена, да се обележи долазак нове ере ... исто је било и када је Жак Ширак заменио Пјер Месмера након избора Валери Жискар Дестена."[35] Од новог првог министра очекивало се да буде у потпуности кооперативан. Међутим Делмас је на свој положај гледао другачије а имајући у виду шта је својеврмено изјавио у погледу председничких овлашћења, да такозвани резервисани домен шефа државе чине: спољни и алжирски послови, одбрана и безбедност (у доба де Гола и Алжир је био горућа тема као колонијално питање Француске које је чекало разрешење). Оно што је остатак у политици, кад се изузме резервисани председнички домен, дакле највећи део унутрашње политичке сфере, Делмас је посматрао као премијерово поље првенственог утицаја. Покушај ширег активизма првог министра коначно је довео до смењивања истог. Незавидан положај премијера у Петој Републици навео је Шабан Делмаса да изјави: „Све што не ваља премијерова је кривица, све што је добро заслуга је председника."[36] Нови и то пети по реду премијер Пете Републике постао је дотадашњи министар одбране „конзервативац, без посебног сјаја"[37] Пјер Месмер *(Pierre Messmer)*. За њега се може рећи да је испунио очекивања шефа државе о улози првог министра. Први и једини пут, функција председника Републике у Петој Републици престала је природним путем, односно смрћу шефа државе – Помпидуа. Ова председничка владавина може се означити као период у којем су премијери били у подређеном положају у односу на политички испољено преовладавање шефа државе.

---

[34] Robert Elgie, *Political Leadership in Liberal Democracies*, Macmillan press Ltd London, 1995, 63.

[35] Olivier Duhamel, *Une démocratie à part*, Pouvoirs, 126/2008, 23.

[36] Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће Службени гласник Београд 2008, 100.

[37] Alister Cole, *French Politics and Society*, Person Longman London 2005, 30.

Долазак трећег председника Пете Републике на власт победом на председничким изборима означио је нову фазу у уставном развоју Француске. Реч је о Валери Жискар Дестену *(Valéry Giscard d'Estaing)* који је у тренутку избора на функцију председника Републике био лидер Националне федерације независних републиканаца, мањинског партнера деголистичкој Унији демократа за Републику. Нови председник, уважавајући однос политичких снага у владајућој коалицији, за првог премијера именовао је Жака Ширака, лидера стожерне партије коалиције умерене деснице. Са положајем председника водеће парламентарне странке Ширак је био осокољен да бар покуша да установи нову политичку праксу, другачију од оне по којој су се понашали други премијери, као суштински извршиоци жеља председника Републике. Међутим, Дестен је био другачијег мишљења са јасном намером да највиши квантум власти задржи у својим рукама, и превласт у оквиру егзекутиве. Такви дивергентни ставови о улогама шефа државе и првог министра у извршној грани власти неминовно су водили до кулминације политичког конфликта између два најважнија човека државе. „Приликом сукоба који је 1976. године избио између Председнике Републике Валери Жискар Дестена и председника владе Жак Ширака, у вези са различитим гледањем на функцију премијера, Жак Ширак је као слабија страна био принуђен на подношење оставке, образлажући свој потез речима: „Одлучио сам да поднесем оставку зато што сматрам да не располажем довољним средствима и могућностима за обављање дужности председника Владе." Председник Дестен прокоментарисао је оставку Ширака овако: „Он је тражио повећање ауторитета премијера. На чији рачун? То свакако не може да буде на рачун овлашћења која је народ дао Председнику Републике. Незамислово је да у Француској постоје две политике, једна Председника Републике, а друга председника владе.""[38] Жискарово председништво и Шираково премијерство описано је у теорији као квази-кохабитација.[39] Када у полупредседничком систему председник државе и председник владе потичу из исте коалиције а различитих партија с тим да ни једна не доминира а при том саме су различитих снага, председникова на пример слабија, а премијерова јача, као у случају Дестен – Ширак, таква ситуација би се стварно могла назвати квази-кохабитацијом. Следећи премијер кога је шеф државе Дестен именовао био је Рејмон Бар *(Raymond Barre)* универзитетски професор економије, тада без учешћа у политици. Овај економиста ипак није желео да има потпуно подређену улогу у извршној власти, као што се и његов претходник Ширак противио таквој позицији. Тако је успео да се избори да премијеру

[38] Ratko Marković, *Izvršna vlast*, Savremena administracija Beograd 1980, 162. fn. 190.

[39] „Вид" Małgorzata Madej, „Cohabitation: The parliamentary aspect of french semi-presidential system", Polisch political science, 37(1) /2008, 185.

буде препуштено главно одлучивање у економској политици и одређеним аспектима унутрашње политичке сфере. Пета Република је у одређеној мери више личила на парламентарну него полупредседничку.

Жискар Дестен није успео да обнови председнички мандат јер га је његов ривал из табора левице и тесни губитник из другог круга председничких избора 1974. године, генерални секретар Социјалистичке партије Француске Франсоа Митеран *(François Mitterrand)* победио у другом кругу избора за шефа државе 1981. године. Митеран је могао да почетак председничке владавине отпочне са првим министром кога је подржавала коалиција странака деснице (победничком већином из парламентарних избора 1978. године) Рејмоном Баром. Међутим, одлучио се за распуштање Националне скупштине да не би био први председник Републике који на почетку свог мандата улази у кохабитацију са десничарским премијером. Он је знао да претежно личну победу трансформише и у победу своје странке на парламентарним изборима исте године, када је Социјалистичка партија Француске заједно са комунистима тријумфовала на тим изборима. Показало се да је право дисолуције у рукама шефа државе моћно средство за којим може посегнути у ситуацији када је непосредно изабран, а све у жељи да се поклопи већина са председничких избора са парламентарном, уколико та истобојност не постоји у политичком смислу. Иначе шеф државе је замишљен по актуелном француском Уставу као неутрална власт *(pouvoir neutre)*, а та власт и није тако неутрална, већ је посезала за дисолуцијом и политичким калкулацијама. Зато је оправдано питање: „Да ли потреба за стабилношћу политичких институција, уз уважавање концепта „живог устава" и његовог политичког значења које допушта развијање различитих правила игре под идентичним нормативним оквиром могу оправдати примену института распуштања парламента и мимо сврхе због које је изворно успостављен?"[40] Чини нам се да само у ретким ситуацијама у стабилним демократијама, кад су угрожене највеће вредности управо уз уважавање овде поменутог концепта „живог устава" шеф државе треба да посегне за распуштањем законодавног тела а не да то буде питање огољеног политичког опортунитета. Иначе Митеран једини је председник Пете Републике који је вршио односно освојио на изборима два седмогодишња председничка мандата. У том периоду од четрнаест година (1981-1995) седам личности су обављале функцију првог министра и то:Пјер Моро *(Pierre Mauroy)*, Лоран Фабиус *(Laurent Fabius)*, Жак Ширак *(Jacques Chirac)*, Мишел Рокар *(Michel Rocard)*, Едит Кресон *(Édith Cresson)*, Пјер Берегвоа *(Pierre Bérégovoy)* и Едуар Баладир

[40] Слободан П. Орловић, Наташа Н. Рајић, „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1546-1547.

*(Édouard Balladur)*. Већина премијера сем Ширака и Баладира потицала су из Митеранове Социјалистичке партије. Од својих партијских сабораца на функцији првог министра Митеран је очекивао изузетно висок степен лојалности и то се више примећивало код неких премијера као што су Моро, Кресон, Берегвоа, док су Рокар и Фабиус покушавали у јавности да одају утисак политичке аутономије у односу на председника Републике. Фабиус, иако моментом именовања и у току вршења функције најмлађи премијер у историји Пете Републике, није желео да скрива своју амбициозност и извесни степен самосталоности у односу на шефа државе, па је једном приликом изјавио поводом свог односа са Митераном: „Он је он, ја сам ја."[41] Речи Фабиуса помало указују да је овај социјалистички премијер сматрао да је дошло до промена унутар егзекутиве и да на политичкој сцени не сме да буде доминантна деголистичко-хиперпрезиденцијалистичка пракса. Ипак, први социјалистичи председник Пете Републике Митеран усвојио је многе обрасце понашања првог председника Републике и свог политичког противника де Гола чији је оштар критичар био. Француска је за време Митерана имала веће президенцијалистичке обрисе него у време Дестена. У његовом мандату десила се ситуација такозване подељене владе или различитих политичких група које подржавају председника у односу на парламентарну већину после парламентарних избора 1986. године. Социјалистичка партија Француске, иако релативни победник избора, у коначном остала је поражена од стране две деголистичке партије: Окупљања за Републику, на чијем је челу био тадашњи градоначелник Париза Жак Ширак и тада оснажене Уније за француску демократију бившег председника Републике Дестена. Социјалистички председник прихватио је политичку реалност и одлучио да именује за премијера вођу појединачно најјаче странке из редова деснице, а реч је о поменутом Шираку, који ће се тако и за сада по први пут у историји Пете Републике појавити два пута на функцији премијера, а под различитим шефовима државе. Француски политички систем по први пут искусио је појаву која се зове кохабитација. У теорији се среће следећа дефиниција ове политичке ситуације: „Парламентарна компонента полупредседничког система значи да је премијер прихватљив за законодавно тело. Ако то није случај, онда парламент гласа да премијеру и кабинету престане дужност. У супротном председничка компонента полупредседничког система значи да председник врши своју функцију независно од подршке законодавног тела. Комбинацијом ове две уставне одлике значи да се председник може суочити са ситуацијом у којој странка (или странке) супростављене

[41] Ezra Suleiman, „Presidentialism and Political Stability in France", *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives* (eds. Juan J. Linz, Arturo Valenzuela) The Johns Hopkins University Press Baltimore, 158.

председнику ужива већину у законодавном телу и инсистира на премијеру који је такође противник председника, али где председник може изабрати да остане на функцији док му не истекне мандат. Тако ће извршна власт бити подељена на двоје носиоца функција, од којих само једног, премијера, подржава парламентарна већина.'"[42]

Како су се у том првом политичком суживоту Пете Републике понашали председник и први министар? У оквиру такозваног резервисаног домена спољних и одбрамбених послова, шеф државе задржао је водећи положај, а као резлтат тога првобитне „поделе" предлоге за министра иностраних послова и одбране је одбио, те је тако политички принудио премијера да предложи за председника персонално прихватљивија решења. Митеран је тиме и на формалан начин потврдио своју надмоћност у спољној и одбрамбеној сфери, али у једној правној и демократској држави каква је Француска главне линије спољне и одбрамбене политике дугорочно су зацртане, па у том смислу није било претераних разилажења два челника дуалне егзекутиве. Премијер више није био ограничен да води политику у оним областима друштвеног живота које не интересују председника, већ је постао истински шеф Владе. Митеран је себе прагматично удаљио од унутрашње политике указујући бирачком телу да је та област, пре свега, надлежност првог министра. Примат у егзекутиви, посебно узимајући у обзир вођење економске политике, био је на страни премијера, а живот институција одвијао се више по слову Устава, него што је то био случај у фазама (које су биле и јесу најчешће) поклапања председничке и парламентарне већине. Поступци шефа државе и првог министра више су наликовали њиховим уставним улогама, између осталог због приближавања председничких избора. Митеран и Ширак били су свесни да свако дуже кочење институција којој би они били узрочници, неће бити благонаклоно гледана од стране бирача. Било је наравно институционалних конфликата, на пример поводом приватизације јавног сектора које је предузела Ширакова Влада. У другом председничком мандату Митерана три премијера била су из редова његових социјалиста а друга кохабитација догодила се у задње две године председништва. Но ова друга са премијером Баладиром била је мање конфликтна, чак можда као да није реч о различитим страначким бојама у окриљу извршне власти.

После четрнаест година Митерана, једног ветерана француске политике замењује други ветеран дошавши на чело државе 1995. године, а то је Жак Ширак. Опис његове председничке владавине могао би се на слично свести: када су премијери долазили из редова деголистичке странке Окупљања за Републику (касније названа Унија за народни покрет) Жипе *(Alain Juppé)*,

[42] Robert Elgie, „What is Divided Government?" *Divided Government in Comparative Perspective* (ed.Robert Elgie), Oxford University Press Inc 2001, 6-7.

Рафарен *(Jean-Pierre Raffarin)* и де Вилпен *(Dominique de Villepin)* председник је очекивао да је он надређени у односу на премијера док трећа, последња и најдужа петогодишња кохабитација по реду са социјалистом Жоспеном *(Lionel Jospin)* представљала је својеврсно ривалство челника егзекутиве. Иначе ни овим политичким сустанарством нису доведене у питање институције уставног система. Ипак било је јасно да је кохабитација политички непожељна ситуација, у којој долази до сукобљавања унутар извршне власти, која је подељена и некада као машинерија успорена. Ради спречавања те политичке нелагодности постоји Шираково „уставно наслеђе" које је оставио иза себе: део тог „наслеђа био је ненамеран. Сасвим по страни од његовог насилног прихватања реформи Жоспенове Владе, Ширак је трансформисао уставни поредак Француске упркос свом ставу о томе. Референдумом од 24.септембра 2000. о петогодишту-*quinquennat,* скраћивању председничког мандата са седам на пет година и доношењем закона који осигурава да ће председнички избори претходити парламентарним у истој години, били су углавном наметнути Шираку од стране његових политичких противника премијера Жоспена и бившег председника Дестена. Председник Ширак је на референдум пристао делимично из политичке слабости – председник у време кохабитације тешко може блокирати иницијативе које очигледно жели већина политичке класе и делимично из тактичких разлога – да се донекле учини кредибилним кандидатом за изборе 2002."[43]

Победом у другом кругу председничких избора 2007. године Никола Саркози *(Nicolas Sarkozy)* постао је шести председник Пете Републике, а његов мандат од пет година остаће обележен као председничка владавина са приметном дистинкцијом у односу на председништва његових претходника. Искрсава питање одакле толике разлике у односу на претходну праксу? Можда називи брзо председништво или саркосизам већ објашњавају о чему је реч. „Саркозијев режим" указује се у теорији, „није оно што се често тврди изборна монархија већ нешто веома другачије. „Конзуларна република". Монархије су наследне и представљају династије. Конзуларна република, значи очување француског републиканског облика али са врховном моћи вође легитимисаног од стране подршке у бирачком телу."[44] Од времена де Гола, шефови државе у Петој Републици заузимали су најзначајнији део политичког простора. Начин на који је Саркози вршио председничку функцију убрзо је довео до закључака да такав стил не може бити укалупљен

[43] Andrew Knapp, „Jacques Chirac: Surviving without Leading?" *The Presidents of the French Fifth Republic* (eds.David S. Bell, John Gaffney), Palgrave Macmillan New York 2013, 173.

[44] Pascal Perrineau, „Nicolas Sarkozy: 'Sarkozyism', a New Presidential Leadership" *The Presidents of the French Fifth Republic"* (eds. David S. Bell, John Gaffney*)*, Palgrave Macmillan, New York 2013,182.

једноставном компарацијом са политичким активностима претходних председника. И изборна кампања, а посебно тријумф на председничким изборима, описивана је у делу научних радова о овој проблематици поприлично оригинално: „Победу Николе Саркозиа и његове партије на изборима 2007. године је најбоље објаснити позивањем на појам бонапартизма који има дугу историју у француској политици.”[45] Капитализујући легитимитет добијен на непосредним председничким и парламентарним изборима, Саркози је круцијално прекомпоновао персонални састав извршне власти у односу на период Ширакове председничке владавине. За премијера је именовао Франсоа Филона *(François Fillon)*, поузданог сарадника. Применом уставне норме шеф државе на предлог првог министра именује остале чланове владе. То би требало да значи да у претежној мери премијер бира свој тим. У односима Саркози-Филон то није био случај. Такође, у критичком тону је и констатација да је изузето била „маркирана президенцијализација у језгру егзекутиве и персонализација у односима унутар извршне власти после маја 2007. године, односно Саркозијеве победе. Он је створио експлицитно вођство које подразумева визију, да председник са народним мандатом извршава највећи део ауторитета егзекутиве, док његову политику треба да имплементирају премијер, министри и велика управна машинерија. На почетку, први министар се слагао са оваквом визијом. Филон је у првим годинама свог премијерства указивао да председник „управља”, а да је улога премијера лојална имплентација председникове визије.”[46] Такви односи унутар егзекутиве, нарочито током прве половине владавине Саркозиа на челу државе, поприлично су се разликовали од владавина других председника. За односе унутар егзекутиве у периоду једног петогодишњег мандата као шефа државе Николе Саркозиа, може се констатовати да су они подразумевали предоминацију председника поводом одлучивања у већини области друштвеног живота. Председници са више политичког такта у односу на Саркозиа давали су шире поље активности првом министру (као на пример Дестен првом министру Рејмону Бару или чак Митеран Баладиру у току кохабитације) и тиме показали да су ипак за расподелу послова унутар егзекутиве. То није био случај са овим председником који је држећи премијера у својој сенци, али и укупним стилом своје владавине доживео пораз на председничким изборима 2012. године, стварајући плебисцитарну атмосферу да се више гласало против њега него што се давао глас за кандидата левице и будућег председника Француске Франсоа Оланда *(François Hollande).*

---

[45] Nick Helwett, „Nicolas Sarkozy and Legacy of Bonapartism, The French Presidental and Parlamentary Elections of 2007”*, Modern &Contemporary France* 4/2007, 405.

[46] Alister Cole, „The Fast presidency? Nicolas Sarkozy and the political institutions of The Fifth Republic”, *Contemporary French and Francophone Studies* 3/2012, 317.

Претпоследњи председник Француске Пете Републике Франсоа Оланд[47] и чија је председничка владавина предметом овде кратке политичке анализе је други државни поглавар из редова Социјалистичке партије, до 2017.године једне од две водеће странке ове државе. Његов петогодишњи мандат особен је по одсуству чврстог вођства и по томе дистинктиван у односу на претходне вршиоце функција. То не значи да Оланд није имао покушаје да се наметне као лидер нације, али су они остали политички неподобни. Као што је речено још за време половине његовог мандата „да је у јавној комуникацији, његов лидерски квалитет у ери медијске политике веома упитан,"[48] то важи и за цео. Са ове временске дистанце упитан је и његов избор премијера, почев од првог Жан-Марк Ероа *(Jean-Marc Ayrault)* који је био у сенци шефа државе, Мануела Валса *(Manuel Valls)* који је у одређеној мери успевао да врши функцију првог министра како то уставне норме предвиђају до *(Bernard Cazeneuve)* Бернар Казнева који је и сам био у једној врсти техничког мандата одлазећег председника. Зашто овде говоримо о упитности? Разлога је, што је сам шеф државе изгледа погрешно балансирао између положаја председника Француске Републике како су га видели његови претходници и онога што уставна норма предвиђа. Ривалство у оквиру егзекутиве, ако се тако уопште може назвати, ипак је постојало на релацији председник Оланд – премијер Валс. За Валсово премијерство чини нам се показана је јасна дистинкција у односу на период када је први министар био Еро, јер он није желео да буде премијер који је асистент председнику, као и у сличној ситуацији у претежном делу мандата Николе Саркозиа.

Као што то у животу ван политике често бива, тако и у оном у политици из сукоба две стране, корист извуче трећи. То се и десило на француској политичкој сцени. Како у оквиру саме извршне власти, тако и у унутарстраначком ривалитету водеће партије левице и деснице, па онда на релацији Социјалистичка партија – Републикаци, „политичку дивиденду" добио је Емануел Макрон *(Emmanuel Macron)*. Овај политичар је априла 2016. лансирао нову политичку организацију под називом *„En marche"* (У покрету) са којом ће заједно на центристичкој платформи (којој су приступили многи политичари и с лева – из редова Социјалистичке партије и с десна – Републиканци) уз велику покривеност у медијима победити на председничким изборима 2017.године кандидаткињу екстремно-десног Националног фронта (Marine Le Pen). После тријумфа у другом кругу не-

[47] Франсоа Оланд је први председник Пете Републике који се није кандидовао за други председнички мандат због мале подршке у предизборним истраживањима.

[48] Ben Clift, Raymond Kuhn, „The Hollande Presidency*, 2012-2014,*" *Modern & Contemporary France* 4/2014, 429.

посредних избора за шефа државе (са невеликим политичким искуством)[49] Макрон је именовао припадника Републиканаца Едуар Филипа *(Édouard Philippe)* за првог министра прво после успеха на председничким изборима, а онда и после победе његове партије (сада под новим називом) „Република у покрету"- „La République En Marche", на парламентарним изборима јуна 2017. Како замишља функцију шефа државе Макрон је то описао: „Франсоа Оланд не верује у јупитерско председништво (за њега председник није Јупитер). Он сматра да је председник само још један пошиљалац поруке у медијском политичком окружењу."[50] Оваквом изјавом, а пре свега лидерским стилом Макрон, је показао да жели препознатљиво председништво супротно од оног какво је било Оландово.У односима у егзекутиви председник Макрон је тај који одређује правац деловања и главне линије спољне и унутрашње политике. И ако председник има као што је напоменуто резервисани домен у спољној политици, код овог осмог по реду француског председника та црта је посебно изражена. На самитима шефова држава и влада чланица Европске уније, приметно је да Макрон жели да Француска уз Немачку има неспорно вођство у овој организацији. Изгледа да у спољној политици нема места за премијера, али има за министра спољних и европских послова Жан-Ив Лдриен *(Jean-Yves Le Drian*) (који је био министар одбране у социјалистичким владама за време председника Оланда а сада један од лидера владајуће коалиције). То је још један показатељ преовлађујућег председничког утицаја у кадровском смислу у спољнополитичком представљању државе. Макрон је од првог министра Едуар Филипа очекивао да буде човек број 2 у егзекутиви, без претензије на број 1, што је исти испунио. Дакле без обзира на популарност код бирача први премијер у Макроновом мандату Филип је доследно без противљења следио председникову агенду, препуштајући истом да буде у првом плану не само на међународној (европској) сцени него и на унутрашњем, политичком. Од премијерства другог по реду именованог првог министра Жан Кастекса, чини нам се, да се још више очекује од стране шефа државе Макрона, да буду улоњени сви могући трагови било какве компетитивности или партнерства између председника и премијера.

---

[49] Макрон је све административне и политичке функције вршио за време председништва Франсоа Оланда, прво заменик генералног секретара Јелисејске палате од 2012 до 2014. (занимљиво да је на тој функцији заменио Жан Кастекса, садашњег премијера, који је био за време заменик генералног секретара док је Саркози вршио функцију председника од 2011.до 2012.године) и две године министар економије, индустрије и дигитализације у Влади Мануел Валса.

[50] Hélène Combis, „Président jupitérien": comment Macron comptaitrégner sur l'Olympe (avant les Gilets jaunes),www.franceculture.fr/politique/president-jupiterien-comment-macron-compte-regner-sur-lolympe, 10.април 2021.

## 3. ЗАКЉУЧАК

Француски систем власти онако како је уставно конструисан наводи нас на закључак да је у погледу егзекутиве реч о њеној истинској бицефалности. Шеф државе замишљен је као кључан национални фактор и моћна фигура у сфери спољне политике, унутрашње безбедности и одбране. Искуства претходних република – Треће и Четврте у којој су председници више били фигуре, потакла су последњег премијера Четврте Републике генерала Де Гола, да када је већ пристао да се врати у политичку арену, захтева од политичке елите да пристану на његове услове. То је нови Устав и рађање нове Пете Републике која је данас у својој седмој деценији, у којој је на другачијим основама постављен положај шефа државе, односно стварено јако језгро извршне власти. Први носилац функције шефа државе у овој Републици желео је прво по Уставу, (колико год је то могуће приликом његовог састављања) а посебно у политичком животу да представља несумњиво најважнији фактор политичког система. Де Гол је установио президенцијалистичку праксу, а онда су такво обликовање институција извршне власти прихватила и већина будућих председника. У Уставу од 1958.године свакако да има простора за „председничка тумачења", почев од тога да је шеф државе симбол и гарант интегритета, независности и континуитета државе и поштовања међународних уговора, до његовог непосредног избора и тиме давања широке легитимацијске основе за енергични активизам не само у наведеној спољној политици, унутрашњој безбедности и одбрани него и на другим пољима унутрашње политике. Предоминантном утицају председника у најдужем делу живота Пете Републике на главне токове политике допринео је такође и страначки и изборни систем који је подстакао биполаризацију политичке сцене на два блока – леви и десни где је шеф државе био неспорни ауторитет у водећој десној (што је била најчешћа ситуација) или левој политичкој партији. Зато у овој држави за коју се наводи да је она модел или архитип полупредседничког система, од првог министра – премијера се очекивало да у иначе најчешћим случајевима поклапања председничке и парламентарне већине следи и примењује визију шефа државе, уз иницијативност онолико колико то председник сматра да треба. Поједини први министри на свој положај нису тако гледали чак и у некохабитационим периодима. То су им дале за право уставне норме. Могу се издвојити оне основне надлежности према Уставу да влада одређује и спроводи политику нације а да у циљу тога руководи управом и одговорна је за војску. Самосталне надлежности влада врши, преко првог министра у већој мери и министара у мањој. Тако председник Владе Француске, аутономно доноси уредбе за примену закона и оне са законском снагом, може да тражи ванредно парламентарно заседање, одређује смернице деловања владе ... Коначно без обзира што

председник Републике именује премијера по Уставу нема право да га смени (већ је то овлашћење у рукама Националне скупштине) и ако је то по „живом" уставу чињено. Наведена овлашћења долазила су више до изражаја у три временски испресецане кохабитације у укупном трајању од девет година.Та ситуација када председник и први министар долазе из различитих страначко-коалиционих формација је донекле изменила тежину фигура у политичкој арени. Промене које су се десиле у кохабитацијама односиле су се на повлачење председника Републике из одређених сфера, а ширење утицаја и деловања првог министра. У том смислу кохабитација је много ближа писаном Уставу, него некохабитациони периоди. С обзиром да Пета Република доста дуже функционише у политичким поклапањима председничке и парламентарне већине, можемо се приближити коначном закључку да ако је у Четвртој Републици премијер морао да ужива парламентарно поверење, у Петој Републици (уз поменуте временске изузетке) први министар мора да пре свега има поверење председника. У коначном треба рећи, да је већина првих министара невезано од уставних норми остала ипак у сенци моћних председника.То није значило да се из сенки није могло изаћи на другачији начин, јер француски политички систем није ауторитаран, већ модерна демократија у којој су поједини некадашњи први министри и чланови владе успели у равноправној политичкој трци да постану председници. Дакле успостављање и функционисање политички моћног председника а не првог министра, остала је прва и диференцирајућа црта више „живог" него писаног и последњег Устава Француске.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


Alister Cole, „The Fast presidency? Nicolas Sarkozy and the political institutions of The Fifth Republic", *Contemporary French and Francophone Studies* 3/2012, 311-322.

Anne-Marie Le Pourhiet, *Droit Constitutionnel*, Economica Paris 2008.

Andrew Knapp, „Jacques Chirac: Surviving without Leading?" *The Presidents of the French Fifth Republic* (eds.David S. Bell, John Gaffney), Palgrave Macmillan New York 2013, 159-180.

Ben Clift, Raymond Kuhn, „The Hollande Presidency, 2012-2014," *Modern & Contemoporary France* 4/2014, 425-434.

Vojislav Simović, „Ustavna reforma i neke karakteristike posleratnog ustavnog razvitka u Francuskoj", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1955, 414-429.

Vučina Vasović, *Savremene demokratije tom I*, JP Službeni glasnik Beograd 2006.

Gi Breban, *Administrativno pravo Francuske*, Službeni list SRJ, CID, Beograd-Podgorica 2002.

Guy Carcassonne, „Les rapports du president français et du premier ministre", *Revue française d'administration publique* 83/1997. 397-409.

Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Правни факултет Универзитета у Београду, Јавно предузеће Службени гласник Београд 2008.

Драган Милков, *Управно право I – уводна и организациона питања*, Универзитет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2016.

Dragoljub Popović, *Comparative government – In the Early Twenty-First Century*, University of Belgrade – Faculty of Law, Institute of Comparative Law Belgrade 2017.

Đuzepe de Vergotini, *Uporedno ustavno pravo*, J. P. Službeni glasnik Beograd 2015.

Ezra Suleiman, „Presidentialism and Political Stability in France", *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives* (eds. Juan J. Linz, Arturo Valenzuela) The Johns Hopkins University Press Baltimore, 137-162.

Jean Lacouture, *De Gaulle: The Ruller, 1945-1970*, Harvill London 1993.

John T. S. Keeler, Martin A. Schain, „Institutions, Political Poker, and Regime Evolution in France" *Presidental Institutions and Democratic Politics, – Comparing Regional and National Contexts* (ed. Kurt von Mettenheim), The Johns Hopkins University Press, Baltimore- London 1997, 84-108.

Malcolm Slater, *Contemporary French Politics*, Macmillan London 1985.

Marijana Pajvančić, *Parlamentarno pravo*, Fondacija Konrad Adenauer Beograd 2008.

Małgorzata Madej, Cohabitation: The parliamentary aspect of french semi-presidential system, Polisch political science, 37(1) /2008, 184-207.

Maurice Duverger, „A New Political System model: Semi-presidential Government" *European Journal of Political Research 8/1980*, 165-187.

Marceau Long, *Les Services du Premier ministre*, Presses ubiversitaires d' Aix-Marseille, Marseille, 1981.

Michel Lascombe, „La Premier Ministre, clef de voute des institutions? L'article 49, alinéa 3 et les autres ..., „ *Revue de droit public*, 1981.

Милан Рапајић, „Извршна власт у полупредседничким системима", *Универзитет у Крагујевцу Правни факултет Крагујевац*, докторска дисертација 2016.

Миленко Крећа, Бојан Милисављевић, *Међународно право представљања (дипломатско и конзуларно право),* Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво и информисање Београд 2017.

Miodrag Jovičić, *Odgovornost nosilaca javnih funkcija – uporednopravna studija*, Institut za uporedno pravo Beograd 1968.

Nick Helwett, „Nicolas Sarkozy and Legacy of Bonapartism, The French Presidental and Parlamentary Elections of 2007", *Modern &Contemporary France* 4/2007, 405-422.

Olivier Duhamel, *Une démocratie à part*, Pouvoirs, 126/2008, 17-26.

Oliver Nikolić, „Izvršna vlast u Francuskoj", Zbornik radova *Uvod u pravo Francuske*, (ur.Oliver Nikolić, Vladan Petrov), Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 57-72.

Павле Јовановић, „Уставно-правни положај председника Републике Србије у компаративној перспективи", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2007*, 123-143.

Pascal Perrineau, „Nicolas Sarkozy: 'Sarkozyism', a New Presidential Leadership" *The Presidents of the French Fifth Republic"* (eds. David S. Bell, John Gaffney*)*, Palgrave Macmillan, New York 2013, 181-195.

Philippe Ardant, *Le Premier Ministre en France*, Montchrestien, Paris 1991.
Ratko Marković, *Izvršna vlast*, Savremena administracija Beograd 1980.
Robert Elgie, *Political Leadership in Liberal Democracies*, Macmillan press Ltd London, 1995.
Robert Elgie, *Political institutions in contemprary France*, *Oxford University Press*, New York 2003.
Robert Elgie, „What is Divided Government?" *Divided Government in Comparative Perspective* (ed.Robert Elgie), Oxford University Press Inc 2001, 1-21.
Slobodan P. Orlović, „Ustavne norme i položaj Vlade Srbije" *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 3/2012, 35-45.
Слободан П.Орловић, *Владавина уставa или уставног судства,* Универзитет у Новом Саду Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2013.
Слободан П. Орловић, Наташа Н. Рајић, „Распуштање парламента – вршење или злоупотреба уставних овлашћења", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1545-1557.
Слободан Орловић, *Уставно право,* Универзитет у Новом Саду Правни факултет Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2019.
Francis Hamon, „Влада и администрација у Француској и Југославији" *Анали Правног фалултета у Београду* 3-4/1984*,* 380-391.
Hélène Combis, „Président jupitérien": comment Macron comptaitrégner sur l'Olympe (avant les Gilets jaunes),www.franceculture.fr/politique/president-jupiterien-comment-macron-compte-regner-sur-lolympe, 10.април 2021.
Cindy Skach, *Borrowing Cinstitutional Design, : Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic* , Princeton University Press New Jersey 2005.
Christopher Kam, Indridi Indridason, „Cabinet dynamics and ministerial careers in the French Fifth Republic", *The Selection of Ministers in Europe: Hiring and Firing*, (eds.Keith Dowding, Patrick Dumont), Routledge London and New York 2009, 41-57.
William G. Andrews, *Presidental Government in Gaullist France – A study of Executive – Legislative Realations 1958 – 1974,*Sunny Press New York 1983.

www.gouvernement.fr/composition-du-gouvernement, 15.мај 2021.
www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf, 15.април 2021.

*Milan M. Rapajić*
*University of Kragujevac*
*Faculty of Law Kragujevac*
*mrapajic@jura.kg.ac.rs*

# First Minister (Prime Minister) of the Fifth French Republic – Between the Significant Constitutional Position and the Prevailing Practice in the Shadow of the Head of State

***Abstract:*** *One of the characteristics of the system of government in the Fifth French Republic is the strengthened position of the head of state, but also the existence of the first minister as a constitutional category with a significant role. The constitution provides the political responsibility of the government with the prime minister and ministers before parliament. Certain French writers have opinion that the Prime Minister appears as the central figure of the constitutional structure. The Prime Minister shall direct the actions of the Government.This is 21 od Constitution. Also, there are specific powers that put the prime minister in the position of its real head of government. Among the prime minister's most important powers is his right to elect members of the government. It is the right to propose to the President of the Republic the appointment but also the dismissal of members of the government. The Prime Minister is authorized to re-sign certain acts of the President of the Republic. In case of temporary impediment of the head of state, the prime minister chairs the councils and committees for national defense, as well as the Council of Ministers. The paper analyzes the constitutional provisions that lead to the conclusion that the position of the Prime Minister is institutionally constructed as strong. Political practice, with the exception of periods of cohabitation, has indicated that most prime ministers have been overshadowed by mostly powerful heads of state. For that reason, it is necessary to analyze the political practice of all eight presidential governments. A review of the already long political life that has lasted since 1958. points to the conclusion that in its longest period, presidents of the republic dominated the public political scene.*

*The prime minister has a more pronounced role in the executive branch during cohabitation periods. However, nine years in three cohabitations cannot change the central conclusion of this paper that the dominant political practice of the Fifth Republic has led to the Prime Minister being essentially in the shadow of the head of state.*

***Keywords:*** *First Minister of the Fifth French Republic; government organization; head of state; semi-presidential system; Constitution; political practice;*

Датум пријема рада: 21.05.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 343.232:578.834(497.11)
doi:10.5937/zrpfns55-31730

*Иван Д. Милић*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*I.Milic@pf.uns.ac.rs*

# ПОВОДОМ ИЗМЕНА И ДОПУНА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ СТАНОВНИШТВА ОД ЗАРАЗНИХ БОЛЕСТИ (ШТА НОВО ДОНОСИ ТЗВ. КОРОНА ЗАКОН)*

***Сажетак:*** *Народна скупштина Републике Србије је у 2020. години два пута мењала и допуњавала Закон о заштити становништва од заразних болести. Главни циљ аутора овог рада огледа се у томе да укаже да су донете измене и допуне „јасан показатељ" да су одређене мере које су имале за циљ спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19 прописиване без правног основа.*

***Кључне речи:*** *COVID-19, заразна болест, прекршај, новчана казна, инспекција.*

## УВОД

У Републици Србији од када је проглашена епидемија заразне болести прописи који имају за циљ спречавање ширења заразне болести се скоро свакодневно мењају.[1] Одређење мере прописују надлежни, али и ненадлежни

---

* 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] Са правом се наводи: Здравствена криза изазвана новом болешћу КОВИД – 19 наметнула је савременим друштвима потребу да дају нове одговоре на нека стара питања из области здравствене заштите. Вид. Бранислав Ристивојевић, (Не)обавезност вакцинације у РС: случај КОВИД-19, У: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Нови Сад, 2020, 196. О неким правним проблемима у вези ове теме вид. Иван Милић, Живот у казненим заводима за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести

органи. Основни закон којим се уређује заштита становништва од заразних болести је Закон о заштити становништва од заразних болести.[2] Ради се о Закону из 2016. године. Правни основ за прописивање одређених мера, пре свега, од стране Владе Републике Србије био је управо наведени Закон о заштити становништва од заразних болести. Међутим, прописиване су и оне мере за које није постојао правни основ у ЗоЗСоЗБ-2016. Такво прописивање мера без правног основа у ЗоЗСоЗБ-2016 отвара „многа питања". Посебно је важно за она лица која су због примене мера претрпела штету – питање накнаде штете. Такође, одређене радње приликом спровођења мера су предузимане од стране оних лица (тј. органа) који за то по ЗоЗСоЗБ-2016 нису били овлашћени.

Чини се да је уочено да су одређене мере прописиване *без правног основа* у ЗоЗСоЗБ-2016. До истог решења се долази и када је реч о радњама које су предузимала неовлашћена лица. С тим у вези, законодавац је два пута у 2020. години мењао и допуњавао ЗоЗСоЗБ-2016 (10. маја и 12. новембра). Прва измена и допуна ЗоЗСоЗБ-2016 је незнатна (али никако није без значаја) у односу на другу. Дуга измена и допуна ЗоЗСоЗБ-2016 је обимнија и свакако значајнија, јер се њоме прописују велике новине у области заштите становништва од заразне болести. Реч је о закону који је, пре свега, у медијима представљан као *тзв. корона закон*, а који је донет из разлога актуелне епидемиолошке ситуације. У овом раду указаће се на поједине новине донетих закона.

## 1. ПРВА ИЗМЕНА И ДОПУНА ЗАКОНА О ЗАКОНА О ЗАШТИТИ СТАНОВНИШТВА ОД ЗАРАЗНИХ БОЛЕСТИ

Први пут у 2020. години Закон о заштити становништва од заразних болести измењен је и допуњен Законом о изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести[3], који је Народна скупштина донела 10. маја 2020. године. ЗоЗСоЗБ-2020А има укупно *три члана*. Реч је о изменама у делу које се тичу *казнених одредаба*. Измењени су и допуњени чланови 81 и 85 ЗоЗСоЗБ-2016.

---

COVID-19, *Српска правна мисао*, бр. 53/2020, 89-105; Иван Милић, О тзв. полицијском часу за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2020, 745–762.

[2] Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016. (у даљем тексту и ЗоЗСоЗБ-2016).

[3] Закон о изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 68/2020. (у даљем тексту ЗоЗСоЗБ-2020А).

Наиме, чланом 81 ЗоЗСоЗБ-2016 прописују се новчане казне за прекршаје које учине *правна лица*. У овом члану ЗоЗСоЗБ-2020А додата је једна тачка (тачка 9) која гласи: *не поступа по прописима, одлукама или наредбама које доносе надлежни органи у складу са овим законом, а којима се одређују мере за заштиту становништва од заразних болести.* Наиме, појавио се *проблем* што за кршење појединих мера из прописа које је, пре свега, донела Влада РС *није* била прописана санкција. Наиме, ради се о томе да су биле уведене одређене забране и ограничена али није била прописана прекршајна санкција. Сада се овом допуном тај проблем решава. Дакле, решен је проблем тзв. бланкетног прекршаја. Такође, измењана је висина минималне новчане казне (са 30.000 на 50.000 динара) за поједине прекршаје.

Чланом 85 ЗоЗСоЗБ-2016 се прописују новчане казне за прекршаје које учине *физичка лица.* Што се тиче измена и допуна овог члана исти је случај као и са чланом 81. Дакле, и у њему се прописује нова тачка (тачка 10), чија је садржина иста као и у члану 81 (*не поступа по прописима, одлукама или наредбама које доносе надлежни органи у складу са овим законом, а којима се одређују мере за заштиту становништва од заразних болести*). Измењена је висина минималне новчане казне (са 30.000 на 50.000 динара) за све прекршаје из члана 85 ЗоЗСоЗБ-2016.

Као што смо рекли ЗоЗСоЗБ-2020А има *три члана.* Трећим чланом се прописује када ЗоЗСоЗБ-2020А ступа на снагу – а то је *дан објављивања* у Службеном гласнику Републике Србије. Интересантно је приметити да већина прописа која се доносе за време епидемије заразне болест COVID-19 ступа на снагу од дана објављивања у Службеном гласнику РС, што може бити, посебно имајући у виду поједине донете прописе, врло проблематично. Ради се о томе да се не може очекивати од грађана да се баш тог дана када се објави пропис упознају са његовом садржином.[4]

Ове измене и допуне говоре о томе да је законодавцу био циљ да повећа посебни минимум запрећене казне за поједине прекршаје, као и да правно уреди „прекршајно санкционисање" за кршење забрана које се прописују посебним прописима, одлукама или наредбама.

[4] Интересантно је прочитати Образложење ЗоЗСоЗБ-2020А које се односи на ступање на снагу. Вид. Како пандемија заразне болести COVID-19 и даље траје, и како су многе мере које су важиле у време ванредног стања, ублажене, потребно је да се те мере стриктно поштују како се не би десио нови талас ширења заразе. Због тога је потребно да овај закон ступи на снагу даном објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије", имајући у виду ненадокнадиву штету која би његовим неступањем на снагу даном објављивања могла да наступи по све грађане Републике Србије, тј. по здравље и живот великог броја грађана, по здравствени систем и, последично, и по њену привреду. Вид. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2020/567-20%20-%20Lat..pdf на дан: 12. 12. 2020.

## 2. ДРУГА ИЗМЕНА И ДОПУНА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ СТАНОВНИШТВА ОД ЗАРАЗНИХ БОЛЕСТИ – ТЗВ. КОРОНА ЗАКОН

По други пут у 2020. године Закон о заштити становништва од заразних болести измењен је и допуњен Законом о изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести,[5] који је Народна скупштина донела12. новембра 2020. године. За разлику од првих измена и допуна, ЗоЗСоЗБ-2020Б доноси значајније новине у области заштите становништва од заразне болести. ЗоЗСоЗБ-2020Б има укупно 22 члана. Иако би се можда рекло да 22 члана не представљају велике новине, то ипак није тачно. Било би преамбициозно када бисмо у овом раду макар и покушали да обрадимо све измене и допуне, па ћемо за потребе овог рада анализирати само поједине. ЗоЗСоЗБ-2020Б је такође ступио на снагу даном објављивања у Службеном гласнику Републике Србије.

### 2.1. Кућна изолација и карантин у кућним условима

Од дана када је проглашена епидемија заразне болести COVID-19 било је различитих поступања са лицима која су у одређено време прешла државну границу Републике Србије (која су се вратила у Републику Србију), јер је појединим лицима законито или незаконито одређена мера карантина у кућним условима (тзв. мера самоизолације). Реч је о лицима која одређено време нису смела да напуштају свој стан-кућу, јер се мера карантина спроводила у *кућним условима*. Било је и оних лица која су прекршила ову меру, те им је из тог разлога одређен притвор (јер се кршење карантина квалификовало као кривично дело – непоступање по здравственим прописима за време епидемије из чл. 248 Кривичног законика[6]), а било је и оних који су због тог кривичног дела и осуђени.[7] Такође је и другим лицима, а не само

[5] Закон о изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 136/2020. (у даљем тексту ЗоЗСоЗБ-2020Б). Интересантно је из Образложења Закона видети који се циљ њиме постиже. Вид. Законом о изменама и допунама закона о заштити становништва од заразних болести постиже се највиши могући степен заштите становништва од заразних болести организованим и свеукупним деловањем друштва, у циљу спречавања, сузбијања и искорењивања заразних болести. Доношењем Закона о изменама и допунама закона о заштити становништва од заразних болести створиће се услови за квалитетнију и ефикаснију заштиту становништва од заразних болести. Извор: http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/3529 на дан: 10. 1. 2021.

[6] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

[7] Вид. Прву казну, максималну прописану законом, због кривичног дела непоступања по здравственим прописима у време епидемије, јуче пре подне изрекао је Основни суд у Димитровграду. Окривљеном је изречена казна од три године затвора. Извор: http://www.politika.rs/scc/clanak/451055/Sudije-bez-milosti-za-krsenje-samoizolacije на дан: 10. 11. 2020.

оним који су ушли у нашу државу, одређивана мера тзв. самоизолације у кућним условима.[8]

Управо су се у вези са карантином/самоизолацијом појавили правни проблеми, јер ЗоЗСоЗБ-2016 није експлицитно прописивао ову меру како се она у пракси *спроводила*. Стиче се утисак да је законодавац уочио да је потребно да се законом уреде мере које се огледају у ограничењу слободе кретања лицима из разлога спречавања ширења заразне болести. С тим у вези, у првом члану ЗоЗСоЗБ-2020Б додају се поједини изрази у члану 2 ЗоЗСоЗБ-2016.

Прописује се „кућна изолација". Кућна изолација је противепидемијска мера издвајања, у кућним условима, инфицираних особа без симптома или са манифестном болешћу која не захтева лечење у болници, током периода заразности, на начин да се спречи или ограничи директни, односно индиректни пренос, односно могући пренос инфективног агенса на друге особе. Мера кућне изолације се примењује у току епидемија заразних болести од *већег епидемиолошког значаја*, у складу са законом и другим прописима.

Меру кућне изолације *налаже* доктор медицине специјалиста за инфективне болести или други доктор медицине у складу са наредбом министра, о чему обавештава епидемиолога територијално надлежног института, односно завода за јавно здравље или друге надлежне здравствене установе. Ближе услове и начин одређивања мере, органе, односно службе задужене за контролу и начин вршења контроле поштовања мере кућне изолације прописује Влада.[9]

Уводи се и „карантин у кућним условима".[10] *Карантин у кућним условима* је мера ограничавања активности ради праћења здравственог стања контаката, тј. *здравих особа* које су биле изложене случају заразне болести током периода његове заразности, са циљем да се спречи ширење заразне болести. Према ЗоЗСоЗБ-2020Б, карантин у кућним условима је мера којом се ограничава слобода кретања и налаже праћење здравственог стања *здравим лицима* која су била или за која постоји сумња да су била у контакту са лицима зараженим од заразне болести, уколико се тим лицима не одређује *мера карантина*. Реч је о томе да се мера *карантина* не спроводи у кућним условима већ у посебним објектима који испуњавају прописане услове.[11] Дакле, овој категорији лица може да се одреди карантин у кућним условим или карантин. Доктор медицине специјалиста епидемиологије надлежног завода, односно института за јавно здравље или друге надлежне здравствене установе одређује која лица подлежу мери карантина у кућним условима.

---

[8] О појединим проблемима у вези са карантином вид. Darko Simović, Vanredno stanje u Srbiji: ustavni okvir i praksa povodom pandemije COVID-19, *Sveske za javno pravo*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, br. 39/2020, 18.

[9] Вид. чл. 6 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

[10] Вид. чл. 8 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

[11] Вид. чл. 31 ЗоЗСоЗБ-2016.

Доктор медицине специјалиста епидемиологије *писмено обавештава* санитарног инспектора о лицима којима је потребно одредити меру карантина у кућним условима, ради доношења *одговарајућег решења*.

Лицу којем се одређује мера карантина у кућним условима доктор медицине специјалиста епидемиологије (…) даје *обавештење* о трајању карантина у кућним условима, начину понашања и другим чињеницама од значаја за спровођење те мере.

Мера карантина у кућним условима се примењује у *току епидемија заразних болести од већег епидемиолошког значаја*, у складу са законом и другим прописима.[12] Дужина трајања карантина у кућним условима одређује се у времену трајања максималне инкубације одређене заразне болести, почев од момента последње изложености извору инфекције.

Такође се мера карантина у кућним условима може применити и према *путницима у међународном саобраћају* који улазе у Републику Србију из држава са неповољном епидемиолошком ситуацијом.

Посебно се уређују правила ако је реч о лицу које је *запослени* и када се мера карантина у кућним условима одређује према *детету*. С тим у вези, *запосленим лицима* којима је одређена мера карантина у кућним условима, за време проведено у карантину у кућним условима припада одговарајућа накнада зараде, односно плате, у складу са законом, а решење санитарног инспектора о одређивању мере карантина истовремено представља и потврду о спречености за рад док та мера траје. Са друге стране, ако се мера карантина у кућним условима одређује *детету* које није навршило 14. годину живота или лицу које није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса, решење се издаје родитељу, односно старатељу. Такође, родитељу, односно старатељу детета предшколског узраста или лица које не сме да буде остављено без надзора по закону, решење санитарног инспектора истовремено представља и потврду о спречености за рад док траје мера карантина у кућним условима одређена тим решењем.

### 2.2. Ограничење слободе кретања лицима у колективном смештају

За време епидемије заразне болести COVID-19 одређеним лицима било је (или је још увек) забрањено да напуштају одређење „установе". Такође било је (или је још увек) забрањено лицима која су смештена у одређене

[12] Епидемија од већег епидемиолошког значаја означава појаву тешких клиничких облика заразних болести и/или смрти од заразне болести, при чему постоји опасност од настанка тежих економских и друштвених последица, прекограничног преношења болести, као и поновна појава случајева одстрањене или искорењене заразне болести. Вид. чл. 2 ст. 1 тач. 8 ЗоЗСоЗБ-2016.

установе да примају посете. Тако је на пример у одређеном временском периоду свим лицима лишеним слободе било забрањено да напуштају *казнене заводе* као и да примају посете од стране члана породице. Можда је и неспорно што је уведена оваква забрана, али се поставља питање ко је увео забрану и на основу којег правог основа? Долази се до закључка да је директор Управе за извршење кривичних санкција увео забрану. Међутим, такво решење је *правно спорно* јер се у Закону о извршењу кривичних санкција[13] не налази основ који омогућава увођење овакве забране.

Такође су забрањене посете свим установама социјалне заштите за смештај старих лица, док је корисницима установа забрањено да напуштају ове установе. Ова забрана је уведена Наредбом[14] министра здравља. Међутим, опет је правно спорно[15] што је уведена забрана, јер се поставља питање *правног основа*. Наредба је донета на основу члана 52. став 1. тачка б) и члана 53. став 1. тачка 2) Закона о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник РС", број 15/16), члана 15. став 1. и члана 23. став 2. Закона о државној управи („Службени гласник РС", бр. 79/05, 101/07, 95/10, 30/18 – др. закон и 47/18), а на предлог Републичке стручне комисије за заштиту становништва од заразних болести и Института за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут". Међутим, у члану 52. став 1. тачка б) и члана 53. став 1. тачка 2) Закона о заштити становништва од заразних болести се прописује да министар може да нареди *ограничење кретања становништва у подручју захваћеном ванредном ситуацијом*. Сматрамо да се под овим *правним основом* не могу подвести и установе социјалне заштите за смештај старих лица.[16]

Чини се да је, такође, уочено да се мора правно уредити увођење овакве забране и то законом.[17] Зато се сада прописује да превентивну меру ограни-

---

[13] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 35/2019.

[14] Наредба о забрани посета и ограничењу кретања у објектима установа за смештај старих лица, *Службени гласник РС*, бр. 28/2020, 66/2020, 87/2020.

[15] Вид. https://srpskipravnickiklub.rs/2020/11/03/brine-li-se-dr%C5%BEava-i-za-nas.html на дан: 10. 12. 2020.

[16] Још само да напоменемо да је Уредбом о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС,* бр. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020, било прописано да Министарство унутрашњих послова *може* да нареди да се изврши затварање свих прилаза отвореном простору или објекту и онемогући напуштање тог простора или објекта без посебног одобрења, као и да нареди обавезан боравак одређеним лицима или групама лица на одређеном простору и одређеним објектима (прихватни центри за мигранте и сл.). У циљу спречавања неконтролисаног кретања лица која могу бити носиоци вируса и самовољног напуштања центара за азил и прихватних центара, привремено се ограничава кретање тражилаца азила и иregularних миграната смештених у центре за азил и прихватне центре у Републици Србији и успоставља се појачан надзор и обезбеђење тих објеката. Чл. 3 ст. 1 и 2 Уредбе.

[17] С тим да се никако не сме заборавити на Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, посебно у делу у којем се уређује могућност ограничења слободе кретања.

чавања слободе кретања лицима у *колективном смештају* у циљу спречавања уношења инфекције у колектив наређује министар у случају епидемије заразних болести од већег епидемиолошког значаја, уколико постоје индикације.[18]

Превентивна мера ограничавања кретања лицима у колективном смештају с циљем спречавања уношења инфекције у колектив се може наредити за све врсте и све објекте колективног смештаја или посебно за колективе у којима су смештена лица у повећаном ризику од тешких форми болести и смртног исхода услед инфекције. Сматрамо да је законом било потребно јасније уредити шта се све сматра под „колективним смештајем"[19], како у пракси не би долазило до различитих тумачења шта све спада у колективни смештај. Мишљења смо да је законодавац требао у другом члану (у делу у којем се уређује значење израза употребљених у закону) да „дефинише" и колективни смештај.

### 2.3. Лична заштита од инфекције

Осим Народне скупштине и Владе Републике Србије „здравствене прописе" за време епидемији заразне болести COVID-19 прописивали су и други (не)надлежни органи. Осим „правила понашања" која су важила на целој територији Републике Србије, било је и оних која су важила само на територији одређене локалне самоуправе. Посебно треба истаћи да су поједини локални штабови за ванредне ситуације прописивали разноврсне обавезе за грађане иако за то нису надлежни.

Тако је од стране појединих локалних штабова за ванредне ситуације било прописано обавезно ношење заштитне маске и заштитних рукавица.[20] Тако је на пример била уведена обавеза да у угоститељском објекту буде одређено лице за спровођење епидемиолошких мера (да се одреди тзв. ковид редар), а такође је ограничено радно време угоститељских објеката.[21]

---

Ово напомињемо из разлога што није реткост да законодавац као и доносиоци нижих правних аката „забораве" на Устав РС приликом доношења прописа, па из тог разлога доносе неуставне прописе.

[18] Вид. чл. 8 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

[19] Ако погледамо поједине наше „акте" сам *назив колективни смештај* се пре свега односи на смештај *избеглица и расељених лица*. На пример вид. Решење о распореду средстава непрофитним институцијама, а која се односе на здравствено збрињавање рањеника из бивших република СФРЈ, помоћ за социјално угрожена лица, покриће трошкова смештаја и исхране у колективном смештају и повратак избеглих и расељених лица, *Службени лист СРЈ*, бр. 6/2003.

[20] Вид. https://srpskipravnickiklub.rs/2020/07/06/obavezno-no%C5%A1enje-za%C5%A1titne-maske-i-odgovornost-za-neno%C5%A1enje.html на дан: 10.12. 2020.

[21] Вид. 1. https://srpskipravnickiklub.rs/2020/07/28/ograni%C4%8Denje-radnog-vremena-gde-pi%C5%A1e-da-tako-mo%C5%BEe.html на дан: 10. 12. 2020. 2.https://srpskipravnickiklub.

Морамо да напоменемо да је Влада Републике Србије прописала мере[22] које се тичу личне заштите од инфекције и пре него што су усвојене измене и допуне Закона о заштити становништва од заразне болести (као што је ношење заштитне маске, држање дистанце, итд.).

Међутим, правни проблем је *основ за прописивање мера*. Сада ЗоЗСоЗБ-2020Б прописује *личну заштиту од инфекције*,[23] а то је дужност сваког појединца да предузима мере личне заштите сопственог здравља и живота у складу са природом болести, а услед непридржавања којих може доћи до угрожавања здравља и живота других лица од заразне болести. Надаље, мере личне заштите од инфекције подразумевају такво чињење или уздржавање од чињења које је усмерено на заштиту сопственог и туђег здравља и живота од заразне болести, а које нарочито подразумева обавезу коришћења *личних заштитних средстава* у складу са природом болести, одређено понашање у затвореном и/или на отвореном простору, на јавним и приватним окупљањима и друге прописане мере личне заштите којим се спречава или сузбија ширење заразне болести. Мере личне заштите од инфекције усмерене на заштиту сопственог и туђег здравља и живота од заразне болести, у време проглашене епидемије, дужна су да примењују сва лица, у складу са прописима.

Посебно се уводи обавеза за *правна лица и предузетнике* који обављају делатност у објектима у којима бораве друга лица, јер су они дужни да предузму радње и активности ради примене мера личне заштите, као и да одреде лице *одговорно за непосредну примену тих мера*.[24]

Важно је истаћи да мере личне заштите од инфекције, врсту личних заштитних средстава, простор, објекте и услове коришћења тих средстава, обавезе физичких и правних лица која обављају делатност или која користе или бораве у тим објектима, односно простору, начин вршења контроле и друга питања од значаја за примену мера личне заштите од инфекције ради спречавања или сузбијања ширења заразне болести, прописује Влада. Оваквим

rs/2020/11/03/ponovno-nezakonito-ograni%C4%8Denje-rada-ugostiteljskih-objekata.html на дан: 10. 12. 2020.

[22] Мере су прописане Уредбом о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 66/2020, 93/2020, 94/2020, 100/2020, 109/2020, 111/2020, 120/2020, 122/2020, 126/2020, 138/2020, 141/2020, 144/2020, 145/2020. (у даљем тексту и Уредба о мерама COVID-19).

[23] Вид. чл. 10 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

[24] Реч је о тзв. ковид редарима који су већ били „предвиђени" од стране појединих локалних штабова за ванредне ситуације. Сматрамо да је требало да се пропишу и обавезе тих лица, као што су обавезе примера ради прописане за *лице задужено за контролу забране пушења*. Вид. чл. 14 Закона о заштити становништва од изложености дуванском диму, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010. Међутим, за њих је прописана и прекршајна одговорност (о томе види у одговарајућем делу рада).

решењем се само Влада Републике Србије овлашћује да прописује мере „личне заштите од инфекције", што је добро решење гледано из угла пре свега *правне сигурности*. То посебно значи да се не сме дешавати да „мере заштите" прописује ко стигне а посебно не локални штабови за ванредне ситуације (као што је то пракса).[25]

### 2.4. Органи надлежни за вршење надзора над применом мера *личне заштите од инфекције*

Како се пре свега од „државних званичника" могло сазнати – велики број лица није поступао у складу са „здравственим прописима", а такође није занемарљив број лица који је осуђен или кажњен. Међутим, у пракси се појавио велики проблем у погледу *спровођење* ЗоЗСоЗБ-2016, јер инспекцијски надзор над применом овог закона и других прописа и општих аката којима се уређује област заштите становништва од заразних болести врши министарство надлежно за послове здравља, преко *санитарних инспектора*.

Имајући у виду да је број санитарних инспектора *недовољан*, у пракси су и други *ненадлежни органи* учествовали у спровођењу ЗоЗСоЗБ-2016, пре свега тако што су издавали прекршајне налоге и подносили захтеве за покретање прекршајног поступка због кршења појединих одредаба ЗоЗСоЗБ-2016 или других прописа који су донети на основу њега. Наравно да такво *поступање* није у складу са Законом о прекршајима. Прекршајни суд је у обавези да захтев за покретање поступка *одбаци* решењем када га је поднео неовлашћени орган или неовлашћено лице.[26]

Вероватно да је то био разлог зашто је законодавац одлучио да овласти и друге органе да врше „инспекцијски надзор", али само у погледу контроле над применом *мера личне заштите од инфекције* и то не увек. Сада инспекцијски надзор над применом мера из члана 46а у случају проглашења *епидемије од већег епидемиолошког значаја* ширих размера, као поверени посао врши и јединица локалне самоуправе преко *комуналне инспекције*, а у јединицама локалне самоуправе у којима је образована служба комуналне милиције врши и преко *комуналне милиције*.[27]

---

[25] Међутим, у чл. 52 ЗоЗСоЗБ-2020Б се прописује да министар здравља на основу предлога Комисије и Завода може наредити и мере личне заштите од инфекције.

[26] Чл. 184 Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда), 91/2019 (други закон), 91/2019. *Из судске праксе*: Одбачај захтева за покретање прекршајног поступка поднетог од стране неовлашћеног органа (чл. 159 Закона о прекршајима). *Образложење*: Првостепени суд је решењем одбацио захтев за покретање прекршајног поступка поднет од стране комуналне инспекције локалне самоуправе против окривљеног због прекршаја из члана 44 став 1 тачка 17 Одлуке о путевима, нашавши да је захтев поднео *неовлашћени орган*. (…). (Из пресуде Вишег прекршајног суда Пржс. бр. 28623/11). Доступно на: http://www.propisionline.com/Practice/Decision/39540 на дан: 8. 12. 2020.

[27] Вид. 17 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

Такође је прописано и да Министарство унутрашњих послова и Министарство одбране пружају помоћ Министарству здравља у границама својих надлежности у спровођењу мера инспекцијског надзора, као и при спровођењу других мера прописаних овим законом. Сада се кроз овај нови члан „на мала врата" уводи „надлежност других органа" у област заштите становништва од заразних болести, што може бити доста проблематично.

### 2.5. Овлашћења комуналног инспектора и комуналног милиционера

Логично је да комунални инспектор и комунални милиционер имају одређена овлашћења приликом вршења надзора на спровођењем мера из члана 46а. Законодавац се баш потрудио да се акценат стави на овлашћења која се тичу „казнене одговорности".[28] У вршењу инспекцијског надзора над применом мера из члана 46а *комунални инспектор* има овлашћења из прописа којима се уређује инспекцијски надзор, *а нарочито*: 1) да изда прекршајног налог; 2) да поднесе пријаву надлежном органу за учињено кривично дело, односно захтев надлежном органу за покретање прекршајног поступка у складу са законом; 3) да обавести други орган о разлозима за предузимање мера за које је тај орган надлежан.

Законодавац је искористио могућност која је прописана Законом о комуналној милицији[29] (чл.18 ст. 2), те је прописано да у вршењу контроле над применом мера из члана 46а, *комунални милиционер*, поред овлашћења прописаних законом којим се уређује рад комуналне милиције, *може*: 1) да изда прекршајни налог; 2) да поднесе пријаву надлежном органу за учињено кривично дело, односно захтев надлежном органу за покретање прекршајног поступка у складу са законом; 3) да обавести други орган о разлозима за предузимање мера за које је тај орган надлежан.

Значајно је указати и на још једну новину која се тиче овлашћења. Наиме, када постоје *разлози хитности* због непосредног угрожавања живота и здравља људи, односно у случајевима непоштовања прописаних мера *у време трајања епидемије од већег епидемиолошког значаја ширих размера*, у погледу окупљања људи супротно прописима, *инспекцијски органи*, као и *комунални милиционер*, могу усмено у складу са законом да нареде мере и радње од којих непосредно зависи успешно обављање послова утврђених, односно поверених овим законом, а нарочито: 1) да наложе да се испразни објекат, односно простор у коме је дошло до кршења прописаних мера; 2) да забране обављање делатности у објекту, односно простору у коме је дошло до кршења мере док надлежни орган не предузме прописане мере, а најдуже на 72 сата.

[28] Вид. 17 ЗоЗСоЗБ-2020Б.

[29] Закон о комуналној милицији, *Службени гласник РС*, бр. 49/2019.

## 2.6. Кризни штаб за сузбијање заразне болести COVID-19

Независно од тога што је „кризни штаб" малтене од проглашења епидемије имао „одређењу улогу у борби против COVID-19" која се пре свега огледала у предлагању одређених мера, било је „непознато" да ли је кризни штаб уопште образован.[30] Иако оваква констатација, можда, делује чудна она има свој смисао. Наиме, према ЗоЗСоЗБ-2016 министар здравља на предлог Завода и референтних здравствених установа, образује Републичку стручну комисију за заштиту становништва од заразних болести, која има своју надлежност (која се пре свега огледа у давању сагласности и подношењу предлога).[31] Дакле, јасно је да је то Комисија а не *кризни штаб*. Такође, у Републици Србији постоји Републички штаб за ванредне ситуације[32] али ни то није *кризни штаб*.

Према Одлуци која је објављена у Службеном гласнику Републике Србије (30. октобра 2020. године и ступила је на снагу наредног дана од дана објављивања) Кризни штаб је образован Одлуком[33] о образовању Кризног штаба за сузбијање заразне болести COVID-19[34]. На основу ове Одлуке „чини се" да тек од њеног објављивања у Републици Србији постоји *Кризни штаб за сузбијање заразне болести COVID-19*.[35]

---

[30] Непотребно је подсећати колико се пута из медија могло чути-прочитати: „сутра заседа кризни штаб, кризни штаб је одлучио ….". Вид. Кризни штаб за сузбијање заразних болести РС је толико пута нагласио опасности нове и непознате болести да нема потребе наводити и цитирати те ставове. Б. Ристивојевић, *op. cit.* Вид. Током пандемије изазване коронавирусом изложени смо свакодневним изве-штајима (националним и глобалним) који говоре о броју тестираних, заражених, умрлих и излечених. Веселин Митровић, Дупли ефекти пандемије (короне), Социолошки преглед, vol. LIV (2020), no. 3, 610. Вид. Зоран Јевтовић, Предраг Бајић, Слика о коронавирусу у дневној штампи Србије, *Социолошки преглед*, vol. LIV (2020), no. 3, 534–559.

[31] Вид. чл. 11 ЗоЗСоЗБ-2016.

[32] Вид. Одлуку о образовању Републичког штаба за ванредне ситуације, *Службени гласник РС*, бр. 50/2019. Одлука је донета на основу члана 43. став 1. Закона о Влади („Службени гласник РС", бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 –УС, 44/14 и 30/18 – др. закон) и члана 41. став 1. тачка 1. Закона о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама („Службени гласник РС", број 87/18), а у вези са чланом 2. Уредбе о саставу и начину рада штабова за ванредне ситуације („Службени гласник РС", број 98/10).

[33] Одлуку је донела Влада Републике Србије на основу члана 33. ст. 2. и 3. Закона о Влади Службени гласник РС, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 – УС, 44/14 и 30/18 – др. закон.

[34] Одлука о образовању Кризног штаба за сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 132/2020.

[35] Мада, у самој Одлуци је наведено да њеним ступањем на снагу престају да важе *закључци* Владе 05 број 53-2449/2020 од 13. марта 2020. године, 05 број 53-2506/2020 од 16. марта 2020. године, 05 број 53-2673/2020-1 од 19. марта 2020. године, 05 број 53-2864/2020 од 26. марта 2020. године и 05 број 53-2973/2020 од 1. априла 2020. године. Сада се стиче

Сада је јасно да је формирање Кризног штаба било *проблематично* (па самим тим и његов рад), такав став потврђује и чињеница што се сада у ЗоЗСоЗБ-2020Б прописује да у случају појаве пандемије или епидемије заразне болести од већег епидемиолошког значаја, појаве нове или недовољно познате заразне болести и у случају сумње на употребу биолошког агенса и друго, који могу да угрозе здравље и животе људи и у којима постоји непосредна опасност за масовно преношење заразних болести, Влада може образовати *кризни штаб.* Дакле, сада се оставља могућност да се кризни штаб образује али не на основу Закона о Влади. Оваквим уређењем ствара се могућност да се формира кризни штаб који је „специјализован" за област заштите становништва од заразних болести.

### 2.7. Нови прекршаји

Од дана када је у Републици Србији проглашена епидемија заразне болести не тако мали број лица је прекршајно кажњен због учињених прекршајна из области „заштите становништва од заразне болести".[36] Кажњавање учиниоца прекршаја је за државу много *економичније и ефикасније*, него

утисак да је Кризни штаб био „образован" наведеним закључцима. Међутим, реч је о закључцима који нису објављени у Службеном гласнику Републике Србије. Према члановима Закона о Влади који су били основ за доношење Одлуке прописано је да се повремена радна тела (што је у овом случају Кризни штаб за сузбијање заразне болести COVID-19) образују *одлуком*, а свака одлука мора да се објави у Службеном гласнику РС (чл. 46 Закона о Влади). Да закључимо, Кризни штаб према Закону о Влади није могао бити формиран *закључком Владе*. Интересантно је споменути да се на сајту Владе Републике Србије наводи да је Влада 13. марта 2020. године донела Закључак о образовању Кризног штаба за сузбијање заразне болести COVID-19,те да је непосредан правни основ за образовање Кризног штаба за сузбијање заразне болести COVID-19 садржан је у Закону о Влади (чл. 33 и 43). Вид. https://www.srbija.gov.rs/dokument/479994/pravni-osnov-za-donosenje-zakljucka-o-obrazovanju-kriznog-staba-za-suzbijanje-zarazne-bolesti-covid-19.php на дан: 14. 12. 2020.

[36] На пример: **1.** За последњих 13 дана, од када је уведен такозвани полицијски час, односно забрана кретања, нишки Прекршајни суд казнио је 40 људи због кршења ове мере. Извор: https://www.juznevesti.com/Drushtvo/U-Nisu-vise-od-30-prekrsajnih-prijava-ugostiteljima-misterija-u-drugim-gradovima-nije-bilo-kaznjavanja.sr.html на дан: 12. 12. 2020. **2.** Током јучерашњег дана у Прекршајном суду у Суботици вођен је поступак против 13 лица због кршења забране кретања прописане Наредбом о ограничењу и забрани кретања лица. Од тог броја, 9 лица је прекршило меру као лица са навршених 65 и више година живота, док су четири лица прекршила меру опште забране кретања у временском периоду од 17 до 5 часова. Извор: https://www.subotica.com/vesti/u-protekla-dva-dana-trinaest-osoba-prekrsilo-policijski-cas-kaznjeni-sa-50.000-dinara-id37537.html на дан: 12. 12. 2020. **3.** Прекршајни судови у Србији изрекли су укупно више од 120 милиона динара новчаних казни током прве две недеље од доношења Уредбе о забрани кретања на јавном месту током ванредног стања, а ради спречавања ширења вируса корона. Извор: https://www.021.rs/story/Info/Srbija/239653/Gradjanima-zbog-krsenja-mera-izrecene-kazne-u-vrednosti-od-120-miliona-dinara.html на дан: 12. 12. 2020.

вођење кривичног поступка. Такође, велики број лица која су прекршајно кажњена због тих прекршаја сматрају да су „добро прошли", јер су можда могли да одговарају и због учињеног кривичног дела[37] (пре свега за кривично дело непоступање по здравственим прописима за време епидемије).

Имајући у виду да се ЗоЗСоЗБ-2020Б прописују „нове мере – нове обавезе" које се под одређеним условим могу одредити, логично је да се прописују санкције за оно лице које их прекрши. То је учињено на начин што се у оквиру *Казнених одредаба* прописују прекршајне санкције за оно лице које поступи супротно одређеном члану закона. У овом делу рада указаћемо само на прекршаје које се односе на члан 46а (којим се уређује лична заштита од инфекције). А) Новчаном казном у износу од 300.000 динара казниће се за прекршај *правно лице* ако не предузме радње и активности ради примене мера личне заштите од инфекције, као и ако не одреди лице одговорно за непосредну примену тих мера; Б) За овај прекршај казниће се *предузетник* новчаном казном у износу од 150.000 динара; В) За овај прекршај казниће се одговорно лице у правном лицу новчаном казном у износу од 50.000 динара; Г) Новчаном казном у износу од 30.000 динара казниће се за прекршај лице одговорно за примену мера личне заштите од инфекције, ако не обезбеди непосредну примену тих мера; Д) Новчаном казном у износу од 5.000 динара казниће се за прекршај *физичко лице* ако се не придржава мера личне заштите од инфекције усмерених на заштиту сопственог и туђег здравља и живота, у време проглашене епидемије.

Видимо да новчане казне нису „занемарљиве". Међутим, не сме се заборавити и на заштитне мере које се прописују Законом о прекршајима. Наиме, одређеним учиниоцима прекршаја се могу изрећи и поједине заштитне мере које по „последицама забране" могу теже да погоде прекршајно кажњено лице од изречене и наплаћене новчане казне. Не сме се никако заборавити и да се свако прекршајно кажњено лице уписује у регистар санкција (прекршајну евиденцију)[38], те да постоје и правне последице[39] прекршајног кажњавања.

---

[37] Међутим, то и није увек тако, вид. Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016, 937-955; Иван Милић, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2017, 405-415. У материјалном смислу кривична дела се често означавају као друштвено опасна понашања, а прекршаји као повреда јавног поретка. Игор Вуковић, *Кривично дело – Општи део*, Београд, 2021, 5.

[38] Вид. вид. Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015, 239-251.

[39] вид. Ivan Milić, Pravne posledice prekršajnog kažnjavanja, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 5-8/2017, 253-263.

### 2.8. Нова Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19

Као што смо рекли, прописи за време епидемије заразне болести COVID-19 се мењају и допуњавају скоро свакодневно. У вези са *мерама за спречавање и сузбијање заразне болести* COVID-19 које је прописивала Влада Републике Србије уредбом, а за потребе овог рада, чини се да је важно, пре свега, разграничити два периода. Први период је онај који је донет у време важења ЗоЗСоЗБ-2016 и касније ЗоЗСоЗБ-2020А – па су чланови тих закона и правни основ за доношење Уредбе. Други период је након ступања на снагу ЗоЗСоЗБ-2020Б – те се сада разликује и правни основ за доношење Уредбе.

1. Влада Републике Србије је донела Уредбу о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19[40], којом су биле прописане мере, као што се може и из самог наслова Уредбе закључити, у циљу спречавања и сузбијања заразне болести COVID-19. Овом Уредбом се, такође, прописивао и прекршај – који је чинило физичко лице које крши меру обавезног ношења заштитне маске у јавном превозу или у затвореном простору (била је прописана новчана казна од 5.000 динара). Поједине одредбе које су у овој Уредби садржане биле су правно спорне, јер се основ за њихово прописивање није налазио у ЗоЗСоЗБ-2016.

2. Влада Републике Србије је 15. децембра 2020. године донела *нову* Уредбу о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19.[41] Сада се њоме прописују мере за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, а неке су биле и предмет овог рада. Прекршаји се не прописују, јер су они сада прописани измењеним и допуњеним законима о којима је у овом раду било речи.

## ЗАКЉУЧАК

Иако се чини да је из здравствених разлога оправдано што су се прописивале мере у циљу спречавања и сузбијања епидемије заразне болести

[40] Уредба о мерама COVID-19. Видимо да је реч у Уредби која је више од десет пута допуњавана (и мењана). Уредба је донета на основу члана 6. став 1. Закона о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник РС", број 15/16) и члана 43. став 1. Закона о Влади („Службени гласник РС", бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 – УС, 44/14 и 30/18 – др. закон).

[41] Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 151/2020, 152/2020. (која је већ једном измењена). Уредба је донета на основу члана 29а став 4, члана 31а став 11. и члана 53а тач. а) и г) Закона о заштити становништва од заразних болести („Службени гласник РС", бр. 15/16, 68/20 и 136/20) и члана 42. став 1. Закона о Влади („Службени гласник РС", бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 7/14 – УС, 44/14 и 30/18 – др. закон).

COVID-19, то не значи да је тако и са правног аспекта. Заиста је неоправдано доносити одлуке (којима се прописују мере) које су неуставне или незаконите. Правна сигурност мора да постоји и за време епидемије заразне болести, иначе ће се догодити да ће држава морати да надокнађује штету онима који су је претрпели.

Имајући у виду измене и допуне Закона о заштити становништва од заразних болести чини се да је уочено да су *мере* које су се прописивале биле без правног основа. Такође је било јасно да су одређене *радње* које су се односиле на примену ЗоЗСоЗБ-2016 као и прописа који су на основу њега донети предузимала лица која за то по ЗоЗСоЗБ-2016 нису била овлашћена.

Међутим, измене и допуне важе за *убудуће*, што значи да се њима даје правни основ за прописивање мере од стане Владе Републике Србије. Изменама и допунама се даје правни основ и другим органима да спроводе мере које се односе на спречавање и сузбијање заразне болести. Изменама и допунама није могуће исправити грешке које су се раније чиниле. Не сме се заборавити да је „одређен" број лица осуђен или прекршајно кажњен зато што су „прекршили поједине мере" које су (не)надлежни органи прописали без правног основа.

Не смеју се занемарити измене и допуне ЗоЗСоЗБ-2020А, међутим, ЗоЗСоЗБ-2020Б заиста доноси веће промене у области заштите становништва од заразне болести – зато је он и „познат" као *корона закон*.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


Вуковић Игор, *Кривично дело – Општи део*, Београд, 2021.

Јевтовић Зоран, Бајић Предраг, Слика о коронавирусу у дневној штампи Србије, *Социолошки преглед*, vol. LIV (2020), no. 3.

Милић Иван, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016.

Милић Иван, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2017.

Милић Иван, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2015.

Милић Иван, Живот у казненим заводима за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Српска правна мисао*, бр. 53/2020.

Милић Иван, О тзв. полицијском часу за време ванредног стања проглашеног због епидемије заразне болести COVID-19, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2020.

Milić Ivan, Pravne posledice prekršajnog kažnjavanja, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 5-8/2017.

Митровић Веселин, Дупли ефекти пандемије (короне), *Социолошки преглед*, vol. LIV (2020), no. 3.

Ристивојевић Бранислав, (Не)обавезност вакцинације у РС: случај КОВИД-19, У: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, Нови Сад, 2020.

Simović Darko, Vanredno stanje u Srbiji: ustavni okvir i praksa povodom pandemije COVID-19, *Sveske za javno pravo*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, br. 39/2020.

* * *

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

* * *

Закон о изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 136/2020.

Закон изменама и допунама Закона о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 68/2020.

Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014, 35/2019.

Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016.

Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

Закон о комуналној милицији, *Службени гласник РС*, бр. 49/2019.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 (Одлука Уставног суда), 91/2019 (други закон), 91/2019.

Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

* * *

Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС,* бр. 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020, 60/2020.

Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 66/2020, 93/2020, 94/2020, 100/2020, 109/2020, 111/2020, 120/2020, 122/2020, 126/2020, 138/2020, 141/2020, 144/2020, 145/2020.

Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 151/2020, 152/2020.

* * *

Наредба о забрани посета и ограничењу кретања у објектима установа за смештај старих лица, *Службени гласник РС*, бр. 28/2020, 66/2020, 87/2020.

* * *

Одлука о образовању Кризног штаба за сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 132/2020.

Одлука о образовању Републичког штаба за ванредне ситуације, *Службени гласник РС*, бр. 50/2019.

* * *

Решење о распореду средстава непрофитним институцијама, а која се односе на здравствено збрињавање рањеника из бивших република СФРЈ, помоћ за социјално угрожена лица, покриће трошкова смештаја и исхране у колективном смештају и повратак избеглих и расељених лица, *Службени лист СРЈ*, бр. 6/2003.

* * *

Пресуда Вишег прекршајног суда Прж. Бр. 28623/11

* * *

http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2020/567-20%20-%20Lat..pdf
http://www.politika.rs/scc/clanak/451055/Sudije-bez-milosti-za-krsenje-samoizolacije
http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/mml/viewAct/3529
http://www.propisionline.com/Practice/Decision/39540
https://srpskipravnickiklub.rs/2020/07/06/obavezno-no%C5%A1enje-za%C5%A1tit-ne-maske-i-odgovornost-za-neno%C5%A1enje.html
https://srpskipravnickiklub.rs/2020/07/28/ograni%C4%8Denje-radnog-vremena-gde-pi%C5%A1e-da-tako-mo%C5%BEe.html
https://srpskipravnickiklub.rs/2020/11/03/brine-li-se-dr%C5%BEava-i-za-nas.html
https://srpskipravnickiklub.rs/2020/11/03/ponovno-nezakonito-ograni%C4%8Denje-rada-ugostiteljskih-objekata.html
https://www.021.rs/story/Info/Srbija/239653/Gradjanima-zbog-krsenja-mera-izrecene-kazne-u-vrednosti-od-120-miliona-dinara.html
https://www.juznevesti.com/Drushtvo/U-Nisu-vise-od-30-prekrsajnih-prijava-ugostiteljima-misterija-u-drugim-gradovima-nije-bilo-kaznjavanja.sr.html
https://www.srbija.gov.rs/dokument/479994/pravni-osnov-za-donosenje-zakljucka-o-obrazovanju-kriznog-staba-za-suzbijanje-zarazne-bolesti-covid-19.php
https://www.subotica.com/vesti/u-protekla-dva-dana-trinaest-osoba-prekrsilo-policijski-cas-kaznjeni-sa-50.000-dinara-id37537.html

*Иван Д. Милич*
*Новосадский университет*
*Юридический факультет*
*I.Milic@pf.uns.ac.rs*

## В связи с внесением изменений и поправок в Закон о защите населения от инфекционных заболеваний (что нового в так называемом законе о короне)

***Резюме:*** *В 2020 году Народная скупщина Республики Сербия дважды вносила изменения и поправки в Закон о защите населения от инфекционных заболеваний. Основная цель автора статьи – указать на то, что поправки и изменения являются чётким признаком того, что определенные меры, направленные на предотвращение и борьбу с инфекционным заболеванием COVID-19, были предписаны без правовых оснований.*

***Ключевые слова:*** *COVID-19, инфекционное заболевание, проступок, штраф, инспекция.*

*Ivan D. Milić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*I.Milic@pf.uns.ac.rs*

## On the Changes and Ammendments to the Law on Protection of the Population from Contagious Diseases (What Novelties does the so-called Corona Law Bring)

***Abstract****: The National Assembly of the Republic of Serbia has adopted changes and ammendments to the Law on Protection of the Population from Contagious Diseases twice in the year 2020. The main goal of the author is to demonstrate that the adopted changes and ammendments are a „clear indicator" that certain measures adopted in order to stop and slow the spread of the contagious disease COVID-19 were without legal basis.*

***Keywords****: COVID-19, contagious disease, misdmeanour, fines, inspection.*

Датум пријема рада: 07.04.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 26.05.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Оригинални научни рад 347.243(497.11)(091)
doi:10.5937/zrpfns55-30404

*Биљана Ж. Гавриловић*
*Универзитет Крагујевац*
*Правни факултет у Крагујевцу*
*bgavrilovic@jura.kg.ac.rs*

# ПРАВНОИСТОРИЈСКИ ПОГЛЕД НА ЗАШТИТУ ЗЕМЉОРАДНИЧКОГ МИНИМУМА У СРПСКОМ ПРАВУ

***Сажетак:*** *У раду се анализира институт окућја, односно институт заштите земљорадничког минимума, од његовог увођења у српско право, па све до Другог светског рата. Институт окућја је уведен у српско право половином 30-их година XIX века. Потребу прописивања заштите земљорадничког минимума изискивало је то што су се земљорадници прекомерно задуживали код зеленаша, услед чега су губили и последњи комад земље и кров над главом. Стога, законодавац је установио институт окућја, како би очувао егзистенцију земљорадника и његове породице. Та заштита земљорадникове куће и неколико дана земље постала је саставни део српског правног идентитета. Међутим, стварањем Краљевине СХС требало је изједначити право свих области у новоствореној држави, а како окућје није важило у свим крајевима, наметнуло се питање његове даље одрживости. С тим у вези, развила се богата правна расправа, која је трајала до пред Други светски рат.*

***Кључне речи****: заштита земљорадничког минимума, дуг, извршење, унификација*

## 1. УВОД

Укидањем спахилука, 30-их година XIX века, Србија је постала „права сељачка земља малих сопственика".[1] Али, излазећи из натуралне привреде, сељак, који није навикао да штеди морао се задуживати, и то код зеленаша, јер, „уређеног и јавног кредита" није било.[2] У том смислу, услед неограниченог права својине и промета земље, „почели су се јављати случајеви да се

[1] Јеленко Петровић, *Окућје или заштита земљорадничког минимума*, Београд 1930, 87.
[2] *Ibid*., 91.

задуженицима прода последњи комад земље, па и сама кућа". Стога, како би предупредио „бједност и пропасти многи фамилија", тј. како би „безпомоћне жене и дјеца, по упропастћенију свега имјенија кров барем над главом имала", кнез Милош издаје указ (1836. године), којим заснива установу окућја, односно установу о заштити земљорадничког минимума, у Србији.[3]

Приликом регулисања окућја, Директор Милошеве канцеларије, Јаков Живановић, учени Србин „из прека", угледао се на закон Војне Границе, од 1807. године.[4] Међутим, како је уређење Војне Границе „представљало у ствари кодификацију начела задружног живота и обичајног права тамошњег нашег граничарског живља", то се може закључити да се српски законодавац угледао „не на нешто страно и туђе, него на нешто што је у основи било оригинална установа нашега обичајног права".[5] Због тога, али и због своје дуговечности у српском праву окућје је постало елеменат „српског правног идентитета".[6] Стварањем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца развила се богата правна дискусија поводом одрживости установе окућја у новоствореној држави, пошто су се Српсјанци углавном изјашњавали за, а тзв. пречани против окућја.

## 2. ОКУЋЈЕ У КНЕЖЕВИНИ И КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ

У Србији је установа окућја први пут прописана указом кнеза Милоша, од 29. маја 1836. године.[7] Према том указу у „вароши на кућу, у којој ко с фа-

---

[3] *Ibid*., 88.

[4] У граничарском закону је било прописано: „Баштина је, по правилу, неотуђива, сем кад то закон прописује, кад задруга добија друго селиште сразмерно себи, или кад је у другу граничарску кућу примљена (§17) (Наведено према: *Ibid*., 101); вид. *Temeljite uprave za karlovacsku, varasdinsku, banovsku, slavonsku i banatsku – Vojnegranice*, http://digital.bms.rs/ebiblioteka/pageFlip/reader/index.php?type=publications&id=4131&m=2#page/33/mode/1up, 9. март 2021.

[5] Ј. Петровић, 429; Установа слична окућју појавила се 1839. године у држави Тексас, САД. Тренд заштите дужника био је прихваћен и у другим америчким државама, па је тако у периоду од 1848. до 1852. године ова установа била прописана у 18 држава САД-а, да би до краја XIX века остало само њих неколико, које нису прописале овакав тип заштите дужника (Paul Goodman, „The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880", *The Journal of American History,* Vol. 80, 2/1993, 470, 475). О узору за прописивање установе сличне окућју и њеној еволуцији у Тексасу, вид. Joseph W. McKnight, „Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle", *The Southwestern Historical Quarterly,* Vol. 86, 3/1983, 369-399.

[6] Marko Pavlović, „Problem izjednačenja zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca/Jugoslaviji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ),* 3-4/2018, 507.

[7] У нацрту законика о грађанском поступку, који је 1837. године сачинио Лазар Зубан, било је предвиђено да принудном извршењу не подлежу само дужникова „кућа на туђој земљи или земљи која није под тапијом (тј. за коју не постоји доказ да је купљена) и кућа

милијом живи, а у селима на кућу, баштину, два вола и краву, нико се задужити не може".[8] Кнез Милош је свој *ratio legis* за заснивање установе окућја објаснио у једном писму (28. јула 1837), речима:"...у варошима куће над главом као и по селима куће, нешто земље и кој комад стоке за дуг продавати ја сам забранио, из узрока, што тим желим предупредити пијанице, коцкароше и лештине у рђавом намеренију њиовом, упропастити куће над главом, у ком случају жене и деца њиова Правитељству на тужбу и досаду долазе".[9] Другим речима, пре заснивања окућја, задуживање је неретко за последицу имало то да се дужници доведу „у стање бескућника, фукаре и паупера".[10]

Законописац Српског грађанског законика (1844), Јован Хаџић, изоставио је установу окућја приликом израде Законика, јер је сматрао да она изазива бројне „незгоде „у правном промету.[11] Упркос томе, 1852/3. године доносе се „прописи о томе да се сељаку за дуг не могу продати 'два вола или теглећа кола, плуг итд. и храна за 15 дана', као и 'два дана ораће земље и сабрани плод са ње'".[12] Међутим, у првом законику о грађанском поступку за Кнежевину Србију (1853), окућје није било регулисано. Такав потез србијанског законодавца објашњаван је као „превид значаја окућја".[13] У другом процесном Законику о поступку судском у грађанским парницама (1860), на основу §262 сељаку се нису могла узети за дуг „два вола или теглећа коња, плуг и т. п., и храна за петнаест дана"; с тим што се годину дана касније ова заштита проширила још и на „два дана ораће земље и сабрани плод са ње, што тежак није могао ни задужити".[14] Тренд заштите земљорадничког минимума настављен је доношењем и трећег, дуговечног Законика о поступку судском у грађанским парницама, од 1865. године. Стога, дуговечношћу Законика о грађанском поступку од 1865. године обезбеђена је и дуговечност установи окућја, а важност те установе доказивало је то што је параграф, којим је регулисан земљораднички минимум, називан „Законом о окућју „и „Законом о сељачком благостању".[15]

неодложно потребна за становање дужника и његове породице" (Урош Станковић, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014, 397).

[8] Наведено према: Марко Павловић, *Правна европеизација Србије 1804-1914*, Крагујевац 2008, 223.

[9] J. Петровић, 88.

[10] Михаило Т. Арсић, *Заштита минимума земљорадничког поседа*, Београд 1936, 12.

[11] Вид. Василије Лазаревић, Јован Хаџић, „Реферат од 25. јула 1837. године", *Правда,* године IV, бр. 76, Београд 17. март 1907, 3-4.

[12] M. Павловић (2008), 223.

[13] J. Петровић, 90.

[14] *Ibid*., 92.

[15] Вид. Марко Павловић, *Српска правна историја,* Крагујевац 2005, 434; M. Pavlović (2018), 507.

До трајнијег уобличавања установе окућја дошло је изменом и допуном §471 Законика о поступку судском у грађанским парницама (1865), од 24. децембра 1873. године. Наиме, овом изменом „земљораднички минимум је подигнут на пет", односно шест дана земље.[16] Јер, „ваља се побринути да се код нас не развије бескућништво и не створи пука земаљска сиротиња", сматрали су неки од ондашњих посланика.[17] У том смислу, у §471 тач. 4а Законика о грађанском поступку је стајало да се земљораднику за извршење пресуде не могу узети у попис:"... на сваку пореску главу, била она од данка ослобођена или не, ако јој је главно занимање земљоделство, живела она у селу или вароши, пет дана земље, рачунајући дан на 1.600 кв. хвата, била чиста, под гором, воћем или виноградом, заједно са необратим њеним плодом. Исто тако и кућа са зградама и плацем до једног дана орања".[18] Међутим, ова заштита земљорадничког минимума од пет, односно шест дана земље није имала апслотуно важење. Тако, изузетак у погледу окућја предвиђен је за случајеве „наплате пореза, прореза и других општинских трошкова, као и кривичних осуда".[19] Дакле, земљорадник се није могао „заклонити" за окућје у случају дуговања „пореза, прореза и других општинских трошкова", као и у случају извршења по кривичној пресуди.

На основу измена и допуна од 1873. године, земљорадник је био заштићен и од самога себе, с обзиром да имање побројано у §471 тач. 4а Законика о грађанском поступку није могао „продати или ма којим начином отуђити". Стога, осим против зеленаша, „ова заштита земљорадничког поседа установљена је исто тако и противу свих оних земљорадника који су лакомислени,

[16] М. Павловић (2008), 223.

[17] Наведено према: Ј. Петровић, 97.

[18] Право на заштиту земљорадничког минимума, на основу §471 тач. 4а Законика о грађанском поступку, имао је онај, коме је „главно занимаље земљоделство", тј. земљорадник, „земљоделац". С тим у вези, „под именом земљоделаца (...) разуме се не само онај који у селу живи, већ и онај који у вароши живи, али би му ипак земљоделство, била главна радња, којом себе и породицу издржава. Овде нарочито долазе они, који живећи у вароши, какав занат раде, но тај им без земљоделства не доноси такав приход да себе и породицу издржавати могу; такови су оиглавито лончари, ужари, покровџије (мутавџије), крпачи разних заната, одвећ незнатни бакали, бербери, рабаџије и. т. д." (Гојко Никетић, *Грађански судски поступак Краљевине Србије протумачен одлукама Државног савета и опште седнице и одељења Касационог суда*, Београд 1914, 193). Пет дана земље на једну пореску главу износило је, изражено у метарској мери, свега 3ха 45 ара 6 кв. мет (Ј. Петровић, 238).

[19] Вид. §471 тач. 4а Законика о грађанском поступку. Изузетак у погледу окућја у случају наплате кривичних осуда уведен је новелом од 4. децембра 1867. године. Јер, „ни од злочинца, паликуће лопова није се могла наплатити штета, што ју је он направио својим кривичним делом, ако није имао имовине преко прописаног минимума". Стога, законодавац доноси новелу, „којом се извршење за наплату штете, учињене злочинством, намерним преступљењем и иступљењем из користољубља може да води на имовини окривљеног, означеној у тачки 4, 5 и 6 §471, без икаквог ограничења „(Srećko Zuglia, „Proširenje točke 4a §471 srpskog građanskog sudskog postupka na nove oblasti", *Mjesečnik* 4/1924, 162).

лакоумни, наклоњени разним друштвеним пороцима, ленштина, коцкара и пијаница; јер сви они, не водећи довољно и никако рачуна о себи, продајом целокупне земље коју имају у посед, могу довести и себе и своје породице до највеће беде и до просјачког штапа".[20] Ипак, ако би се земљорадник нашао у нужди, „због каквог елементарног случаја, као што су: поплава, пожар или неродица, или ако би му стока угинула, или би му потребовало новаца да семе за усев купи и т. п., он се може задужити али само код јавних каса, но и у овом случају не може задуживати два дана земље и кућу с плацем".[21] Према томе, „овај посед, изузет из правног промета, подсећао је на обичајноправну установу стожера у породичној задрузи". Јер, „њиме се није могло располагати осим у случају нужде, и он се по правилу неокрњен преносио са предака на потомке".[22]

Почетком XX века почињу се чути критике на рачун окућја. Тим поводом, Ј. Петровић, 1907. године прикупља мишљења о окућју. Тако, према онима, који су били против окућја „пет дана орања „је било „недовољно једној сељачкој породици за живот. А повећати и ту меру, значило би ударити мртвачки колац промету непокретних (...) добара у Србији." Осим тога, „сигуран у 5 дана орања, кућу и окућницу, земљорадник се олењи и временом није ни за шта. Успављује му се дух радљивости." Другим речима, §471 тач. 4а је представљао „тешко туторство за сељака", сматрали су критичари окућја.[23] Насупрот томе, било је и оних, који су сматрали да би била „срећа, кад би се могло рећи да је он сувишан и дотрајао".[24] Сагласно томе, заступници окућја су истицали да „кад би ко покушао да се тај закон укине био би усред српског парламента испљуван од свакога". Јер, „овај је закон врло добар за народ", пошто „кад би се укинуо, онда би био велики број бескућника који би остали без крова над главом, и како је наш свет неспреман у занатима, он би ударио у крађе и отмицу, и то би тек зло било".[25] Превагнуло

[20] М. Т. Арсић, 23. Поводом ове измене чули су се приговори, с обзиром да се њоме ограничило апслоутно право својине. Осим тога, то је било „супротно политичком статусу сељака, са 5-6 дана земље, који је могао бити изабран за посланика". Јер, „испадало је да оно што даје устав, сељаку узима 'Закон о окућју', и при том му каже: 'Ти који по уставу имаш власт, да државом управљаш, ти немаш довољно памети да управљаш и својом сопственом кућом' „(М. Павловић (2008), 224-225). Али, приговори су угушени, пошто су измене биле у складу са чл. 25 Намесничког устава, у коме је било прописано да „слобода лична и право сопствености ујемчавају се и не подлеже никаквом другом ограничењу осим ономе, које закон одређује „(Вид. Ј. Петровић, 186).

[21] Вид. §471 тач. 4а Законика о о поступку судском у грађанским парницама

[22] Маша Кулаузов, „Покушај да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века", *Хармонизација грађанског права у региону,* октобар 2012, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале, 126.

[23] Ј. Петровић, 413.

[24] *Ibid*., 410.

[25] *Ibid*., 412.

је гледиште присталица окућја. Шта више, установа окућја, у то време (1907), не само да је потврђена, већ је и проширена према фискусу. С тим у вези, на основу измена, а према чл. 107 Закона о непосредном порезу „кућа намењена становању земљорадника са плацем у величини до 20 ари (2000 квадратних метара), као и један пар теглеће стоке, два вола односно две теглеће краве, два коња односно две теглеће кобиле, два бивола односно две теглеће биволице, које се за пољопривредне послове употребљавају или гаје, не може се ни у ком случају узимати у попис и продати за рачун државног пореза".[26] Све у свему, институт окућја је временом попримао све већи обим и чвршће утемељење у народу и српијанском правном поретку.

## 3. ОКУЋЈЕ У ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ КРАЉЕВИНИ

Стварањем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца створена је потреба за унификацијом права, тј. елиминацијом правног партикуларизма у јединственој држави. Другим речима, унификација је била средство, којим је требало „брже ојачати младо државно тело".[27] Јер, било је неодрживо и противно начелу једнакости грађана да установа, као што је окућје у појединим подручјима Краљевине СХС постоји, а у другима не. Заштита земљорадничког минимума, осим на простору Србије, постојала је још и у Црној Гори, док је у Хрватској и Славонији имала задружни карактер, односно заштита је важила само за земљорадника, који је у „задружном систему".[28] Због тога, постављало се питање треба ли проширити важење §471 тач. 4а српског грађанског судског поступка и на нове области?

---

[26] Наведено према: *Ibid*., 132.

[27] Ludvik L. Boehm, „O zaštiti seljaka protiv ovrhe", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931, 123; „'Упркос унитарном уређењу нове државе настале 1. децембра 1918. и уставно конституисане 28. јуна 1921, њен правни систем носио је до краја обележје партикуларизма; држава није била јединствено правно подучје, него је представљала скуп посебних регионалних права, наслеђених из ранијих правних система појединих земаља из њиховог тадашњег државноправног оквира' „(Наведено према: Гордана Дракић, „Правни партикуларизам у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца и рад на његовом превазилажењу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2004, 399).

[28] У Црној Гори је установа окућја била регулисана §256 Законика о судском поступку у грађанским парницама од 1905. године. Према §256, „изузето је од продаје једно рало земље дужникове и сеоска кућа од вредности до 200 круна". С друге стране, „у Хрватској и Славонији, Закоником о задругама од 1889, прописани заштићени минимум кретао се од '3-8 јутара према обиљу или реткости земљишта' „(M. Pavlović (2018), 508; вид. Srećko Zuglia, „Treba li zajedno s novim zakonom o izvšenju uvesti i zaštitu zemljoradničkog posjeda slično kao u §471 tačka 4a) srp. g. s. post.", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931, 102).

У предратној Србији положај сељака земљорадника је био неповољан. Наиме, чак и онај сељак који је „умео 'да стегне каиш' и да се распростре 'према губеру'", морао је да „прибегне кредиту да би исхранио себе и своју породицу". Он је узимао произвођачки, али и потрошачки кредит. Јер, према једној статистици, која се односила на четрнаест округа предратне Србије код „28% сељака почиње да нестаје храна још од Митровдана. Код 46% сељака редовно се купује храна почетком пролећа. Око 60% сељака купује семе за сејање." За ту куповину, они су углавном узимали кредит. Али, тај кредит је био и „сувише скуп". Тако, у „Србији је био познат сељачки интерес: 'цванцик', доцније 'динар на банку' за три месеца. То је износило 32% односно 40% интереса на годину." Шта више, „није био редак случај и веће интересне стопе".[29] Ипак, захваљујући установи окућја земљорадници су могли да сачувају кров над главом и парче земље. Након рата, стање у селу је било теже. Речју, када се „земљорадник из Србије и Црне Горе (...) после победе враћао својим домовима, своје домове затицао је потпуно празне, куће оштећене, а многи нису знали ни где су им куће биле, затицао је децу голу и гладну, изнурену и намучену, прочевља своја разорена и све тековине и његових дедова и прадедова упропашћене. Средства за производњу није имао. Све је то морао да набави и да обнови ратом прекинути привредни живот, а то није било могуће извршити без зајма, те се из тих разлога земљорадник морао задужити."[30] Том приликом, сељак се снабдевао „зајмовима кришом, јер му је приступ у солидне новчане заводе и установе био законом забрањен".[31] Тим поводом, један народни посланик је приметио: „Ако га пустимо, те његови повериоци буду принудним мерама тражили да наплате оно од њега што су му дали, испашће стање овако: продаће му целу имовину, и покретну и непокретну, избациће га на улицу са децом без игде ичега и ми ћемо напунити државу, у овим тешким временима, у којима је већ један велики део радника остао без посла, још већим бројем незапослених и натоварићемо у овом времену на врат држави и велику бригу да се стара још о једној половини незапосленог сељачког народа на селу."[32]

На основу редигованог предлога једног посланика Крагујевачког Округа, чланом 43 Закона о буџетским дванаестинама за месец јули – септембар 1923. године, било је прописано да је „Министарски савет овлашћен да својом одлуком може проширити на један део или на целу територију Краљевине, делимично или у целини, одредбе тач. 4а §471 Грађ. суд. пост.". Али, Мини-

[29] Никола Констандиновић, „Питање ситних сеоских газдинстава (сељачко питање)", *Архив за правне и друштвене науке* 1-2/1935, 108.

[30] Stenografske beleške Narodne skupštine Kraljevine Jugoslavije, knj. 2, Beograd 1932, 133.

[31] „Пет дана орања", *Време,* 27. јул 1923, 2.

[32] Stenografske beleške Narodne skupštine Kraljevine Jugoslavije, knj. 2, Beograd 1932, 133-134.

старски савет се није послужио тим овлашћењем, јер су у „одбору за проучавење (...) предлога и у финансијском одбору пали приговори од претставника из Словеначке и других крајева". Наиме, они су сматрали да о „предлогу треба више размислити и да чак §471 ваља најпре реформисати и за Србију".[33] Речју Стјепана Јурића, „установа окућја припада конзервативној, старомодној струји у економској науци".[34] Осим тога, како жеље за проширењем окућја „није изразила ниједна покрајина, а задружне су установе из свих покрајина устале противу проширења закона и на њих, то Министарство пољопривреде и вода није ни чинило предлог Министарском савету да се он користи законским овлашћењем о распростирању окућја на нове покра-

[33] J. Петровић, 138-139.

[34] J. Петровић, 140. На рачун српског окућја упућиване су оштре критике и то не само одмах након уједињења, већ и касније, у Краљевини Југославији. Међутим, и у Европи су постојале установе сличне окућју. Тако, окућју из српског одговарало је породично добро из француског права, које је настало 1909. године. Циљ како окућја, тако и породичног добра био је да „заштите средњег малог привредног човека са његовом породицом". Стога, узрок и сврха доношења Закона о породичном добру (1909) у Француској били су исти као и узрок и сврха за увођење окућја у српском праву. Ипак, између окућја и породичног добра постојале су и разлике. Наиме, различита им је била правна природа. Речју, породично добро се схватало као „бенефиција појединца", док је окућје представљало систем, који треба наметнути као опште користан. У том смислу, „режим окућја је на један готово бруталан начин прикивао сељака за земљу и то је чинио баш због његове особине земљорадника". Због тога, сматрало се да је окућје „противно појму индивидуалне слободе и својине као и начелу слободе циркулације добара". Уз то, разлика између окућја и породичног добра правила се и с обзиром на то ко то право може да ужива, па је тако окућје имало класни карактер, „искључујући из њеног окриља сва она лица која нису земљорадници, док породично добро није било везано за стање и професију". Поред тога, окућјем се штитила одређена површина земље, а породичним добром одређена вредност заштићеног добра, с тим што је и окућјем и породичним добром била заштићена кућа за становање (Радмило Белић, „Упоредни поглед режима окућја у југословенском и режима породичног добра у француском законодавству", *Архив за правне и друштвене науке* 3/1933, 190-198). У Немачкој се придавао велики значај пољопривреди. Јер, „није важност пољопривреде само у томе, да она обезбеђује народну исхрану, него је 'сељаштво главни носилац народног наследног здравља, извор младости и кичма народне одбране'". Сагласно томе, у уводу Закона о наследном поседу (1933) је стајало: „Државна влада хоће, придржавајући стари немачки наследни обичај, да очува сељаштво као извор крви немачког народа. Сељачки поседи требају да буду очувани од презадужења или раскомадања у наслеђу, да би трајно остали као наследство рода у рукама слободних сељака. Треба да се дејствује у правцу здраве поделе пољопривредних величина поседа, јер велики број малих и средњих сељачких поседа способних за живот, а по могућству равномерно подељених по целу земљу, ствара најбољу гарантију за одржавање здравља народа и државе". Према томе оваква заштита поседа у немачком праву је била слична српској окућју по томе што се посед није начело могао „ни отуђити, ни оптеретити дугом, ни продати за дуг". Упркос томе, постојале су и одређене разлике, те се није могло рећи да је заштита поседа у немачком праву била идентична оној заштити земљорадничког минимума у српском праву (Мијо Мирковић, „Изградња сељачког поседа у Немачкој", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1934, 18, 20).

јине".[35] Према томе, у Краљевини СХС, „установа окућја налазила се у једном врло критичном положају".[36]

О окућју се поново почело интезивније размишљати 1928. године. Тако, на основу Закона о бившим кметским селиштима и стеченим беглуцима (1928) било је установљено окућје за Босну и Херцеговину. Јер, „практичари, који су радили овај закон, познавајући добро народ и купећи податке, установили су жалосну чињеницу да се слободан сељак у Босни, који је могао оптерећивати земљу, потпуно увалио у дугове и да је она забрана која је стајала да се не могу кметске земље оптерећивати била за дотичног сељака спас, јер није могао земљу оптерећивати".[37] Исте године доноси се Уредба о осигурању, принудној наплати и ненаплативости пореза (1928), која је имала да важи у целој држави. На основу ове уредбе, земљорадници су били у одређеној мери заштићени према фискусу. Јер, њоме је било прописано да „за наплату пореза, како државних, тако и самоуправних, земљораднику не може се узети у попис (запленити) ни продати: кућа са окућницом, двориштем до 20 ари земљишта". Осим тога, „из пописа се морао земљораднику изузети један пар теглеће стоке, једна кола и један плуг".[38] Ипак, најзначајнији пропис, који је израђен 1928. године, а тицао се одрживости и проширења установе окућја уопште, а не само према фискусу, у југословенској Краљевини, био је први нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу. Према том нацрту, у §68 је било прописано да се „земљораднику изузима од извршења кућа са потребним зградама и окућницом до једног дана орања и неопходно потребна земља за издржавање његове породице". С тим у вези, „§69 је пред-

[35] Ј. Петровић, 142.

[36] Р. Белић, 191.

[37] Ј. Петровић, 147. Окућје, тј. „минимум егзистенције „се, на основу чл. 28 Закона о бившим кметским селиштима и стеченим беглуцима, рачунао „према броју чланова породице (чл. 4) оних лица, која су укњижена као власници или сувласници некретнина „(*Ibid*.). Доношење овог закона имало је и своју политичку позадину. Наиме, министар аграрну реформу, у току 1927. и 1928. године је био Владимир Андрић „радикалски првак из Босне и Херцеговине. Министар Андрић био је заинтересован да се пре свега на том подручју законски регулишу аграрни односи, у чему је делимично успео. У Скупштини је, у мају 1928. године усвојен закон којим је била утврђена најмања површина кметског селишта у подручју Босне и Херцеговине, која се није могла оптеретити ни отуђити „(Gordana Drakić, „O stavu radikalne stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca prema agrarnoj reformi", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2009, 295).

Та површина – поред куће и кућишта с двориштем износи за сваког члана породице у Босни те у Херцеговини у срезовима гацком и невесињском по десет дунума, од којих мора бити најмање шест дунума обрадиве земље, у осталој Херцеговини по три дунума, и то само обрадиве земље.

Код тла засађеног воћем или виновом лозом, као и код вртова (баштовник) смањује се површина обрадиве земље по глави од шест на четири дунума, а од три на два дунума."

Један дунум износио је 1/10 ха, односно 1000 кв. м (Наведено према: Ј. Петровић, 148).

[38] Наведено према: M. Pavlović (2018), 509.

виђао да ће тај минимум прописати Министарски савет према посебним приликама у појединим пределима".[39] Следствено, први нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу у Краљевини СХС је садржао установу окућја, тј. њиме је било раширено важење §471 тач. 4а српског Законика о грађанском судском поступку.

Како је питање окућја било „силно важно", то је министарство правде упутило нацрт Закона о извршењу и обезбеђењу „свим факторима" на оцену.[40] Мишљења су била подељена. Србијанци су се, по правилу, залагали за установу окућја, а „пречани" против ње. Тако, Д. Аранђеловића је на четвртом Конгресу правника Краљевине Југославије, говорио: „Тврдо сам убеђен да и у новом закону о извршењима треба земљораднику – бар оном у Србији који је ово благодејање имао преко педесет година – обезбедити минимум земљишта за одржавање његове егзистенције." [41] Штавише, та потреба је била, крајем 20-их, почетком 30-их година XX века, веома изражена. Речју, околности у Србији су императивно захтевале задржавање окућја,[42] јер у време Шестојануарске диктатуре, „по речима неких економиста, Југославију је (...) захватило и 'привредно расуло'".[43] Стога, како је то приметио Аранђеловић: „Ако би се укинуо §471 тач. 4а, наступиле би силне продаје земљорадничких имања, јер он у данашњој кризи не може да плаћа своје обавезе чисто зеленашке природе. Пропала би за навек многа сељачка кућа и од малих сопственика постали би земљораднички надничари без земље, без куће и кућишта. Да то не сме допустити ни једна паметна државна управа, није потребно доказивати."[44] Поред тога, Аранђеловић је био мишљења да „нашег земљорадника треба заштитити и против њега самог, па баш и да има нечег понижавајућег у томе. Јер одиста има и лакомислених земљорадника, које треба заштитити, а нарочито њихово потомство, пошто кад се једном остане без земље, онда се тешко поново до ње долази ..."[45] Ипак, Аранђеловић није био искључив приликом предлагања решења, које треба усвојити у коначном тексту Закона о извршењу и обезбеђењу. Наиме, он се залагао за задржавање окућја, с тим да се оно има укинути према Аграрној банци и повла-

---

[39] Наведено према: Ј. Петровић, 421-422.

[40] L. L. Boehm, 124.

[41] Драгољуб Аранђеловић, „Треба ли укинути §471 тач. 4а Грађанског суд. Поступка за Србију? Или га проширити за целу државу?", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931, 95.

[42] М. Т. Арсић, 31.

[43] Ружица Гузина, „Један историјски осврт на стварање југословенске државе у току Првог светског рата", *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987, 32-33.

[44] Д. Аранђеловић, 98.

[45] Наведено према: Ј. Петровић, 418.

шћеним кредитним установама.[46] Међутим, било је и оних, који су били искључиви у одбрани окућја. Тако, Јер. Ј. Радојевић, економ и некадашњи народни посланик, био је за задржавање окућја и то према свим повериоцима, без изузетка. Свој став, Радојевић је овако образлагао: „Кад би се овај заштитни закон укинуо, неписмен и лаковерни сељак био би убрзо највећим делом жртва зеленаша и несавесних бистријих људи. Сељак се лако одаје трговини и шпекулацији иако неспреман за то, готов да зајми по невероватно високој стопи. Онда би се дала и могућност несавесним старешинама да цело имање задуже у своју корист, а своје задругаре оставе просјачком штапу. Пошто би се задужио повољно код повлашћених банака, кад дође суша или поплава итд. сељак неће моћи отплаћивати дуг, него се тога ради мора задужити код зеленаша под најнеповољнијим условима.”[47] Осим тога, у прилог задржавања окућја према свим повериоцима навођено је још и то да „наш сељак много троши на одржавање скупих обичаја и лако се задужује”; да „кад је држава чиновништво као најпросвећенију класу осигурала пензијом, био би неопростиви грех укинути §471 и оставити не само непросвећен но чак 70% неписмен сељачки сталеж на милост и немилост зеленашима”, итд.[48] Све у свему, како је то приметио један хрватски правник, Ф. Чулиновић, §471 „има племениту и сасвим социјалну интенцију, да спасе земљорадника од пролетеризације”, јер тешко је „зло за друштво, у коме је село дотерано до просјачког штапа”.[49]

Поред основаних аргумената за одржање и проширење установе окућја и на нове области, чули су се и бројни контрааргументи. Према мишљењу Л. Боема (L. Boehm) прописивањем установе окућја „отпала би свака могућност добијања кредита”, што би даље довело до застоја. Уз то, земљораднику је било забрањено да располаже одређеним земљорадничким минимумом, а земља се – речју Boehm-а – „мора донекле мобилизирати”, тј. забраном располагања земљом, она би остала у „рукама неспособног човека”, уместо да „дође у руке способног човека, који би из земље добио све могуће”. Штавише, „не смемо задржавати свим силама на некој груди земље неспособног лијеног итд. човјека само зато, да он не пропадне”, закључивао је Boehm.[50]

---

[46] Аранђеловић је предлагао: „Нека се створи кредит за земљорадника преко Аграрне банке, Државне хипотекарне банке, земљорадничких задруга, које дају новац са умереном каматом, које не врше недопуштене махинације на штету дужника, које пазе зашто земљорадник тражи зајам, па нека се овим и сличним заводима допусти да могу за дуг продати и сву земљорадникову непокретност, осим куће и окућнице „(Наведено према: *Ibid*., 417).

[47] *Ibid*., 416.

[48] *Ibid*., 417.

[49] Ф. Чулиновић, „Право „окућја „(§471. гр. с. п.) и оснивање земљишних књига”, *Архив за правне и друштвене науке* 4/1931, 267; M. Pavlović (2018), 508.

[50] L. L. Boehm, 121. Аранђеловић је побијао аргументе, који су изношени против окућја. У том смислу, на констатацију Boehm-а да би забраном располагања земља остала „у

У истом смислу, изјашњавао се и С. Цуља. Наиме, он је истицао да „није у интересу ни нашег економског напретка уопће, ни наше аграрне продукције напосе, а коначно ни у интересу бољег напреднијег, трезвенијег и раднијега дијела наших земљорадника, да се уводи заштита земљорадничког минимума у оне крајеве, у којима још не постоји, а у крајевима где је досада постојала, да се полагано ликвиидира нп. тако да се заштићени минимум смањује сваке двије године за 20% (...), тако да га за 10 година потпуно нестане".[51] Поред ових, релативно умерених критичара окућја било је и оних који су окућје поредили са „највећим бацилом за разарање нашег села, како у привредном погледу тако и у погледу морала". Другим речима, ортодоксни противници §-а 471 су сматрали да „овај параграф понижава човека, одузима му оно што га битно разликује од животиње – слободну вољу". Стога, „брисањем §471. добило би се једно здраво стање, да може и да мора сваки да одговара својој обавези", закључивали су противници установе окућја.[52]

За обликовање коначног решења у Закону о извршењу и обезбеђењу било је посебно важно „мишљење вишег земаљског суда". Он се изјаснио против окућја, премда признајући „добре стране и социјално значење 'нацрта'".[53] Због тога, али и других бројних приговора на рачун окућја, у другом нацрту Закона о извршењу и обезбеђењу била је изостављена установа заштите земљорадничког минимума; јер, сагласно слову Образложења пројекта Закона о извршењу и обезбеђењу, из изнетих мишљења о установи окућја „може се разабрати и то да је за питање заштите минимума земљорадничког поседа везан цео комплекс правних и господарствених питања, која се не могу решити у оквиру закона о извршењу, него једино посебним законом, а тај закон да се не може донети, док се сва та питања најпре не рашчисте на основу анкета, у којима морају учествовати како земљорадничке и остале привредне организације тако и правнички кругови. Уваживши све то, излучени су при коначној редакцији овог пројекта прописи првобитног нацрта о заштити минимума поседа земљорадника." [54] Ипак, законодавац је, имајући у виду „важност питања", на основу чл. 8 Уредбе о увођењу закона о извршењу и обезбеђењу у живот, док се не донесе јединствени Закон о заштити минимума земљорадничког поседа, оставио на снази, у „погледу извршења на непокретностима: 1) пропис §471 тач. 4а Законика о поступку судском у грађанским парницама за Србију од 20. фебруара 1865. год., са каснијим из-

рукама неспособног човека", Аранђеловић је приговорио да је за „срећу народа и сигурност државе, у данима борбе за њен опстанак, боље и нерентабилна земљорадничка привреда него већи допринос земљорадње и незадовољство народа „(Д. Аранђеловић, 97).

[51] S. Zuglia (1931), 111.

[52] J. Петровић, 418-419.

[53] L. L. Boehm, 124.

[54] Наведено према: J. Петровић, 448.

менама и допунама; 2) пропис §256 Законика о судском поступку у грађанским парницама за Црну Гору од 1. новембра 1905. год. 3) пропис §§1 до 18 и 35 Закона о задругама за Хрватску и Славонију од 9. маја 1889. год. 4) пропис чл. 28 до 35 Закона о бившим кметским селиштима и стеченим беглуцима од 17. маја 1928. год. 5) пропис чл. 34 ст. 1 Уредбе о осигурању, принудној наплати и ненаплативости пореза од 19. новембра 1928. год.".[55] Све у свему, у самом југословенском Закону о извршењу и обезбеђењу није било говора о заштити земљорадникове куће и земље, „јединог извора сељачког живота", а на основу Уредбе је задржан правни партикуларизам у погледу тог питања.[56]

Током 30-их година XX века доношени су прописи на основу којих је привремено штићен земљорадник, тј. његове непокретности.[57] Али, Закон о заштити минимума земљорадничког поседа за Краљевину Југославију није био донет. Стога, неки су чак сматрали да је установа окућја и на простору Србије и Црне Горе била „практично угаснула". Наиме, они су дошли до закључка да је установа окућја „практично угаснула", с једне стране, тиме што није била предвиђена у новом закону о извршењу и, с друге стране, „тиме што су по закону о Привременој Аграрној Банци од 1929. (§73) добили меничну способност сви земљорадници Србије и Црне Горе, а допуном закона о П. А. Б. од 1930. одредба §471 срп. грађ. поступка и §256 грађ. поступка за Црну Гору (...) укинута је у односу на кредитно пословање са

[55] Ivo Matijević, Ferdo Čulinović, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, II knjiga, Beograd 1938, 426. Што се тиче заштите покретних ствари земљорадника, у §209 ст. 1 тач. 3 је било прописано да „не могу бити предмет извршења, ако је извршенику земљорадња главни извор за издржавање његово и његове породице (земљорадник): један плуг, једна дрљача, једна кола, једна мотика, једна секира, један будак, једна коса, два вола или бивола или два теглећа коња или два магарца, крава или биволица са телетом, односно биволчетом до године дана, десет оваца или пет свиња или пет коза и толико хране и стеље колико је потребно за њега, његову породицу и за од извршења изузету стоку до нове хране; ово вреди и за оне земљораднике, који немају сопствене земље за обрађивање него обрађују туђу земљу" ( вид. Ivo Matijević, Fedro Čulinović, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, prva knjiga, Beograd 1937, 233).

[56] Bogoljub Šteng, „Zaštita seljačkog posjeda", *Правосуђе* 7-8/1940, 276-277. Југословенски Закон о извршењу и обезбеђењу био је рађен на основу аустријског закона о извршењу (Executionsordnung). Окривљујући пуко преписивање аустријског закона као разлог за изостављање установе окућја у југословенском закону о извршењу, аустријски Executionsordnung је овако описиван од појединих југословенских правника: „Овај је (...) често знао бити толико пакостан, да је за вољу наплате тражбине" извршног повериоца „жртвовао и саму егзистенцију дужника (...), па и његове породице" (Branimir Rački, „Uzdržavanje ovršenika za vrijeme ovršnoga postupka, napose osvrtom na postojeću uredbu o zaštiti seljačkog posjeda od ovrhe", *Mjesečnik* 7/1940, 311).

[57] Нпр. била је донета Уредба о ликвидацији земљорадничких дугова, али она је имала „само пролазну вредност, док су лоше последице које је изазвала, као губитак вересије и опадање поштења, имале склоност да се дуже одрже „(B. Šteng, 277).

Банком".[58] Упркос томе, не може се рећи да је окућје било „угаснуло" на простору Србије, све до Другог светског рата, и поред одређених измена.[59]

## 4. ПРАВНО ИЗЈЕДНАЧЕЊЕ УЗ ПОЛИТИЧКО РАЗДВАЈАЊЕ

Крајем 30-их година XX века хрватски сељаци траже да се уведе „законски минимум, испод којега се земља не би могла принудно продати". Наиме, тај захтев, изнет од стране самог сељаштва, представљао је „његов покушај, да од извлазбе, која му прети ради" опште „кризе, сачува бар кров над главом и крпицу земље".[60] Речју, „сиромаштво и биједа гоне сељака, да се задужује, када не може спојити крај с крајем, потроши храну прије жетве, што се дешава великом броју породица, не само у т. зв. пасивним крајевима". Штавише, „све што продајемо, јефтино је, све што купујемо, скупо. И тако два пута губимо: једанпут кад купујемо, други пут кад продајемо". Говорили су сељаци са простора Хрватске.[61] Према томе, сељаштво је иницирало питање окућја у хрватским крајевима. Другим речима, „ни само сељаштво као друштвена скупина није могло остати индиферентно насупрот своме све већему пропадању, сиромашењу и све тежем животу. Под ударцем аграрне кризе почело се село само организовати на отпор." У том смислу, створена је организација хрватског сељаштва – „Господарска Слога".[62]

„Господарска Слога" је одмах по формирању почела активно да ради на решавању питања заштите земљорадничког минимума у хрватским крајевима. Тако, она је „приредила анкету (1937) и одговор је стигао из 1300 села (од стране сељака) да се сељачки посед заштити". Тим поводом и вођство Хрватске сељачке странке изјаснило се за заштиту. Речју Влатка Мачека:

---

[58] Мијо Мирковић, „Враћање окућја у Хрватску", *Архив за правне и друштвене науке* 5/1939, 439.

[59] Вид. Adam Lazarević, „Pitanje zaštite minimuma zemljišnog poseda po našem pravu", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1957, 82; Поводом земљорадничког минимума вођени су спорови и након рата. Али, док је Врховни суд НР Србије поништавао, под одређеним условима, правне послове, закључене пре рата, у којима је земљорадник отуђио непокретности, које су чиниле тзв. земљораднички минимум, то није важило за правне послове тог типа закључене након Другог светског рата. Наиме, „правни послови о отуђењу непокретности земљорадника, који су закључени после ослобођења (...), а којима би се крњио известан обим земљорадничког поседа" нису сматрани као рушљиви или ништави, „јер су, према Закону о неважности правних прописа од 1946, предратни прописи о минимуму земљорадничког поседа изгубили правну снагу" (Живомир Ђорђевић, „Минимум земљорадничког поседа одређен прописима бивше Југославије – еквивалентност у теретним уговорима", *Анали Правног факултета у Београду* 3/1956, 334).

[60] Vuk Vernić, „Prilog raspravljanju o seljačkom pitanju", *Mjesečnik* 9/1938, 422.

[61] *Ibid*., 417.

[62] *Ibid*., 424.

„Моје је мишљење да треба сељачки посед свакако заштитити према свима, треба заштитити не само према свим повериоцима и према држави, него чак и према моменталном (садашњем временитом) власнику, у колико би он имао намеру да га растргне. – Својина сељачке земље и не може имати онај значај, као што га има на пр. својина троспратнице у Загребу или било које фабрике... Сељачки посед је услов за сељачку егзистенцију и према томе се не може сматрати у ствари својином онога, ко је моментално уписан у земљишној књизи, него се мора сматрати и својином читаве његове породице, па чак и будућих потомака."[63]

О питању заштите земљорадничког минимума говорило се и на Конгресу правника Краљевине Југославије, који је одржан у Новом Саду, од 10. до 11. септембра 1938. године.[64] Дакле, поново је било покренуто питање правне унификације у погледу окућја. Међутим, до делимичног правног изједначења је дошло тек након „политичког раздвајања", с обзиром да је установа окућја на простору Хрватске била прописана по успостављању Бановине Хрватске.[65] У том смислу, 12. октобра 1939. године била је донета Уредба о заштити сељачког посједа од оврхе за Бановину Хрватску. У Уредби је стајало да се „не може сељаку узети под оврху (извршење) по Зак. о извршењу и обезбеђењу: 1. Кућа са окућницом и двориштем до 20 ари површине. 2. Обрадиво земљиште у површини од ½ ha по члану породице (али у сваком случају у најмањој површини од 3 ha). 3. Господарске зграде потребне за уредно вођење господарства на земљишту изузетом испод оврхе."[66] Дакле, упркос томе што институт хрватског и србијанског окућја нису били потпуно идентични, доношењем Уредбе о заштити сељачког посједа од оврхе за Бановину Хрватску дошло је до делимичног правног изједначења у погледу заштите земљорадничког минимума.[67]

---

[63] Наведено према: М. Мирковић, 441; M. Pavlović (2018), 509.

[64] Вид. Vuk Vernić, „Zaštita seljačkog posjeda", *Mjesečnik* 3/1939, 119.

[65] M. Pavlović (2018), 510.

[66] Наведено према: *Ibid*., 509.

[67] Површина заштићеног земљорадничког минимума у Хрватској и Србији била је приближна. Речју, у „Србији је на једну породицу остајало 3,5 ha, а у Хрватској најмање 3 ha". У Србији се инстутутом окућја штитила земља уопште, а у Хрватској само обрадиво земљиште. У Србији је површина заштићеног земљорадничког минимума расла како је растао број пореских глава у породици, а у Хрватској је на сваког члана породице ишло по још пола хектара земље. Разлика између србијанског и хрватског окућја разликовала се и у погледу располагања. Тако, док је у Хрватској сељак могао да прода свој заштићени минимум, то је онај у Србији да би га продао морао да „докаже да је прешао у друго занимање и себи обезбедио егзистенцију на другом месту". Најзад, хрватско и србијанско окућје су се међусобно разликовали и по томе што је у Хрватској заштита земљорадничког минимума важила према свим повериоцима, док у Србији та заштита није важила за потраживања од Државне хипотекарне банке и Привилеговане аграрне банке (*Ibid*., 509-510).

## 5. ЗАКЉУЧАК

Институт заштите земљорадничког минимума први пут је прописан у српском праву за време кнеза Милоша, 1836. године. Установљењем института окућја требало је спасити сељачку породицу од пропадања услед нерационалног, али често и нужног задуживања код зеленаша. Другим речима, захваљујући окућју сељак није могао остати без крова над главом и одређене површине земљишта, која је њему и његовој породици обезбеђивала егзистенцију.

Услед релативно непромењених економских околности, институт окућја се одржавао деценијама и то као тзв. „Закон о окућју", тј. §471 тач. 4а Законика о поступку судском у грађанским парницама, од 20. фебруара 1865. године. Окућје је тако постало део „србијанског правног идентитета". Након стварања Краљевине СХС отворило се питање одрживости окућја, с обзиром на то да тај институт није био „познат" у свим подручјима новостворене државе, а јединствена држава је захтевала јединствено право. Тим поводом развила се правна дискусија, јер су Србијанци били углавном за одржање и проширење важности §471 тач. 4а на све области, а „пречани" су били, по правилу, против окућја. Услед непопустљивости у ставовима и поред покушаја да се питање реши, све до краја 30-их година XX века, у погледу заштите земљорадничког минимума у југословенској Краљевини владао је правни партикуларизам. Међутим, до делимичног правног изједначења долази тек након политичког раздвајања, односно до увођења института окућја и у хрватске крајеве долази тек по успостављању Бановине Хрватске. Упркос томе, она „стара Југославија", пре Другог светског рата, означавана је као „једна ситносопственичка земља",[68] у којој се водила правна борба за егзистенцију сваког сељака.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Аранђеловић, Драгољуб, „Треба ли укинути §471 тач. 4а Грађанског суд. Поступка за Србију? Или га проширити за целу државу?", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931.

Арсић, Т. Михаило, *Заштита минимума земљорадничког поседа*, Београд 1936.

Белић, Радмило, „Упоредни поглед режима окућја у југословенском и режима породичног добра у француском законодавству", *Архив за правне и друштвене науке* 3/1933.

[68] A. Lazarević, 82.

Boehm, L. Ludvik, „O zaštiti seljaka protiv ovrhe", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931.

Vernić, Vuk, „Prilog raspravljanju o seljačkom pitanju", *Mjesečnik* 9/1938.

Vernić, Vuk, „Zaštita seljačkog posjeda", *Mjesečnik* 3/1939.

Goodman, Paul, „The Emergence of Homestead Exemption in the United States: Accommodation and Resistance to the Market Revolution, 1840-1880", *The Juornal of American History,* Vol. 80, 2/1993.

Гузина, Ружица, „Један историјски осврт на стварање југословенске државе у току Првог светског рата", *Анали Правног факултета у Београду* 1/1987.

Дракић, Гордана, „Правни партикуларизам у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца и рад на његовом превазилажењу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 3/2004.

Drakić, Gordana, „O stavu radikalne stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca prema agrarnoj reformi", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2009.

Ђорђевић, Живомир „Минимум земљорадничког поседа одређен прописима бивше Југославије – еквивалентност у теретним уговорима", *Анали Правног факултета у Београду* 3/1956.

Константиновић, Никола, „Питање ситних сеоских газдинстава (сељачко питање)", *Архив за правне и друштвене науке* 1-2/1935.

Кулаузов, Маша, „Покушај да се законским путем ублаже последице зеленаштва у Србији XIX века", *Хармонизација грађанског права у региону,* октобар 2012, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Пале.

Лазаревић, Василије, Хаџић, Јован, „Реферат од 25. јула 1837. године", *Правда,* године IV, бр. 76, Београд 17. март 1907.

Lazarević, Adam, „Pitanje zaštite minimuma zemljišnog poseda po našem pravu", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1957.

Matijević, Ivo, Čulinović, Fedro, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, prva knjiga, Beograd 1937.

Matijević, Ivo, Čulinović, Fedro, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, II knjiga, Beograd 1938.

Мирковић, Мијо, „Изградња сељачког поседа у Немачкој", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1934.

Мирковић, Мијо, „Враћање окућја у Хрватску", *Архив за правне и друштвене науке* 5/1939.

McKnight, Joseph W., „Protection of the Family Home from Seizure by Creditors: The Sources and Evolution of a Legal Principle", *The Southwestern Historical Quarterly,* Vol. 86, 3/1983.

Никетић, Гојко, *Грађански судски поступак Краљевине Србије протумачен одлукама Државног савета и опште седнице и одељења Касационог суда*, Београд 1914.

Павловић, Марко, *Српска правна историја,* Крагујевац 2005.

Павловић, Марко, *Правна европеизација Србије 1804-1914*, Крагујевац 2008.

Pavlović, Marko, „Problem izjednačenja zakona u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca/Jugoslaviji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Zbornik PFZ),* 3-4/2018.

Петровић, Јеленко, *Окућје или заштита земљорадничког минимума*, Београд 1930.

„Пет дана орања", *Време,* 27. јул 1923.

Rački, Branimir, „Uzdržavanje ovršenika za vrijeme ovršnoga postupka, napose osvrtom na postojeću uredbu o zaštiti seljačkog posjeda od ovrhe", *Mjesečnik,* 7/1940.

Станковић, Урош, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2014.

Stenografske beleške Narodne skupštine Kraljevine Jugoslavije, knj. 2, Beograd 1932.

*Temeljite uprave za karlovacsku, varasdinsku, banovsku, slavonsku i banatsku – Vojnegranice*, http://digital.bms.rs/ebiblioteka/pageFlip/reader/index.php?type=publications&id=4131&m=2#page/33/mode/1up, 9. март 2021.

Zuglia, Srećko, „Proširenje točke 4a §471 srpskog građanskog sudskog postupka na nove oblasti", *Mjesečnik* 4/1924.

Zuglia, Srećko, „Treba li zajedno s novim zakonom o izvšenju uvesti i zaštitu zemljoradničkog posjeda slično kao u §471 tačka 4a) srp. g. s. post.", *Споменица четвртог Конгреса правника Краљевине Југославије одржаног у Скопљу на дан 4, 5 и 6 октобра* (ур. Стојан Јовановић), Београд 1931.

Чулиновић, Ф., „Право „окуђја „(§471. гр. с. п.) и оснивање земљишних књига", *Архив за правне и друштвене науке* 4/1931.

Šteng, Bogoljub, „Zaštita seljačkog posjeda", *Правосуђе* 7-8/1940.

*Biljana Ž. Gavrilović*
*University of Kragujevac*
*Faculty of Law*
*bgavrilovic@jura.kg.ac.rs*

## Legal – Historical Overview of the Protection of Homestead (Farmer'S Minimum) in Serbian Law

***Abstract**: The subject of this analysis is the protection of homestead (farmer's minimum), from when it was introduced into Serbian law until the Second World War. The regulation about prohibiting debt collection of the peasant cover the essential part of his homestead, was introduced into Serbian law in the year 1836. It was necessary to prescribe the protection of the homestead, because the peasants borrowed from the usurers and thus lost their house and the last piece of land. That protection of the farmer's house and a few days of land became an integral part of Serbia's legal identity. The regulation about prohibiting debt collection of the peasant cover the essential part of his homestead did not exist in all parts of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. Because of that, when the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was founded, the unification of laws became a priority task of the government. In this regard, a rich debate developed, which lasted until the Second World War.*

***Key words**: the protection of homestead, debt, execution, unification*

Датум пријема рада: 18.01.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 03.03.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

# ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Оригинални научни рад 342.25:352.07(439)
doi:10.5937/zrpfns55-30558

*Атила З. Бадо*
*Универзитет у Сегедину*
*Правни факултет у Сегедину*
*attila@badoat.hu*

# ПОКУШАЈИ ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ У ПРОЦЕСУ ТРАНСФОРМАЦИЈЕ МАЂАРСКОГ СИСТЕМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

***Сажетак:*** *У Мађарској су се 2020. године распламсале политичке расправе о систему локалне самоуправе. Према мишљењу појединих градоначелника, владине мере предузете током пандемије, пре свега оне које ограничавају самосталне приходе локалних самоуправа, довешће до повратка система социјалистичких већа и до укидања локалних самоуправа.*[1] *Влада је, наиме, тврдила да предузетим мерама жели да ублажи порески терет предузећима током кризе, док опозиција сматра да су ове мере израз освете према оним локалним самоуправама на чијем челу су представници опозицијских партија. Те партије су 2018. године постигле изборни успех, за што се по тврдњама њихових лидера, сада кажњавају локалне самоуправе које воде и то на тај начин што се лишавају главних извора самосталних прихода. По њиховом мишљењу, истовремено се приходи самоуправа које су влади „по вољи" компензују из централних извора.*

*Расправа није новијег датума и добро се уклапа у настојања, исказана у процесу сложене реформе локалне самоуправе у последњој деценији, коју су актери смештени на супротним странама политичког спектра различито оценили. Са једне стране, као предузимање низа мера централизације и ограничивања делокруга и овлашћења локалних власти, а са друге стране, као активности које су потребне ради спречавања задуживања локалних самоуправа и повећања њихове ефикасности. Да би се ова појава могла проценити и са научне тачке гледишта, вреди осврнути се на период пада*

[1] „Pikó: A kormány visszahozza a tanácsrendszert". https://magyarnarancs.hu/belpol/piko-a-kormany-visszahozza-a-tanacsrendszert-234510. Вид. Máté Pétervári: „The Establishment of the Districts in Hungary after the Austro-Hungarian Compromise". David A. Frenkel – Norbert Varga (eds.), *New Studies in History and Law.* Athens, Atns Institute for Education and Research, 2019. 66.

*социјализма и промене режима (транзиције), а затим испитати уставни и законодавни процес почев од 2011. године.*

***Кључне речи:*** *реформа локалне самоуправе, функционална децентрализација, централизација, измирење дуга, повећање ефикасности.*

## 1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА – СИСТЕМ ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ НАКОН ПАДА СОЦИЈАЛИЗМА И ПРОМЕНЕ ВЛАСТИ (ТРАНЗИЦИЈЕ)

Након пада социјалистичког друштвеног уређења и промене власти (транзиције) у Мађарској је на основу демократске идеје о самоуправи, настао један фрагментирани систем локалне самоуправе, који је пружао висок степен самосталности. Иако су се неке постсоцијалистичке земље одлучиле за федеративни или интегрисани модел, мађарски закон о локалној самоуправи је настао на основу одредаба Устава и применио у пракси принцип „једно насеље – једна локална самоуправа".[1] У благодатном стању „демократске еуфорије" која се у време транзиције осећала и на другим подручјима[2], законодавци су, уз самоконтролу која данас често недостаје, усвојили правни пропис који је несумњиво био модеран и у потпуности је реализовао идеју локалне самоуправе те је повећао моћ локалних власти на рачун централне.

Релативно брзо се, међутим, показало да фрагментирани систем који функционише на слабом средњем нивоу, није савршено решење.[3] Регулаторни модел нужно је резултирао бројним проблемима,[4] који су већ много раније могли да створе базу потребну за усавршавање система локалне самоуправе, или простије речено, за његову реформу.[5]

Међутим, за трансформацију је недостајао политички консензус, а за измене и допуне закона је потребна двотрећинска већина, па је због тога систем локалне самоуправе, изузев мањих корекција (нпр. микрорегионално удру-

---

[1] Tamás M. Horváth, *Magas-feszültség* Dialóg Campus Budapest 2015. 33. Усп. Слободан Орловић, „Уставноправни положај локалне самоуправе у Србији.*" Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2015, vol. 49, no. 4. 1649-1667.

[2] Довољно је само да помислимо на систем универзитетске студентске самоуправе, који је у поређењу са западноевропским моделима једна изузетно утицајна, али истовремено и недодирљива структура.

[3] Законодавац је у односу на оживотворење локалне аутономије знатно мање пажње посветио аспектима ефикасности и уштеде трошкова.

[4] Imre Verebélyi (уред.), *Egy évtized önkormányzati mérlege és a jövő kilátásai*. Magyar Közgazdasági Intézet Budapest 2000.

[5] О реформи у Србији види: Bogoljub Milosavljević: „Reforma lokalne samouprave u Srbiji." *Hrvatska i komparativna javna uprava,* god. 12, br. 3., Zagreb, 2012, 749–768.

живање, стварање могућности за вишенаменско микрорегионално удруживање) могао несметано остати „залеђен". За разлику од других постсоцијалистичких земаља (на пр. Чешке, Пољске) које су биле у прилици да континуисано усавршавају модел одабран приликом транзиције и прилагођавају га променљивим околностима, мађарски систем локалне самуправе је било могуће само критиковати, али не и учинити ефикаснијим. Чак је пропао и покушај формирања регија, у Европи помињаних као некакве магичне речи, зато што је постало белодано да њихово непостојање није препрека за коришћење извора из развојних фондова Европске уније. Због тога се по том питању и није требало упуштати у реализацију наметнутог политичког консензуса.

У таквом стању ствари нудиле су се бројне могућности да се у новоформираној демократији Уставом прописано право на локалну самоуправу задовољи преузимањем неког западног модела који се у тамошњим друштвима већ показао као поуздан начин регулисања односа између државе и локалних самоуправа. Иако су ови модели од тада изложени непрестаним променама, њихове су основе биле јасно дефинисане већ током 1990-их година.

### 1.1. Покушај класификације европских система локалне самоуправе

Осамдесетих година 20. века појавили су се научни радови о класификацији европских локалних самоуправа, који су били познати и мађарским сгручњацима. Пејџова (Page) и Голдсмитхова (Goldsmith) типологија о подели функција и основа аутономије локалних самоуправа односе се још увек само на системе северног и јужног типа, али приказани узорци дају детаљан опис решења која служе као основ за класификацију. Аутори објашњавају први систем кроз представљање режима локалне самоуправе у Шведској, Норвешкој, Данској и Уједињеном Краљевству, а потоњи преко карактера локалне самоуправе у Француској, Италији и Шпанији.[6] Пејџ у једној својој касније објављеној књизи јасно показује шта сматра најважнијим аспектом у разграничавању северног и јужног типа локалних самоуправа. Док северни систем карактерише правни локализам и политички централизам, дотле је за јужни систем карактеристичан правни централизам и политички локализам. Аутор је, наиме, своју типологију развио на основу тога до које мере је локална елита у стању да утиче политичким и правним путем (преко формалног законодавства) на доношење одлука које регулишу локалне послове.[7]

[6] E.C. Page, M. Goldsmith (ed.), *Central-local government relations: a comparative analysis of West European unitary states.* London, Sage 1987.

[7] E. C. Page, *Localism and centralism in Europe. The political and legal Bases of local self-government* Oxford University Press, 1991. 183.

Почетком 1990-их година типологија је постала сложенија. Хессе (Hesse) и Шарпе (Sharpe), на пример, већ разликују три модела. То су поред наполеонског још и англосаксонски, односно средњоевропски и северноевропски.[8] Од тада све до данас траје период проналажења и развоја различитих решења за класификацију и њено усавршавање. Модел који је Лафлин (Loughlin) дефинисао 2003. године[9], а који се касније (2010. године) проширио и на класификацију источноевропских земаља[10], разликује већ четири групе: француску, англосаксонску, немачку и северну.

Имајући у виду све ово, источноевропске земље које су иза себе оставиле једнопартијски систем, имале су више могућности да развију свој систем државне управе и локалне самоуправе. Избор модела очигледно нису одредиле историјске традиције, него идеолошка убеђења и стручна сазнања до којих су дошли политички актери који су изгарали у прозападњачкој грозници.[11]

Новонастали систем локалне самоуправе у Мађарској пружио је највећу могућу слободу насељима, без обзира на њихову величину или број становника, тиме што су она добила самостални буџет, представничко тело, градоначелника и широка регулаторна овлашћења. Тај је систем и у поређењу са многим западноевропским државама био веома децентрализован у функционалном и економском смислу.[12] С тим у вези вреди да се укратко осврнемо на једно компаративно истраживање објављено 2014. године, које у оквиру испитивања класификације источноевропских система локалне самоуправе у ширем смислу, анализира и ситуацију у Мађарској пре 2010. године.[13]

Према тврдњи Павела Свианиевица (Pawel Swianiewicz) источноевропски блок је несумњиво група са посебним одликама, што се превасходно

---

[8] J. J. Hesse, L. J. Sharpe, „Local government in international perspective: some comparative observations". *Local government and urban affairs in international perspective.* (J. J. Hesse ed.). Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-baden, 1991. 603-621.

[9] John Loughlin, *Subnational democracy in the European Union*. Oxford, Oxford University Press, 2003.

[10] Loughlin et al. (eds.), *Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2010. 812.

[11] Стручно образовање у Институту за државну управу започело је још у периоду једнопартијског система.

[12] О томе како су посткомунистички режими приликом организовања институционалног система локалне самоуправе захваљујући различитим развојним програмима могли да превазиђу раније круте западноевропске моделе који су се налазили пред променама види: Adrian Campbell, Andrew Coulson, Andrew, *Into the mainstream: Local democracy in Central and Eastern Europe*. Local Government Studies, Vol. 32, No. 5. 2006., 543–561. DOI: https://doi.org/10.1080/03003930600896129.

[13] Pawel Swianiewicz: „An empirical Typology of Local Government Systems in Eastern Europe." *Local Government Studies,* Vol. 40, No. 2. 2014. 292–311. DOI: https://doi.org/10.1080/03003930.2013.807807

може да захвали чињеници да су земље из те групе делиле једно заједничко историјско искуство. Наиме, на крају 20. века су доживеле транзицију, односно прелаз из једнопартијског система у демократију. Аутор види најважније заједничке карактеристике тих држава у снажном поверењу у децентрализацију, у слабостима локалних самоуправа на средњем нивоу, те у специфичном моменту децентрализацијских реформи, који има велик утицај на реформе.

У транзицијским земљама је постојало опште убеђење да је демократија повезана и са што већим степеном децентрализације и да локалне самоуправе које настају, у стању су да замене многе компоненте демократије, које су почев од цивилног друштва раније недостајале у њиховим земљама.[14] Слабости средњег нивоа такође се могу да образложе заједничком прошлошћу, јер су у комунистичким режимима локална насеља била „потискивана" управо са средњег нивоа. Ова лоша успомена довела је до тога да су реформе локалне самоуправе у постсоцијалистичкиим земљама кренуле у потпуно супротном смеру од западноевропских трендова.[15]

Поред главних заједничких одлика Свианиевиц говори и о таквим особеностима и о изванредној разноликости које је источни блок умео да покаже и након протека временског периода дужег од 20 година рачунајући од транзиције. На пољу функционалне децентрализације, земље из ове групе, додуше имају знатно нижи степен децентрализације од северног и немачког система, али неке државе, попут Пољске, Мађарске, Чешке и Летоније, у том се погледу налазе испред држава англосаксонског и „јужног" типа.

У случају територијалне поделе се већ не може приказати нека општа карактеристика постсоцијалистичких земаља која би их могла да јасно разликује од западноевропских система. У овој групи постоје неке државе које се сматрају најфрагментиранијима (Мађарска, Чешка, Словачка) те оне које су створиле највеће локалне самоуправе по броју становника (Литванија, Грузија, Србија, Бугарска).

И систем управљања локалним самоуправама се такође може назвати разноликим. Постоје земље у којима је, рачунајући од периода транзиције, градоначелник директно биран, има оних у којима градоначелника бира

[14] *Ибид*, 295.

[15] Вид. Irena Pejić, „Lokalna samouprava u evropskim ustavnim sistemima", *Alternativna nacionalna strategija decentralizacije* (ur. Jelena Perković), Novi Sad 2012.; Александар Ђурђев, „Локална самоуправа у Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-2/2007.; Jelena Jerinić, Bogoljub Milosavljević, „Normativna ovlašćenja organa lokalne samouprave u Srbiji." *Pravni zapisi*, vol. 10, br. 2, str. 399-412, 2019.; Bogoljub Milosavljević et al., *Citizen Participation at the Local Level: analisys of the legal framework and policies in Serbia and other European countres: research of the current situation.* Standing Conference od Towns and Municipalities, Belgrade, 2006.; Z. Zlokapa, D. Damjanović, *Modeli orgnizacije lokalne samouprave: Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija i Srbija*. Palgo centar, Beograd, 2007.

представничко тело већином гласова изабраних одборника, а постоје земље (попут Мађарске) које су у том погледу „промениле систем" у истраживаном периоду.

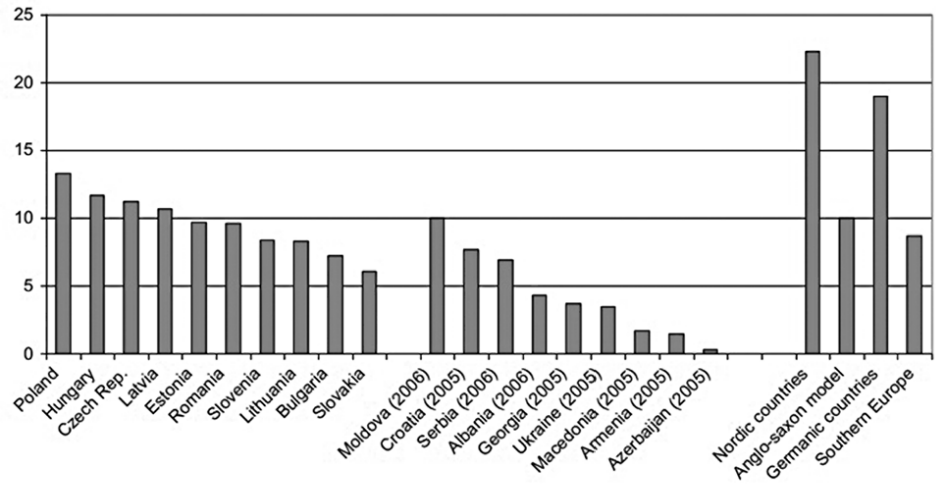


**Figure 1.** Functional decentralisation in Central and Eastern Europe – local government spending as a percentage of GDP (2007)
Note: Groups of countries in Western Europe (right) are based on Loughlin (2003).
Sources: Own calculations based on: Alibegović and Slijepčević (2010), Dąbrowska *et al.* (2009), *Local Government Finance* (2010), Meekel (2008), Mshvidobadze (2006), Nikolov (2006), Pigey *et al.* (2008).

Узимајући у обзир горе наведена обележја, аутор је покушао да развије типологију источноевропских земаља. Од пет кластера које је израдио, у први је сврстао оне земље које су због свог широког спектра функција, најсличније западноевропским системима. Због директног избора градоначелника[16], економске аутономије локалних самоуправа и сличности средњег нивоа система локалне самоуправе аутор сврстава Мађарску, Пољску и Словачку у групу коју назива „шампионима децентрализације". У групу земаља које спроводе релативну децентрализацију уврштава Чешку, Естонију и Летонију, док у трећу групу, коју можемо да назовемо и „балканском", смешта Албанију, Бугарску, Хрватску, Северну Македонију, Молдавију, Румунију, Словенију и Украјину.

Четврту групу, углавном због територијалних посебности, чине Грузија, Литванија и Србија, док редослед затвара пета група чија су главна

[16] Овај систем функционише у Словачкој од 1990. године, у Мађарској од 1994. а у Пољској од 2002. године.

обележја јака територијална фрагментација уз високи степен централизације. Према аутору, овој групи припадају Јерменија и Азербејџан.[17]

Модел локалне самоуправе који је одабрала Мађарска (а који се заиста може апострофирати као шампион децентрализације), уз мање промене је несметано функционисао све до 2010. године, те је кроз тако дуги временски период и у социолошком смислу несумњиво допринео формирању специфичне локалне политичке елите.

Настанку и јачању локалне политичке елите допринеле су и посебности мађарског изборног система, јер су систем жупанијских листа и честе двоструке улоге градоначелника у партијској политичкој елити (као градоначелника и чланова парламента) учинили функције територијалне власти још утицајнијима.

## 2. РЕФОРМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ НАКОН ПРОМЕНЕ ВЛАСТИ 2010. ГОДИНЕ

Ако реформе које су уследиле након 2010. године посматрамо са становишта елита, онда их у ствари можемо да оценимо и као озбиљан губитак престижа локалних власти. Знатно смањивање овлашћења и централизација, заједно са укидањем жупанијских листа и забраном градоначелницима да буду посланици у Народној скупштини, узроковали су значајно слабљење локалних центара моћи (који се колоквијално називају „малим краљевствима"). Унутар локалних самоуправа је, додуше, услед законских промена дошло до јачања позиције градоначелника, [18] али је веома ослабила њихова моћ лобирања на регионалном или националном нивоу.

Главни услов за увођење ове промене био је велики успех политичког блока који је победио на парламентарним изборима 2010. године, добивши изузетно снажан мандат и стекавши уставна овлашћења да покрене значајне реформе у низу области. У неким аспектима није било тешко образложити оправданост реформи, јер би стално наглашавање задужености локалних самоуправа било моћан аргумент чак и у оном случају да претходно многи стручњаци нису упозорили и на друге недостатке тадашњег система. Чак и аутори које бисмо тешко могли да оптужимо за „претерану лојалност и оданост влади", објавили су до тада већ више научних радова у којима су упозоравали на мањкавости система локалне самоуправе, односно на потребу за променом система управљања судовима. Економска криза настала крајем 2000-их година (поред других структурних проблема) неоспорно је

[17] P. Swianiewicz оп.цит. 306.

[18] У вези с тим можемо поменути неколико важних промена, од права на именовање бележника до могућности вета на одлуку представничког тела (скупштине).

довела до задуживања појединих локалних самоуправа. Сем општинских локалних самоуправа које су узимале велике зајмове и водиле неодговорну економску политику, задуживање је оптеретило и жупанијске органе власти. Иако се чињеница о презадуживању локалних самоуправа није сматрала општеприхваћеном, ипак је она послужила као адекватни основ за припрему опште интервенције.

Подаци које је објавио Еуростат добро показују шта је задуженост локалних власти значила у Мађарској, а у пропорционалном погледу у европској арени.[19] Ниво задужености на почетку кризе није био изузетно висок, али је нпр. у поређењу са Чешком или Хрватском, током две године кризе констатован значајан пораст дуга. Дуг мађарских локалних самоуправа се између 2002. и 2011. године повећао приближно шест пута.[20]

Истовремено, ниво задужености локалне самоуправе се може сматрати ниским у поређењу са задуженошћу државе. Због тога је Тамаш М. Хорват устврдио да је „кризна ситуација погрешно утврђена, те да је аргументација о неизоставности интервенције требало да послужи томе да би трансформација добила 'баршунаст' карактер".[21]

Међутим, чињеница је такође и то да су од почетка периода транзиције различите владе биле укључене у решавање економских проблема локалних самоуправа. Према првобитној замисли била је предвиђена нека врста предузетничког самоуправног система, у оквиру којег насеља уживају велике слободе те пружањем економских услуга надопуњују приходе добијене од државе. Али су много пута за градоначелнике бирани председници локалних већа или директори школа, и у управном апарату који су они сами постављали, у највећем броју насеља је недостајало предузетничког знања и искуства. То је, уз остале разлоге дало наслутити да ће бити кризних финансијских ситуација. Прописи су већ 1995. године пооштрени[22] те је усвојен закон о намирењу дуга[23] како би се спречило да поједина насеља дођу у безизлазан финансијски положај. На основу овог закона је у периоду између 1996. и 2013. године, у више од 60 случајева дошло до поступка намирења дуга, углавном у мањим насељима. Повећање броја поступака од 2008. године несумњиво је потакнуто економском кризом. Консолидација дуга одвијала се у четири фазе између 2012. и 2014. године, а држава је од жупанијских и локалних власти преузела око 1.300 милијарди форинти дуга.[24]

---

[19] *Local government in critical times: Policies for Crisi, Recovery and a sustainable Future*. Council of Europe texts (ed. by Kenneth Davey) 2011, 53-57.

[20] Zoltán Gyirán, Az önkormányzati adósságrendezés kérdései. У: Tamás M. Horváth, *Jelenségek*. Dialóg Campus, 2013, 109.

[21] T. M. Horváth оп. цит. 213.

[22] Закон бр. CXXI. из 1995. (1995.évi CXXI. tv).

[23] Закон бр. XXV. из 1996 (1996 évi XXV. tv).

[24] „Helyi önkormányzati adósságkonszolidáció (2012-2014)". *Világgazdaság*, 28. 11. 2013.

Међутим, цена консолидације дуга била је, између осталог[25] и то да је ограничена економска слобода локалних самоуправа. Поменимо само један пример, наиме, преласком са финансирања извора на финансирање појединих задатака радикално је смањена економска слобода локалних самоуправа. Оне више немају дискреционо право над расположивим финансијским ресурсима као раније. Стварној консолидацији дуга претходила је значајна законодавна делатност, чије главне фазе вреди укратко да изложимо.

Што се тиче Основног закона (Устава), на основу првог читања његовог текста је тешко извући закључке који се односе на „транзицију управе и локалне самоуправе", јер су темељи Устава остали непромењени. Устав не предвиђа много промена прописујући да је „територија Мађарске подељена на главни град, жупаније, градове и села. У главном граду и у градовима могу да се формирају окрузи."

## 2.1 Уставна позадина реформе

Основни закон има елементе који нуде ефикасан одговор на претходно уочене недостатке у функционисању локалних самоуправа, али они првенствено отварају врата за касније законодавне активности. Међу такве елементе спада на пример предвиђање права локалних самоуправа на удруживање, односно прописивање да закон може наложити да се задаци обавезно обављају у оквирима удружења локалних самоуправа.[26]

Постоје приступи којима се из текста Основног закона жели ишчитати да је њима умањена аутономија локалне самоуправе.[27] Али, паралелно с тиме вреди да нагласимо да систем самоуправе не постаје бастион демократије и демократски контрапункт државној власти тиме што је у Уставу локална самоуправа загарантована као темељно право. Ни сама Европска повеља о локалној самоуправи то не захтева.[28] Други члан Повеље каже да ће „принцип локалне самоуправе бити признат у домаћем законодавству ... и у Уставу", што је и остварено чланом 31. став 1. Основног закона.

[25] Преузимање дугова од жупанија имало је за последицу и то да је имовина ових територијалних самоуправа без накнаде постала државно власништво.

[26] Основни закон Мађарске (Устав) чл. 32. ст. 1. тачка k), чл. 34. ст. 2.

[27] Ilona Pálné Kovács, „Modellváltás a magyar önkormányzati rendszerben". *A magyar jogrendszer állapota.* (András Jakab, György Gajduschek eds), Budapest, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont. 2016, 588.; István Balázs, „A helyi önkormányzati autonómia-felfogás változása az új törvényi szabályozásban" *Új Magyar Közigazgatás* 2012/10. 37–41. 18.

О апологетичкој аргументацији види: András Patyi, „Gondolatok a magyar helyi önkormányzati rendszer általános szabályairól". *Tanulmányok a 70 éves Bihari Mihály tiszteletére.* (Gergely Deli, Katalin Szoboszlai-Kiss уред.). Universitas – Győr Nonprofit Kft. Győr, 2013, 379–395.

[28] Charta из 1985. године уведена је у мађарски правни систем Законом број XV из 1997. године.

Много је важније то какву институционалну структуру, које функције и ширину аутономије обезбеђује појединa држава у оквиру свог правног система за функционисање локалних самоуправа.[29]

## 2.2 Успостављање правног оквира

Будући да се један органски закон, изузев у симболичком погледу, у меритуму не разликује битно од основног уставног текста, а систем локалне самоуправе је мађарски парламент у суштини дефинисао у њима, зато је целисходније приликом испитивања остваривања права на локалну самоуправу уместо Основног закона нагласак ставити на потоњи извор права.

Трансформацију система локалне самоуправе поред Основног закона регулише више органских закона. Важан извор права је, између осталог и Закон број CXCVI из 2011. године о националној својини. На основу тога закона се пружање одређених јавних услуга од тада налази у искључивој надлежности државе.

Међутим, темеље новог система несумњиво поставља Закон о локалној самуправи Мађарске.[30] За разлику од претходног Закона о локалној самоуправи, садашњи закон одузима од локалне самоуправе такве сегменте система старања (чак их ни не помиње) који су раније били симболи њиховог постојања и деловања. Тако се основно и средње образовање те функционисање здравствених и културних установа више не поверава локалним или жупанијским самоуправама, већ се то врши у државним оквирима и уз централно управљање.

Настојања за спровођењем централизације била су јасна и пре усвајања органског закона и Основног закона. Реорганизација територијалне државне управе била је прва серија мера нове владе из које се могао извести закључак о планираној централизацији управног система и локалне самоуправе. Већина жупанијских управних одсека спојена је у владине канцеларије, на што је касније надограђен систем општинских канцеларија.[31] Потоња промена, која се догодила након 2012. године, имала је озбиљан утицај на локалне самоуправе, јер су општинске канцеларије преузеле овлашћења од нотара

---

[29] Формулација претходног Устава могла је наравно, бити схваћена као чврста гаранција у фрагментираном систему самоуправе. „Заједница бирачког тела општине, града, главног града и његових округа, као и округ, има право на локалну самоуправу. Локална самоуправа значи самостално, демократско обављање локалних јавних послова од стране локалних власти у корист становништва које чини заједницу бирача. „ [Устав, 42. §]" Изостављање ове алинеје из Основног закона очигледно није било случајно.

[30] Закон број CLXXXIX из 2011. године о локалној самоуправи Мађарске.

[31] Закон број XCIII из 2012. године.

(бележника), што је довело до смањења броја службеника локалне самоуправе за око трећину.[32]

У мађарском управном систему нотара именује локална власт. Нотар организује и руководи радом канцеларије градоначелника, те стоји на челу целог управног и стручног апарата локалне самоуправе**.** Његова је обавеза организовање свакодневног функционисања локалне самоуправе, чији су запослени за свој рад одговорни њему. Сем тога, нотар градоначелнику припрема нацрте аката и одлука, те доноси решења у стварима које му градоначелник пренесе у надлежност. Нотар је дужан да подноси извештаје градоначелнику и представничком телу локалне самоуправе.

Најозбиљнији ударац локалним (и делимично територијалним) самоуправама несумњиво је значила напред наведена промена, јер је тиме из надлежности насеља испало питање утврђивања судбине институција које су заиста важне за све месне становнике. Сем тога су те институције симболи локалних самоуправа. У романима из 19-20. века се редовно појављује мотив запошљавања учитеља, директора школе или лекара, као особа које у животу мањих насеља имају главну улогу. Но, од сада то више није ствар локалне самоуправе, него државе. Градоначелници који су претходно на изборима победили програмима побољшања здравствене заштите и унапређивања школства на локалном нивоу, били су шокирани (док су неки можда и одахнули с олакшањем) сазнавши да више не могу одређивати свакодневни живот локалне школе или болнице, него је њихов максимум да буду „чувари" школске зграде. До ових промена је именовање директора школа или болница у већим местима било „празнички", често исполитизовани чин дотичне

[32] *Списак задатака и одговорности пренетих на општинске канцеларије*: Издавање докумената: – евиденција адреса, – издавање личних докумената, – издавање пасоша, – регистрација аутомобила. Надаље поједини случајеви старатељства и заштите деце, неки случајеви социјалне управе, (нпр. – додатак за старије особе, – додатак за негу). Ту спадају и задаци јавног васпитања и образовања, послови са избеглицама и азилантима, приватно предузетништво, издавање дозвола, неки послови комуналног типа (нпр. издавање дозвола за гробље). Општинске канцеларије обављају и неке ветеринарске задатке (нпр. лиценцирање склоништа за животиње, циркуски зверињак), прекршајне послове, руковођење локалним одбрамбеним одборима, имају и поједина водопривредна овлашћења. Оне врше и надзор грађења те одређене задатке из домена грађевинске инспекције.

*Списак задатака и овлашћења која су остала у делокругу нотара (бележника):* Поступак заштите имовине, оставински поступак, матични уред, пореска управа и локални порези, неки задаци управљања градњом, издавање дозвола за трговину, деконтаминација полена у затвореним просторима, индустријска администрација, социјална давања која подлежу регулативи локалне самоуправе, накнада за негу, јавна здравствена заштита, субвенције за дечју заштиту, праћење примене локалних правила за држање животиња. (Од 1. марта 2015. године укинуте су накнада за негу и тзв. правична јавна здравствена заштита, уместо којих је уведена општинска субвенција.

општине. Именована лица су морала да испуне очекивања локалног становништва, односно индиректно и очекивања вође дате локалне самоуправе. Ако ову ситуацију помало огољено оценимо кроз спектар „поделе плена", као што је то учинио Лајош Чергић (Lajos Csörgits) у свом научном раду, онда је овом променом метод „стицања плена" стављен у једну сасвим другачију димензију моћи.[33]

## ЗАКЉУЧАК

Мађарски систем локалне самоуправе прошао је кроз значајну трансформацију након промене власти 2010. године. О разлозима промене, о оценама трансформације и о њеним ефектима мишљења су подељена, али би се тешко могло супротставити тврдњи да је 2011. године реформисан један више од двадесет година стар систем.

Поред Основног закона је и више органских закона садржавало мере централизације, али је Закон о локалној самоуправи[34] био пропис који неоспорно ставља до знања да ће убудуће под надлежност државе доспети такви значајни сегменти система старања који су у претходном систему локалне самоуправе били њени суштински елементи.

У поређењу са овим, све друге промене које су се догодиле ступањем на снагу Закона о локалној самоуправи изгледају готово маргиналнима. Било да се ради о даљем слабљењу жупанијских самоуправа, о њиховом „ограничењима", о трансформацији статуса бележника[35] и система надзора законитости, или о већ поменутој измени начина финансирања. Ништа од ових промена не утиче на чињеницу да је напред наведено остало суштинским елементом реформе.

Главни аргумент за централизацију је да се тиме уклања разлика у условима за образовање и здравствену заштиту, који се многима можда чини рационалним, али ипак није успео ублажити бол због губитка локалног утицаја. А бојазан да би неки доносилац одлука који се налази негде далеко, могао насељу на врат натоварити руководиоца институције који је локалној заједници непознат или неприхватљив, релативно брзо се потврдила у не-

---

[33] Lajos Csörgits, „A politikai zsákmányelv érvényesülése". *Jog, Állam, Politika*, III. évf. 2011/2. szám, 129-145.

[34] Закон број 2011:CLXXXIX. о локалним самоуправама Мађарске.

[35] Детаљну анализу даје Лајош Чергић (Lajos Csörgits) у својој докторској дисертацији под насловом „Промена мађарског система локалне самоуправе. Демократија, локални послови и поједина питања локалног самоуправљања", Ђур, 2013. (Lajos Csörgits, *A magyar helyi önkormányzati rendszer átalakítása. A demokrácia, a helyi közügyek és a helyi önkormányzás egyes kérdései*, 2013, Győr, 2013).

колико случајева.[36] „Национализација" школа које често обављају више задатака од самог образовања деце[37], као и подржављење других институција, заједно са кругом обавеза које су пренесене на општинске канцеларије[38], заиста је довела до промене модела у Мађарској како је то назначила Илона Палне Ковач (Ilona Pálné Kovács).[39] Ако се вратимо на типологију Павела Свианиевица, онда би након спроведене радикалне централизације, Мађарска у случају нове класификације, уместо у прву могла да доспе у пету групу поред Азербејџана и Јерменије, из разлога функционалне централизације и још увек снажне територијалне фрагментације.

Новоуведени модел се стабилизовао без икаквих посебних потреса, због адаптивних способности мађарских локалних самоуправа, али и због за становништво популарних елемената централизације (на пр. система „владиног шалтера" који убрзава функционисање јавне управе). Све до 2020. године се чинило да ће горе описани и анализирани процес реформе, укључујући и снажне мере централизације, бити реализован без озбиљног отпора. Он је био једини већи покушај трансформације мањкавог система локалне самоуправе насталог након транзиције, иако је тај систем и у европском поређењу омогућавао значајан маневарски простор. У фебруару 2020. године је Национално веће за конкурентност изненадило вође локалних власти реформом пореза на доходак и планирањем његовог смањења, на шта су и неки провладини градоначелници такође одговорили нервозним изјавама.[40] Напоселтку је, у јеку другог таласа пандемије, у децембру 2020. године, премијер најавио да ће у оквиру Акционог плана за заштиту привреде порез на доходак малих и средњих предузетника и приватника бити преполовљен од 1. јануара 2021. године. Изјавио је да „насеља са мање од 25.000 становника добијају помоћ од владе, а ситуација у већим градовима ће се појединачно преиспитивати."[41] Иако су већ и претходне мере, које су се односиле

[36] Види на пример расправу у Чонградској (Csongrád) жупанији у вези са именовањем директора школе у Шандорфалви (Sándorfalva) 2014. године: *„Arany T. János: Fideszes politikus lesz a sándorfalvi iskolaigazgató"* http://www.delmagyar.hu/szeged_hirek/fideszes_politikus_lesz_a_sandorfalvi__iskola_igazgatoja/2391108/

[37] „Helyi közszolgáltatások versenyképességet szolgáló modernizálása" ÁROP-1.1.22-2012-2012-0001 [Projektvezető Pálné Kovács Ilona.] (Budapest: MTA KRTK Regionális Kutatások Intézete 2013). Lásd www.arop.rkk.hu

[38] Tamás M. Horváth, Zoltán Józsa, „Az államigazgatás helyi és területi szervei: Koncentráció és koncentrátum." *A magyar jogrendszer állapota,* 572.

[39] I. Pálné Kovács.

[40] Dóra Kollár, Nikoletta Valkai, *Még a kormánypárti városoknak sem tetszik az iparűzési adó átalakítása*. https://mfor.hu/cikkek/makro/meg-a-kormanyparti-varosoknak-sem-tetszik-az-iparuzesi-ado-atalakitasa.html (01.04.2020.)

[41] hvg.hu: Itt vannak Orbán bejelentései: felére csökkentik az iparűzési adót a kkv-knak és az egyéni vállalkozóknak ?? https://hvg.hu/gazdasag/20201219_Itt_vannak_Orban_bejelentesei_felere_csokkentik_az_iparuzesi_adot (01. 04. 2020.)

на приходе локалних самоуправа изазвале политичке расправе, ипак је ова последња реченица саопштења изазвала најоштрије реакције опозиције. Према мишљењу опозиционих градоначелника, значајан део локалних самоуправа ће тиме не само изгубити половину својих најзначајнијих прихода, него се може само уздати у то да ће влада показати добронамерност према њима. Само помоћу од државе могу се надати се да ће обновити свој биланс буџета. За сада није могуће предвидети какав утицај ће све ово да има на мађарски систем локалне самоуправе. Можда је лакше предвидети како ће становништво реаговати на промене. Емпиријско истраживање које смо спровели[42] 2017. године потврдило је нашу хипотезу да мађарско друштво и надаље живи са мишљу о једном омнипотентном систему локалне самоуправе, где за грешке на територији локалне самоуправе сматра одговорним градоначелника или представничко тело, чак и онда ако локална самоуправа нема никаквог утицаја на дати проблем. Због тога оправдано можемо да претпоставимо да би евентуално смањење прихода и пада квалитета услуга у већим насељима лако могло довести до пада популарности вођа локалних самоуправа.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ


Arany T. János, „Fideszes politikus lesz a sándorfalvi iskola igazgatója”. delmagyar.hu, 23.07.2014.Available:www.delmagyar.hu/szeged_hirek/fideszes_politikus_lesz_a_sandorfalvi__iskola_igazgatoja/2391108/(31.05.2018.)

Badó, Attila, Feleky Gábor, Patyi, Zsófia: *Önkormányzati rendszer és társadalom*. Dialóg Campus, Budapest 2020.

Balázs István, „A helyi önkormányzati autonómiafelfogás változása az új törvényi szabályozásban”. *Új Magyar Közigazgatás*, 2012. Vol. 5, No. 10., 37–41.

Campbell, Adrian, Coulson, Andrew, „Into the mainstream: Local democracy in Central and Eastern Europe.” *Local Government Studies*, 2006. Vol. 32, No. 5. 543–561. DOI: https://doi.org/10.1080/03003930600896129

Csörgits, Lajos, „A politikai zsákmányelv érvényesülése”. *Jog – Állam – Politika*, 2011. Vol. 3, No.2. 129–145.

Csörgits, Lajos, *A magyar helyi önkormányzati rendszer átalakítása. A demokrácia, a helyi közügyek és a helyi önkormányzás egyes kérdései*. Doctoral thesis, Győr, Széchenyi István Egyetem, Állam- és Jogtudományi Doktori Iskola, 2013.

Davey, Kenneth, *Local Government in Critical Times: Policies for Crisis, Recovery and a Sustainable Future.* Strasbourg, Council of Europe. 2011. 53–57.

Ђурђев, Александар, „Локална самоуправа у Србији”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1- 2/2007.

Gyirán Zoltán, „Az önkormányzati adósságrendezés kérdései.” *Jelenségek. A városi kormányzás köréből*. (Tamás M. Horváth ed.), Budapest, Dialóg Campus, 2013.


[42] Attila Badó, Gábor Feleky, Zsófia, Patyi: *Önkormányzati rendszer és társadalom*. Dialóg Campus, Budapest 2020

„Helyi önkormányzati adósságkonszolidáció (2012–2014)". *Világgazdaság*, 28.11.2013.
Hesse, J. J., Sharpe, L. J., „Local Government in International Perspective: Some Comparative Observations". *Local Government and Urban Affairs in International Perspective.* (J. J. Hesse ed.). Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1991. 603–621.
Horváth M., Tamás, *Magasfeszültség. Városi szolgáltatások*. Budapest, Dialóg Campus. Budapest, 2015.
Horváth M., Tamás, Józsa, Zoltán, „Az államigazgatás helyi és területi szervei: koncentráció és koncentrátum." *A magyar jogrendszer állapota.* (András Jakab, György Gajduschek eds.). MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont. Budapest, 2016.
„hvg.hu: Itt vannak Orbán bejelentései: felére csökkentik az iparűzési adót a kkv-knak és az egyéni vállalkozóknak" Fordítása? https://hvg.hu/gazdasag/20201219_Itt_vannak_Orban_bejelentesei_felere_csokkentik_az_iparuzesi_adot (19. 12. 2020.)
Jerinić, Jelena, Milosavljević, Bogoljub, „Normativna ovlašćenja organa lokalne samouprave u Srbiji". *Pravni zapisi*, vol. 10, br. 2. 399-412, 2019.
Kollár, Dóra – Valkai, Nikoletta: „Még a kormánypárti városoknak sem tetszik az iparűzési adó átalakítása." https://mfor.hu/cikkek/makro/meg-a-kormanyparti-varosoknak-sem-tetszik-az-iparuzesi-ado-atalakitasa.html (04. 01. 2020.)
Loughlin, John, *Subnational democracy in the European Union*. Oxford University Press, Oxford, 2003.
Loughlin, John, Hendriks, Frank, Lindström, Anders (eds.), Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe, Oxford: Oxford University Press, 2010.
Milosavljević, Bogoljub: Reforma lokalne samouprave u Srbiji. *Hrvatska i komparativna javna uprava,* god. 12, br. 3., Zagreb, 2012, 749–768
Milosavljević Bogoljub et al., *Citizen Participation at the Local Level: analisys of the legal framework and policies in Serbia and other European countres: research of the current situation.* Standing Conference od Towns and Municipalities, Belgrade, 2006.
Page, Edward C., *Localism and centralism in Europe. The political and legal Bases of local self-government,* Oxford University Press, Oxford, 1991, https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198277279.001.0001
Page, Edward C., Goldsmith, Michael, *Central and Local Government Relations: Comparative Analysis of West European Unitary States*. SAGE Publications, London, 1987.
Pálné Kovács, Ilona, „Modellváltás a magyar önkormányzati rendszerben". *A magyar jogrendszer állapota*. (András Jakab, György Gajduschek eds.). MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont. Budapest, 2016.
Patyi, András, „Gondolatok a magyar helyi önkormányzati rendszer általános szabályairól." *Tanulmányok a 70 éves Bihari Mihály tiszteletére.* (Gergely Deli, Katalin Szoboszlai-Kiss eds.). Universitas–Győr. Győr, 2013., 379–395.
Pászka, Imre, *Elit, elitek a lokális kistérségi társadalomban*. Belvedere Meridionale–Szegedi Egyetemi Kiadó. Szeged, 2010. DOI: https//doi.org/10.1556/Tarskut.29.2011.3.8
Pejić, Irena, „Lokalna samouprava u evropskim ustavnim sistemima", *Alternativna nacionalna strategija decentralizacije* (ur. Jelena Perković), Novi Sad 2012.

Pétervári, Máté, „The Establishment of the Districts in Hungary after the Austro-Hungarian Compromise." *New Studies in History and Law*. (David A. Frenkel, Norbert Varga eds.) Athens Institute for Education and Research, Athens, 2019.

„Pikó: A kormány visszahozza a tanácsrendszert", https://magyarnarancs.hu/belpol/piko-a-kormany-visszahozza-a-tanacsrendszert-234510

Swianiewicz, Pawel, *An Empirical Typology of Local Government Systems in Eastern Europe. Local Government Studies*, Vol. 40, No. 2., 2014. 292–311. DOI: https://doi.org/10.1080/03003930.2013.807807

Verebélyi Imre ed., *Egy évtized önkormányzati mérlege és a jövő kilátásai*. Magyar Közgazdasági Intézet. Budapest, 2000.

Zlokapa, Z., Damjanović, D., *Modeli organizacije lokalne samouprave: Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Makedonija i Srbija*. Palgo centar Beograd, 2007.

*Attila Z. Badó*
*University of Szeged*
*Faculty of Law and Political Sciences*
*attila@badoat.hu*

# Centralization Efforts in the Transformation of the Hungarian Local Government System

***Abstract:*** *Following a change of government in 2010, the Hungarian local government system underwent a period of significant transformation. The question of how it is viewed and the effects it may have are currently being debated. However, the fact that 2011 saw a reform of a more than a 20-year-old unyielding system seems difficult to argue with. Laced with the democratic ideal of self-government, the Hungarian regime change of 1989 resulted in a fragmented local government system with a considerable degree of management authority. The local government model opted for by Hungary, which can indeed be dubbed as the champion of decentralisation, could function uninterruptedly until 2010 with minor adjustments.*

*The centralising effort of the government had already become clear beyond a shadow of a doubt before the adoption of the Cardinal Act or the Fundamental Law (2011) itself. The reorganisation of territorial public administration was the first series of measures which allowed to make inferences about the public administration system and the forthcoming centralisation of local governments.*

***Keywords:*** *reform, local government, functional decentralization, centralization effort, debt settlement, increase of efficiency.*

Датум пријема рада: 27.01.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 03.04.2021.
Датум прихватања рада: 07.06.2021.

Прегледни рад 342.9(439)
doi:10.5937/zrpfns55-31661

*Adam A. Rixer*
*Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary*
*Faculty of Law*
*rixer.adam@kre.hu*

# ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE AS A POPULAR SCIENCE IN HUNGARY

***Abstract:*** *Why should administrative jurisprudence not also be one of the popular sciences? Why only physicists have the privilege to talk about their own field in a way that is accessible, understandable and interesting for many?*

*After defining the general concept of science promotion, this study briefly presents the main goals of promotion, including the skills that can be developed the most through these promotion efforts, the administrative areas that, in our opinion, are of the most public interest, new communication opportunities and channels and concrete (methodological) solutions that increase opportunities for addressing and dialogue, including the interdisciplinary fields that use and present results of administrative law. It proceeds to consider answers regarding the matters of what skills and knowledge the ideal promoter should have and what social target groups can potentially be the focus of promotion efforts. The study also captures the general and administrative knowledge limitations of science promotion before concluding with a summary of the results obtained.*

***Keywords:*** *administrative sciences, jurisprudence, popularisation, science promotion, Hungary*

## INTRODUCTION

Administrative law, both as a separate branch of law (body of rules and procedures) and as jurisprudence (i.e. as a group of phenomena generating knowledge and a scientific community), faces significant challenges. One of the reasons behind this, which may also be relevant to our topic, is the increasing importance of market-based and outbound knowledge management in all educational institutions. Another is, of course, the increasing importance of knowledge sharing, which can be closely related to the transformation of the structure and character-

istics of the channels that transmit it. An increasingly important aspect of this transformation is the promotion of science and a new field for the dissemination of scientific results. Through the dissemination of the results of the individual scientific workshops, their transfer to old and new staff and the strengthening of the image of a wider institution, increasing the indirect and direct revenues – as a goal – becomes more and more important on the lists of various institutional priorities and plans, even at international levels.

Today, the presentation of the results of the administrative sciences (including administrative jurisprudence) in the world outside science is not only some kind of theoretical possibility – the 'desire of appearance', if you like – but an unavoidable need. Extensive science, which can only be found in education as an up-to-date discipline, can have a real impact on its subject matter. The inevitability of repositioning this science follows from the increasing speed of legal changes, the achievements of some new frontier sciences, the changes in the level of knowledge and needs of recipients and the radically new channels of knowledge transmission. However, all these aspects radically transform not only the curriculum and teaching methodology of higher education but also the characteristics of multifunctional 'dissemination', which constantly involves 'clients', supporters and 'potential stakeholders' as a result of the marketing efforts of third-generation universities.

Approaching our topic differently: why should the science of public administration (or even administrative jurisprudence alone) not also be one of the popular sciences? Why only physicists have the privilege to talk about their own field in a way that is accessible, understandable and interesting for many?

After defining the general concept of science promotion (Chapter 1), this study briefly presents the main goals of promotion, including the skills that can be developed the most through these promotion efforts (Chapter 2), the subjects (administrative areas, issues) that, in our opinion, are of the most public interest (Chapter 3), new communication opportunities and channels and concrete (methodological) solutions that increase opportunities for addressing and dialogue, including the interdisciplinary disciplines that use and present results of administrative law as a field of law and branch of jurisprudence (Chapter 4). It proceeds to consider answers regarding the matters of what skills and knowledge the ideal promoter should have (Chapter 5) and what social target groups can potentially be the focus of promotion efforts (Chapter 6). The study also captures the general and administrative knowledge limitations of science promotion (Chapter 7) before concluding with a summary of the results obtained.

In addition to the theoretical approaches, the study also provides concrete examples of new solutions used in the digital space, these being application-based developments through which a wide range of useful information becomes available to young and old people alike. It is worth noting here that one of the advantageous features of administrative law in terms of the possibility of popularisation

is that *everyone* gets in contact with it voluntarily or even involuntarily. Moreover, there is a constant hunger for information, and the satisfaction of this may be *partially* the task of the promotion of creative science.

## 1. THE GENERAL CONCEPT OF SCIENCE PROMOTION (POPULARISATION)

Views are very mixed in regard to the genre of popularisation within the ranks of science. It is not always clear what might be considered promotion, but opinions are strongly divided regarding the terms of the value of promotion. In connection with the concept of *philosophical promotion*, László Nemes noted that the concept essentially perceives that an author who is well-informed and possesses good writing skills *may communicate* current developments in academic science to the wider public in a more simple and understandable way.

This approach allows at least two conclusions to be drawn. First, the promoter typically does not articulate their own original insights; instead, they primarily present the perceptions of others in a summative way. Second, the target audience of the popularising author is primarily not the community of professional philosophers, but a wider range of educated and curious people.[1] Nemes also noted 'that despite of a scientist or philosopher writes [only] topics, which are interesting to many, or are understood by many, and thus becomes popular (in his life or after his death), obviously cannot be equal with being popular. Friedrich Nietzsche, Jean-Paul Sartre, Peter Singer or, say, Slavoj Žižek are popular authors, but that does not mean, that they are simply conveying the views of *others* towards a wider readership'.[2]

Further studies on the roots of the concept and its current meaning have shown that we may also identify a recurring conceptual element in the relevant literature popularisation of science, which also means programmes 'supplementing and supporting school education'. In this way, it is always closely related to public and higher education and inseparable from them. Moreover, they are connected in several ways, as we will see later.[3]

There has been *some* legalisation of the concept, such as through the emergence of the right to benefit from the results of science. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights of 10th December 1948 summarised this right in the following statement, which the international community considered noting

[1] László Nemes, „Filozófiatörténet kezdőknek", *Kultúra & Kritika: A PPKE BTK Esztétika Tanszékének kritikai portálja*, 12 July 2016, http://kuk.btk.ppke.hu/hu, 13 January 2019.

[2] *Ibid*.

[3] Éva Gajzágó, „Tudománynépszerűsítés süvöltő láncgcsóval", *Élet és Tudomány*, 3/2015, 1371.

important at *that time*: 'Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to benefit from scientific achievements and its results'.[4]

Even in the absence of an exact concept of science promotion, it is clear that it is an activity that consciously organises contemporary results and presents them in a cohesive way, one which can be closely related to some of the educational activities organised or authorised by the state, either through the promoter or the recipients. This definition is sufficient for us to move on to the individual sub-questions, through which we will clarify and shape our 'concept of work'.

## 2. WHAT ARE THE MAIN GOALS OF THE PROMOTION ACTIVITY IN GENERAL AND IN RELATION TO STUDIES REGARDING ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE LAW?

First of all, it is worth asking ourselves what we expect from promotion. What could be the decisive merits of this activity that justify its application and development? For the sake of simplicity, we shall first separately examine the primary and direct goals and the following *indirect goals* that can be achieved through the former.

The most obvious direct goal should be to transfer the material knowledge to those who are interested in it. This includes the updating and systematisation of the existing knowledge.[5]

To put it simply, the promotion of science in general and in our own narrower field has an *informative function* (which has an essential social purpose). This is ideally complemented by an entertaining function. The existence of the entertainment function suggests that participation on the part of the recipients is not obligatory or compulsory in the way school may be; on the contrary, their presence is driven by volunteering and a desire to gain knowledge.

*Indirect goals* can be realised through the former, as an independent effect, by showing that in addition above the mere participation and the received information, the individual's personality show changes and positive developments in their attitudes and skills. It is worth thinking about specific areas of skill development. *The strengthening of democratic skills and the need for developing empathy are also of paramount importance in our narrower field.*

---

[4] For an expose of this aspect, see László Z. Karvalics, „A tudományművelés és a tudományokban való jártasság, mint emberi jog. Egy arkhimédészi pont azonosítása", *Acta Humana*, 3/2019, 119–135.

[5] The importance of this promotion increases especially in periods when the legal acts created by the administration and its interpretation needs (tasks) can be connected to situations of emergency (see, for example, the case of the COVID-19 epidemic).

An additional goal may appear (in a hidden way) as a specific goal definition, which assumes that the effect may also contain reciprocal moments. The promotion of science can become a field for feedback markers related to policy, legislation and law enforcement, particularly in connection with topics that realise the importance of the flow of information related to the functioning, practices and self-image of the state.

Among the *development and strengthening of democratic skills*, it is important that it is not enough to be described the institution of legal remedy in classroom conditions (and we cannot be even less satisfied with it in situations outside the school system): the institutions of democratic participation, equal involvement and presence (being involved) must be constantly represented in *practical forms*. Democratic thinking that is independent of external circumstances cannot be developed simply by providing information in this regard. *Ensuring the personal livelihood of participatory institutions in the dissemination process is one of the main duties of administrative law educators and 'promoters'*. Concrete solutions can take many forms. Various types of teamwork, the release of alternative tasks, the development of opponent-type roles, the application of the majority principle in some respects, situational exercises and simulations can all be tools for 'involvement', participation and cooperation (*see Chapter 4 for details*).

Of course, different applications can play a similar role. We should also note that the surfaces, solutions and so on that seem to be new today inevitably become commonplace after a long time, which also means that one of the measures of the popularity of science is precisely the extent of becoming known, settling in and 'integrating'.

As indicated above, another direct goal of disseminating the knowledge of administrative law is to develop empathy in response to one of the most significant new needs of our time. Directly 'visiting' real issues and meeting with characters through role-plays and simulations can be suitable for developing empathy; if the educator or science promoter prepares them appropriately and devotes sufficient time to achieving these goals. Similarly, the use of non-legal social science (i.e. psychological, sociological, economic and other specialist) literature and expertise on a described real or fictional case may increase the complexity of the case management. By broadening this approach, it will be possible to develop essential general and professional competencies. For example, in a child protection situation or in cases of domestic violence, it is typically necessary to understand and use non-legal professional resources, empathy and emotional processing skills. Moreover, there is also a need for the student or the recipient of the promotional communication to be critical with unexpected, dysfunctional consequences of the legal operations and interventions. How can non-legal information be translated for legal procedures? How can it be made acceptable to the court? In systems of legal traditions, where there is no prior openness to accepting such issues, these

issues usually do not arise, although the strategic use of the social sciences and the ability to process this expertise can be useful in legal procedures.[6] Regarding science promotion in legal education, Fleck stated that 'making the basic structure of legal activity, the personal consequences and requirements perceptible can only be achieved by involvement, direct experience and sensitization. The perception of injustice, the personal commitment to opposition and criticism, develops only by formulating one's own role. The definite task of training is to bring back the understanding of human suffering into the special professional aspects, to encourage personal involvement. This is mostly possible by directly perceiving the deep texture of personal narratives, characters with names and faces, relationships and events. Law students learn typical legal thinking very early on, this recall (sensitization) can cause confusion that needs to be addressed, so pedagogical sense, even more pedagogical competencies are expected from educators'.[7]

Understanding human suffering includes consideration of the fact that the person working in public administration does not simply perform law enforcement and services and organises activities; they also *encounter and can become partly involved in human conflicts, 'destinies' and emotionally and morally challenging situations.*

*Is it possible at all to resolve a dispute or settle any more serious 'legal' issue in such a way that we completely exclude emotional difficulties and mental injuries and their consequences from the process*? Our answer is a definitive no, and we can even reasonably assume that the dissemination of knowledge related to public administration and administrative law should specifically aim to develop the ability to empathise and also *generate propensity for altruism.*

Of course, we do not question the fact that the main strength of the legal system is given by the fact that it is able to reach more or less objective decisions by keeping an equal distance from the parties, being impartial and excluding feelings and desires. Nonetheless, to increase the capacity for compassion would enable us to perceive parallel realities, complexity and certain universes that go further from the law.

In the above, we have indicated the impact of science promotion efforts among the indirect goals of science and the post-scientific legal life, as well as the realisation of the 'reciprocity' dynamics. The promotion of public administration science and its transmission to the non-scientific spheres of the public – similarly to the school-based education of public administration law – can itself stimulate the whole field, forcing continuous summarisation, systematisation of accumulating knowledge, further research on possible forms of knowledge transfer and so on. *Ideally, the science promotion activity may also have a retroactive effect*

[6] Zoltán Fleck, „A jogászképzés módszertani dilemmái", *Neveléstudomány*, 4/2018, 35.
[7] *Ibid*.

*on science.* This raises the question: can the feedback and needs of the lay consumers of science be incorporated into science and therefore, directly or indirectly, into legislation and law enforcement?

The possibility of such an effect is also supported by the current direction of the development of science. The time of successive and reactive science has expired, and the time of exhausted science based on describing existing solutions is coming to an end. We must also take into account the fact that the intensity of change also increases the compulsion of all 'available' social actors (partners).to cooperate and 'think together'.

We must also consider that there is a significant personal overlap between the representatives of science and the professional actors of administrative legislation and law enforcement. This dual role can naturally also branch into science promotion. *The organised promotion of the results of public administration sciences is also a very complex system of relations between the staff of public administration, the representatives of science and the recipients. At best, it is not a one-way communication, but a continuous and reciprocal mechanism of action.* Both the international and domestic specialist literature indicate that all this is no longer just a theoretical possibility. The so-called phenomenon of civic science has also appeared[8] to ensure the high-efficiency use of *voluntary scientific work* in government activities and, ultimately, to socialise science policy,[9] one of the direct aims and consequences of which is to increase the general receptivity towards science.[10]

## 3. POSSIBLE OBJECTS OF SCIENCE PROMOTION

Administrative law and the broadest science of public administration have thus far not been included in the final list of 'popular sciences', despite it being a fact that public administration and administrative law are inevitably and massively present in the daily lives of all citizens. This can lead to the special situation where the various transaction descriptions, prospectuses and summaries prepared for the clients have a science-promoting nature due to the highlighting of relevant issues, the simplification approach and the intention of the process-like representation. This is useful if they are related to the science of communication, social psychology, etc. and reflect some of the achievements of administrative jurisprudence (mainly related to the content of the communication).

[8] László Z. Karvalics, „Állampolgári tudomány és önkéntes erőforrásszerzés mint paradigmatikus, szakpolitikai és menedzsment-kihívás", *Új Magyar Közigazgatás*, 1/2019, 44-53.

[9] *Ibid*., 49.

[10] *Ibid*., 51–52.

It is worth noting that scientific results appear here as consumer goods for people whose *professional knowledge* on most of the emerging issues is imprecise or limited to the extent required in their everyday lives. Moreover, it is precisely in the areas of legal relevance that most of the *existing knowledge* is false and based on prejudices, rumours and misinformation.[11] Science promotion is often not simply about offering and incorporating new knowledge; it is also about weeding out misinformation and replacing it with factual, accurate knowledge.

*Now, the question posed in the title of the chapter must be answered: what topics can be presented in Hungary today that would be of scientific value and public interest and clearly presented for this purpose?*

This is definitely like a public law preparation of a Roma–Hungarian compromise – without claiming completeness – through the publication of the reasons and results, presentation of the arguments in favour of the establishment of an independent Balaton county, an outline of the possible administrative aspects of Székely cultural autonomy, presentation of new legal/administrative contexts related to migration, 'sorting out' the content of comprehensive and mandatory migration-related training for those working in the public service sector, the potential public and specifically administrative legal elements of the missing regulations for e-sports, familiarisation with the meaning and significance of expulsions in the social fields, acquaintance with its legal and other contexts, the expected impact of climate change on Hungarian settlements (including presenting the effects resulting in the changes in settlement structure) and so on.

Based on only a few hand-picked topics, it is clear that very popular, meaningful and forward-looking scientific promotion efforts can be found in Hungary that correspond to the goals described in the previous chapter and demonstrate dominant legal/administrative relations.

Of course, knowing the age composition of most promotional occasions, it is safe to recommend – even on a roadshow basis – a comprehensive presentation of settlements in a special situation regarding several administrative issues (Sopron, Budapest, Debrecen, etc.). Significant added value could be produced through projections, historical overviews and the presenting of contemporary challenges. The systematic aligning of facts has a strong effect from the outset, and in addition to the legal sciences, it can also be possible to transmit political science, sociology, social psychology and other fields of knowledge in a creative way.

One of the recurring and always interesting areas of administrative law is the renewal of the language of administrative law. Participants can be actively involved in 'inventing' the Hungarian equivalent of words that exist only in phonetic transcription or in a completely foreign language. Calls for entry regarding

[11] See, for example, Bernard-Henri Lévy, „Google, fake news és az igazság válsága", *Heti Világgazdaság*, 8/2019, 65.

related applications may also be a good example of the meaningful involvement of the 'recipients'.

## 4. FORMS, METHODS, SOLUTIONS, ETC. THROUGH WHICH SCIENCE CAN BE CONVEYED TO AUDIENCES OUTSIDE THE WORLD OF SCIENCE

### 4.1. General questions

Administrative law, as a branch of law and an educational discipline, is about to be renewed. In fact, it can be said to be experiencing a renewal at this present moment, not only in terms of content and dogmatics but also specifically in the field of methodology and didactics, and brings us back to the promotion of science.

As a starting point, let us note that effective *and* credible promotion of science has two elementary preconditions: the correctness of the content of the information conveyed and its comprehensibility. These can be referred to as 'methodological requirements'. Angéla Gábri drew attention to the requirement of clarity related to another field of law *(decisions made according to the Code of Criminal Procedures)*, stating the 'three main requirements of a comprehensible phrase are that the audience: a) can find what they seek, b) understand what they found and (c) are able to use the information to meet their own needs'.[12] This is similar to the words of Róza Vajda, who interpreted the concept of actionist science and held that one of the keys to the democratisation of access to science as a resource is comprehensibility.[13]

On the issue of content, we are convinced that administrative jurisprudence can have results that are worth knowing and can be shared with the wider social public *(see the topics marked in the previous chapter)*; we just simply need to find the *right forms*. Obviously, this should not involve someone presenting excerptions from the classics of Hungarian public administration science during the commercials for current reality TV shows and weather reports. Moreover, the goal is not to become tabloid by proposing politically frequented and topical issues. Nonetheless, there is a need for channels if we want to promote useful, inclusive knowledge and results.

Traditionally, the most basic form of knowledge transfer and the starting point for popularising science – at least in social science topics – *has always been the transfer of information based on the recipient's own prior knowledge* (e.g. visible communication based on the facts of 'I've seen it', 'I've heard it' or 'it is

[12] Angéla Gábri, „Közérthetőség a hazai büntetőeljárási jogban", *Jogtudományi Közlöny*, 12/2019, 503.

[13] Róza Vajda, „Mi fán terem az akcionista tudomány?", *Szociológiai Szemle*, 1/2019, 149.

useful or interesting'), which is clean, easily accessible and as simplified as necessary. This can be considered a type of communication that offers ready-made, easy-to-interpret solutions and possibly provides new models that unite seemingly disparate phenomena with a plausible explanation for their relationship that is 'able to answer all our questions' and presumably even provides benchmarks for later phenomena. To a certain extent – following the footsteps of Aristotle – the popularisation of science is a reflection of reality in artistic forms (a mimesis), which also implies that on the receiving side – among other things – we can find a kind of enjoyment of art and a better way of understanding a previously known phenomena.

### 4.2. Methods

Of our four basic methods of promoting science, the *first* is the lecture form. This is performed in front of an audience and typically involves the use of a technical aid. The *second* is the written form, which – in the case of administrative law – necessarily means an understanding-oriented, limited use of legal specialist language. The *third* – practical involvement – involves the implementation of simulations, related explanations and scientific information, while the *fourth* is based on non-personal presence (typically being present through digital platforms). Of course, it is also possible to utilise a mixture of these.

Whichever 'basic method' we use, we need to be aware that some *scientific genres* serve the cause of promotion more than others. Károly Tóth noted decades ago that 'A monograph […], no matter how small, is inherently difficult to reconcile with popularization, it can hardly serve the purpose of popularization. I would say, that a book of science does not describe the results of a particular field (so it does not list facts); but moves the imagination. It no longer builds on pre-existing interest; but seeks to awaken it. It stimulates not the stomach, but the appetite. Its formal characteristic, lightness (Endre Barabás's criterion) is not a determinant of the genre, but only a carrier of the mentioned content feature'.[14] Understanding Tóth's statement and considering it sustainable, it should be noted that a monograph (particularly small monograph) can also be suitably professional while also being a readable, enjoyable communication of scientific facts (the latest example of this work in the field of administrative law is by Szilvia Köbel[15]). Whatever the truth is about the possibilities of monographic works, we must also take into account that *just as literary teaching cannot be permanently pushed back to hundred-year-old structures,* the results of the digital shift cannot be excluded from methodological solutions.

[14] Károly Tóth, „Tudomány-népszerűsítés vagy ismeretközlés?", *Korunk*, 1/1974, 142.

[15] Szilvia Köbel, *Az emberi jogok védelmezőiből a „nép ellenségei". A Magyar Közigazgatási Bíróság megszüntetése 1949-ben*. Patrocinium, Budapest 2019.

Independently from the basic method and the chosen 'genre', it can be stated that according to the requirements of today, there is a general and scientifically based and developed methodology that also includes the transfer of information and is unavoidable for most science promotion experiments: the so-called experiential education. *One of the possible general answers to our question about how to deliver knowledge is, therefore, experiential pedagogy.*[16]

According to Kurt Hahn (the founder of experiential pedagogy), the goal of school education lies in personality development. The formation and survival of diligence and the development of perpetuating curiosity and compassion are perhaps the most important elements.[17] One of the defining directions of a school is the training model, which operates according to so-called experiential learning. The essence of it is the development of personality and maturity through the process of active experience, rather than the acquisition of academic knowledge.[18] Its components are most often external locations and unexpected but lifelike tasks that, in addition to developing individual competencies, also contribute significantly to participants getting to know others better and increasing the effectiveness of teamwork. The individual task elements are always built on top of each other and usually end with an evaluation. Evaluation helps participants to reflect on fresh experiences and become aware of new experiences, including new professional experiences. Tasks are usually designed to be challenging for both the individual and the team while still being achievable by everyone.[19]

The above should also be taught in the field of public administration in relation to the dissemination of knowledge of administrative law, out of the context of the usual classroom environment, through excursions to institutions, on-site simulations and other similar frameworks. These forms naturally bring educational experience through lifelike and complex cases and phenomena, with the additional advantage of achieving the goals that students may already have.

Experiential pedagogy is thus closely related to the complex problem-solving skills mentioned earlier insofar as these 'legal cases' allow connection, involvement and active learning, regardless of the level of prior knowledge. Such topics can be, for example, the extreme challenges and effects that the administration of Sopron is facing today or the administrative relations and elements of a Gypsy–Hungarian public law settlement. Ultimately, experiential pedagogy results in the practice of frontal knowledge transfer in the form of a simulated board meeting or contravention hearing, possibly as part of higher education or an out-of-school administrative and literature course.

---

[16] Beáta Csimáné Pozsegovics, Edina Sáriné Csajka, „Élménypedagógia a minőségi időskorért", *Képzés és Gyakorlat*, 4/2017, 69.

[17] *Ibid*.

[18] *Ibid*.

[19] *Ibid*.

### 4.3. More important new (inter)disciplines for the promotion of science related to administrative jurisprudence[20]

As already seen in the previous subsection, the methodological renewal can be traced to before the explosive change of information technology. A further stimulator of this renewal is the emergence of novel (partial) sciences and frontier disciplines in contact with administrative law, insofar as the basis of their independence is often the specific way of generating and delivering knowledge.

Among the administrative sciences (sub-disciplines of public administration), there are traditionally some 'major' sub-disciplines, such as administrative law, political science and administrative organisation science. Statistics, sociology and even economics have also long been decisive in the study of public administration. Of course, the list can be continued at length (mostly by mentioning interdisciplinary disciplines), and the longer the list, the most important question for our present topic arises in a more tense way: is there a *substantive* relationship between administrative law and other sub-disciplines, and *how are they able to interact and produce useful – or at least interesting – additional knowledge for lay people about the legal aspects of public administration?*

So, what are the disciplinary areas that can best support, complement and reinterpret the results of traditional legal approaches to public administration *in line with the legal and social changes described earlier?*[21]

The following list intends to systemise the most significant parts of these areas in the present *without considering the detailed presentation or the sub-issues that are decisive for the promotion efforts within the present framework.*

*Archontology.* At the heart of this historical auxiliary science is the retrospective catalogue of practitioners of each profession and the study of individual careers. In the case of our narrower subject, drawing up the profile of the administrative judges may be the most exciting attempt; through this, the fate of an individual destiny and the legal life of an era can be perceived.

*E-government.* Since the 1990s, informatics has penetrated the sciences also on the material level. The concepts, methods, digital equipment and computer technology are all integrated into the fabric of the cultivation of the given field of science – in our case, administrative sciences and administrative law – and create new professional 'qualities'.[22] *Global trends, developments within the European*

---

[20] This subchapter was prepared using the book of Ádám Rixer. Ádám Rixer, *A magyar közigazgatási jogtudomány értékelésének szempontjai* [Aspects of the Evaluation of Hungarian Administrative Jurisprudence], Ludovika, Budapest 2020.

[21] Fleck puts it this way: 'The transformation of law implies the need for multidisciplinarity in education'. Z. Fleck, 31.

[22] Zsolt Czékmann, Lilla Nóra Kiss, „The Concept of E-administration in the Hungarian Regulation", *Juridical Current*, 1/2015, 73–88.

*Union*[23] *and very local developments* are of growing importance and interest to many people in e-science research, resulting from the new information and communication technologies.[24]

*Philosophy.* The changes of our time are also forcing the re-creation of some kind of philosophical synthesis between the legal norms governing public administration and the facts of real operation. In recent decades, Hungarian legal and jurisprudential thinking has not shifted towards philosophical reflection; 'Satisfied with the answers required by practice, […] giving up on finding great and final answers.'[25] However, the change has begun; the attention of administrative jurisprudence, *among other things, is increasingly turning towards the question of how to increase the penetration of moral principles into the world of law.*[26]

*Why is this need coming to the fore now?* Society, as well as the content of law, is changing rapidly. Inseparably from them, the internal structure of jurisprudence is also changing and gaining new focus points. It is worth clarifying, as a kind of *proposition*, that administrative jurisprudence itself cannot be analysed in a mere dogmatic manner. According to Jakab and Menyhárd, 'Although traditionally the heart of legal framework is a conceptual clarification (legal dogmatic) analysis of the law in force, legal science does not only conduct legal dogmatic research. […] We also consider legal history […] as well as jurisprudence, as well as *de lege ferenda,* empirical, and political philosophical questions of law as jurisprudence'.[27] This statement is valid when applied to administrative jurisprudence and is also relevant to the present research in the context of the promotion of administrative law. The shift in jurisprudence in the discussion that has just been outlined certainly reinforces ethical, moral and (ultimately) philosophical issues, as well as the demands of society as a whole to discuss them together. All this introduces a new element of administrative jurisprudence (as what may be considered a new field) as well as popularisation as an independent factor in the professional discourse.

---

[23] Gyula Csáki-Hatalovics, „Új trendek Európában az elektronikus közigazgatás területén", *Glossa Iuridica*, 3-4/2017, 71.

[24] Róbert Lendvai, „Elektronikus közigazgatás kistelepülési szinten", *Comitatus*, 4/2017, 52-58.

[25] Miklós Szabó, „Szó szerint... A jog és nyelv interferenciájáról", *Jog és nyelv* (eds. Miklós Szabó, Csaba Varga), PPKE, Budapest 2000, 2.

[26] In recent Hungarian literature, Bordás, for example, refers to the renewed relationship between philosophy and administrative jurisprudence (our narrower topic) when he states that the new concept of integrity is directly due to the 'new [philosophical' approach of the state, including ethics. Mária Bordás, „Gondolatok a közigazgatás-tudományról", *Polgári Szemle*, 3-6/2012, 14.

[27] András Jakab, Attila Menyhárd, „A magyar jogtudomány helyzete és kilátásai", *A jog tudománya: Tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal* (eds. András Jakab, Attila Menyhárd), HVG-ORAC, Budapest 2015, 25-26.

*Hungarology.* With the expansion of the concept of public administration and the emergence of autonomy debates and *substantive administrative tasks* related to Hungarians living abroad, public policy aimed at building the state and public administration consciously promoting Hungarian culture, new frontier sciences and interdisciplines also play a meaningful role in the study of public administration and administrative law as well as in the transmission of demonstrable results.[28] Incidentally, among the aspirations of this science, *the moment of knowledge transfer and dissemination abroad* is also a particularly important element.[29]

*Identity sciences.* The so-called emergence of changes in the role perception and self-image of the state outlines the contours of identity science. Almost one moment from the other, this question came into prominence almost instantaneously in the 2010s: what political, legal and other identity (self-identity) does Hungarian policy have in the lives of the public and science?

The concept of identity science was previously interpreted in a restrictive way as ethnography and similar sciences that describe and systematise traditions. *Both legal and constitutional identity have now come to the fore* in relation to the various actors and entities playing a role in public administration and in the life of the state as a whole and in certain elements. European integration has both transformed and strengthened the need for the self-identity of individuals and communities (nations).[30] In parallel with globalisation, this is why the *identity debate* has become one of the most interesting scientific phenomena.

*Communication science and public administration communication science.* The study of internal and external communications of public administration does not only seek to explore actual and ideal communication strategies and concrete solutions; it is also increasingly important for science to describe public administration itself, considering its role and specific actors.[31]

---

[28] At the same time, this means that the growing interest in the field increases the intensity of scientific and other debates. See, for example: Nándor Bárdi, „Álságos állítások a magyar etnopolitikában. A külhoni magyarok és a budapesti kormányzatok magyarságpolitikája", *Hegymenet. Társadalmi és politikai kihívások Magyarországon* (eds. András Jakab, László Urbán), Osiris, Budapest 2017, 130-155.

[29] Margit Kissné Pap, „Áttekintés a hungarológia jelenlegi helyzetéről és a fontosabb további feladatokról", *Hungarológia*, 1-2/2000, 25.

[30] For more details, see Tibor Navracsics, „Nemzeti érdek és Európa", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 4/2014, 100-104.

[31] Jarrett J. Gregory *et al.*, „Communications", *Public Administration Review*, 6/1984, 551–557. There is a dual relationship between public administration and the media: on one hand, the media shapes the image of public administration in society, and on the other hand, public administration regulates and supervises the media, through which (usually indirectly) society's perception of public administration can be shaped. For more details, see: András Bencsik, Adrián Fábián,

*Public administration and literature.* In Hungary, '*law and fiction'* has become a stable discipline that seeks to explore the fictional connections between legal phenomena. The most characteristic approach of the research area examines how law appears in literary works (law in literature).[32] If we analyse the significance and possibilities of the various 'Law and Fiction' courses gaining popularity across the world from a purely educational and methodological point of view, we may see that legal-type problems do not reach students through real cases, but rather, through stories that are somehow related to reality but dressed in a literary cloak. The presentation and interpretation of individual legal institutions on the basis of a 'common experience' can only provide traditional studies to a limited extent, as the majority of students – particularly in Prussian-type educational environments – have no substantial professional knowledge and might participate in their courses in an 'unprepared' or limited way. This method leaves an unnecessarily large space for the instructor, who – at least in Hungary – often only repeats and 'reproduces' the lectures on seminar-type occasions.

Following the example of the 'Law and Fiction' approaches – narrowing them down to one area – the possibility [33]of Hungarian literature-based courses related to 'Public Administration and Fiction' that *incorporate dimensions beyond the law* has also emerged, *not only in higher education, but also outside it.*

*Linguistics.* Mother tongue is the most important determinant of community culture. In Hungary, the sociopolitical dimension of language seems to be strengthening recently, with *fear of external influences against identity* also coming to the fore.[34] In the case of small languages, a particularly important element (tool) of forming and maintaining scientific communities is language – the existence and continuous care of independent terminology. *The current state of the legal/administrative language and its challenges and innovative experiments are all areas worthy of public interest.* The introduction of Euro-language influences, Anglicisms, new word distortions and other exciting phenomena as well as other attempts to preserve and develop language in connection with public administration (for example, the employment of language guards in ministries) can easily be made interesting issues for all ages. An attempt for language renewal can itself have a science-promoting effect.

*Psychology.* Psychological analyses *affecting* public administration can be perceived mainly in the context of the *wider public administration* (typically in

Emese Pál, László Gergely Szőke, „A közigazgatás és a média kapcsolódási pontjai", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 4/2015, 60-75.

[32] István H. Szilágyi, „Jog és irodalom", *Iustum Aequum Salutare*, 1/2010, 5.

[33] As the founding work of the field, see: Ádám Rixer, „Közigazgatás és szépirodalom", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 3/2015, 49-72.

[34] György Schöpflin, *Az identitás dilemmái. Kultúra, állam, globalizáció*, Attraktor, Máriabesnyő-Gödöllő 2004, 143.

connection with the performance of tasks performed by civil servants[35]) or in general, in the broader public policy sphere,[36] or in *sphere-independent* topics.[37]

## 5. WHAT DOES AN IDEAL PROMOTER LOOK LIKE?

The ideal promoter is simultaneously a practitioner who can provide up-to-date examples on almost any issue that arises and a scientist with a theoretical interest who is able to produce new syntheses with their ability to systematise and generalise.

This promoter is an excellent performer who is well-informed regarding the new possibilities of information technology while also keeping their attention on what they have to say, mixing interesting elements of content with a bit of humour. The significance of the latter cannot be overestimated. The specialist literature also identifies it as having a prominent role in relation to the promotion of other sciences: Discussing Warburton, Nemes held that he was 'the grand master of science promotion. He does not only cleverly select the essential problems, but is able to present the great questions of philosophy with excellent writing talent, with using seriousness, irony and humour all together. This is the most obvious method that knocks down the most walls: communication of facts embedded in humour'.[38] If we look for a good example from the broader range of administrative sciences, the eternal work of Parkinson shall be evoked in our minds.[39] The easy transition between official quality and private communications, between examples from practice and the contemporary literature, is also part of the complexity provided by the promoter. Reconciling multiple qualities is a significant challenge in most cases.[40] In the modern Hungarian legal and administrative higher education, we see that pedagogical awareness and methodological preparedness are not aspects considered in the selection of lecturers or the evaluation of teaching work. From the point of view of our topic, this is also important. The basic precondition of any kind of popularisation of science is a high, significantly above-average

---

[35] Burnout is a common syndrome of staffs providing auxiliary occupation. András Gábor Szényei *et al*., „A kiégési szindróma megelőzése – a hagyományoktól a modern információs technológiákig", *Magyar Pszichológiai Szemle*, 4/2015, 847.

[36] Tamás Bereczkei, „A manipuláció művészete. A machiavellizmus kognitív és evolúciós alapjai", *Magyar Pszichológiai Szemle*, 2015, 70 (1), 7-22.

[37] See, for example: Mária Fekete, András Grád *Pszichológia és pszichopatológia jogászoknak*, HVG-ORAC, Budapest 2012.

[38] L. Nemes, 2.

[39] C. Northcote Parkinson, *Parkinson törvénye vagy az Érvényesülés Iskolája*, Minerva, Budapest 1990.

[40] Gábor Füzér, „A konzultáns, az előadó és a kapcsolatteremtő", *Üzlet és Pszichológia*, 3/2013, 30-32.

awareness in reaching out to people outside the closed world of science and providing them with digestible information. This awareness and the consequent effective knowledge transfer can most likely be provided by those who have experience and skill-level answers in relation to pedagogical, methodological and tool-use issues.

## 6. WHO CAN BE CONSIDERED THE MAIN TARGET GROUP?

While it is pertinent to suggest that some form of abstract prior knowledge and/or personal experience is required to acquire knowledge of administrative law, this does not necessarily contradict the view that the learning process driven by arousing interest in public administration sciences cannot be started early; there is no need for a continuous client–citizen relationship with the authorities or some kind of 'graduation level'. It is worth stating as a *hypothesis* that the transmission of administrative and administrative legal knowledge in the framework of science promotion is possible for *practically* all age and social groups; moreover, it is even highly desirable. From primary school age onwards, the use of this form has been already justified in the context of the 'qualification for active citizenship', and in the case of groups living with social disadvantages for some reason (women, children, Roma, the elderly, the disabled, etc.), solutions for knowledge transfer outside traditional channels and *creative ways to provide information* are badly needed. Thus, compiling an exhaustive list of groups to be involved, or even the layers that are most 'targeted' in the present case, is not necessarily justified.

## 7. GENERAL AND ADMINISTRATIVE LIMITATIONS OF KNOWLEDGE-RELATED SCIENCE PROMOTION

Third-generation universities, in contrast to first- and second-generation universities, actively seek *to exploit, utilise and place the knowledge created on a business foundation*, creating for itself a new, third goal, with importance equal to that of the previous two (scientific research and education).[41] On the basis of this changed role perception and self-image, investors and other similar sponsors who hope to make profit in the long term can be involved. In addition, this might also be the most exciting area for science promotion. Investors and sponsors are becoming increasingly involved in a competition, with higher education and other research entities competing with each other to obtain orders, research assignments

[41] Szilvia Deés, *Egyetemi tudománymarketing. A harmadik generációs egyetem szemlélete és kommunikációja*. Phd thesis, PTE DI, Pécs 2011, 35-36.

and other forms of financial support in an expanding, strengthening and highly competitive market. Science promotion efforts, until now, promised only indirect benefits, being intended to increase or raise the awareness and reputation of the institution or the lecturer. However, we can assume that the market aspects are becoming more and more important in this *primer* area as well, in parallel with the growing importance of the area. We need to take into account 'the specific nature of post-academic sciences: the pursuit of a more intensive use of knowledge and entrepreneurial behaviour in science'[42] and the fact that 'society increasingly expects scientific institutions to solve practical problems, but at least provide results in science, which can be used in some form, at least indirectly, in the foreseeable future. For example, to contribute prosperity and economic competitiveness, or helping to solve social, economic, healthcare, technical, cultural, etc. problems'.[43] Obviously, in the context of the technical sciences, the symbiosis of the market and science makes more sense; in comparison, the administrative sciences – with the exception of a few sub-fields, often with technical implications – always lag behind. It is also more difficult to take orders from the market in the context of higher education in law and administration (as well as scientific research), with artificially made demands or orders being more frequent in this area.

Another important limitation before commercialisation is that while the importance and marketability of private administration, organisation, management and related legal knowledge are unquestionable, the Hungarian public administration is satisfied in most respects with the adoption of solutions developed in other areas of social existence. If this changes on a higher system level and the public (state) administration acts directly as the customer (as has been the case with old, organisational institutes that existed before the change in regime), then we can be sure that the science of public administration will more likely appear as a popular science.

New regulatory content, legal technical novelties, new communication platforms, etc. may also generate real interest in the most diverse spheres of the general public, both in market and non-market related spheres.

Reviewing what has been said, we can see that the barriers and slowdowns in the promotion of science may be due to a lack of lasting market demand and limited domestic innovations as well as a lack of recognition that this activity can be an excellent PR tool, regardless of the direct financial return.

---

[42] Tihamér Margitay, „Megrendelő, tulajdonos és bizalom a tudományban", *Határmunkálatok a tudományban* (eds. Gábor Kutrovátz, Benedek Láng, Gábor Zemplén), L'Harmattan, Budapest 2010, 116.

[43] *Ibid*., 117.

## SUMMARY

As explained in the present study, fresh, up-to-date and interesting promotable knowledge – produced by administrative sciences – and its transfer can become important in at least three aspects: a) *the knowledge accumulated in administrative jurisprudence and other fields of administrative sciences itself is new* (e.g. by the emergence of administrative information technology) or *a new systematisation of available knowledge can be considered a novelty;* b) the target and reached audience can be considered special (e.g. children, the elderly, people in institutional care); or c) the channel and form of knowledge transfer are special. In the present study, we have sought to provide examples of all three aspects; the study covered the possibility of current/planned experiments and contemporary results becoming accessible.

While some aspects of this *broad conceptualization* can be contested, science promotion – in general and especially within the certain field – is an *issue* of *growing importance* also because of the third-generation universities, which, in contrast to first- and second-generation universities, actively seek *the possibility of commercial utilization of the knowledge created by them. Accordingly, this science promotion serves also as an expansion tool and also as a new platform of communication.*

Moreover, this phenomenon must be also taken into account as an element that makes changes not only by deepening the relations of science and its societal environment, but also within the particular field of science, leading to an intensification and transformation of inner processes.

## REFERENCES

Bárdi Nándor, „Álságos állítások a magyar etnopolitikában. A külhoni magyarok és a budapesti kormányzatok magyarságpolitikája", *Hegymenet. Társadalmi és politikai kihívások Magyarországon* (eds. Jakab András, Urbán László), Osiris, Budapest 2017, 130-155.

Bencsik András, Fábián Adrián, Pál Emese, Szőke László Gergely, „A közigazgatás és a média kapcsolódási pontjai", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 4/2015, 60-75.

Bereczkei Tamás, „A manipuláció művészete. A machiavellizmus kognitív és evolúciós alapjai", *Magyar Pszichológiai Szemle*, 2015, 70 (1), 7-22.

Bordás Mária, „Gondolatok a közigazgatás-tudományról", *Polgári Szemle*, 3-6/2012, 11-31.

Czékmann Zsolt, Kiss Lilla Nóra, „The Concept of E-administration in the Hungarian Regulation", *Juridical Current*, 1/2015, 73–88.

Csáki-Hatalovics Gyula, „Új trendek Európában az elektronikus közigazgatás területén", *Glossa Iuridica*, 3-4/2017, 70-82.

Csimáné Pozsegovics Beáta, Sáriné Csajka Edina, „Élménypedagógia a minőségi időskorért", *Képzés és Gyakorlat*, 4/2017, 69-82.
Deés Szilvia, *Egyetemi tudománymarketing. A harmadik generációs egyetem szemlélete és kommunikációja*. Phd thesis, PTE DI, Pécs 2011, 35-36.
Fekete Mária, Grád András *Pszichológia és pszichopatológia jogászoknak*, HVG-ORAC, Budapest 2012.
Fleck Zoltán, „A jogászképzés módszertani dilemmái", *Neveléstudomány*, 4/2018, 30-38.
Füzér Gábor, „A konzultáns, az előadó és a kapcsolatteremtő", *Üzlet és Pszichológia*, 3/2013, 30-32.
Gábri Angéla, „Közérthetőség a hazai büntetőeljárási jogban", *Jogtudományi Közlöny*, 12/2019, 503-511.
Gajzágó Éva, „Tudománynépszerűsítés süvöltő lángcsóvával", *Élet és Tudomány*, 3/2015, 1371-1380.
Gregory, Jarrett J. *et al.*, „Communications", *Public Administration Review*, 6/1984, 551–557.
H. Szilágyi István, „Jog és irodalom", *Iustum Aequum Salutare*, 1/2010, 5-27.
Jakab András, Menyhárd Attila, „A magyar jogtudomány helyzete és kilátásai", *A jog tudománya: Tudománytörténeti és tudományelméleti írások, gyakorlati tanácsokkal* (eds. Jakab András, Menyhárd Attila), HVG-ORAC, Budapest 2015, 25-47.
Kissné Pap Margit, „Áttekintés a hungarológia jelenlegi helyzetéről és a fontosabb további feladatokról", *Hungarológia*, 1-2/2000, 25-38.
Köbel Szilvia, *Az emberi jogok védelmezőiből a „nép ellenségei". A Magyar Közigazgatási Bíróság megszüntetése 1949-ben*. Patrocinium, Budapest 2019.
Lendvai Róbert, „Elektronikus közigazgatás kistelepülési szinten", *Comitatus*, 4/2017, 52-58.
Lévy, Bernard-Henri, „Google, fake news és az igazság válsága", *Heti Világgazdaság*, 8/2019, 65.
Margitay Tihamér, „Megrendelő, tulajdonos és bizalom a tudományban", *Határmunkálatok a tudományban* (eds. Gábor Kutrovátz, Benedek Láng, Gábor Zemplén), L'Harmattan, Budapest 2010, 116-123.
Navracsics Tibor, „Nemzeti érdek és Európa", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 4/2014, 100-104.
Nemes László, „Filozófiatörténet kezdőknek", *Kultúra & Kritika: A PPKE BTK Esztétika Tanszékének kritikai portálja*, 12 July 2016, http://kuk.btk.ppke.hu/hu, 13 January 2019.
Parkinson, C. Northcote, *Parkinson törvénye vagy az Érvényesülés Iskolája*, Minerva, Budapest 1990.
Rixer Ádám, *A magyar közigazgatási jogtudomány értékelésének szempontjai* [Aspects of the Evaluation of Hungarian Administrative Jurisprudence], Ludovika, Budapest 2020.
Rixer Ádám, „Közigazgatás és szépirodalom", *Pro Publico Bono – Magyar Közigazgatás*, 3/2015, 49-72.
Schöpflin György, *Az identitás dilemmái. Kultúra, állam, globalizáció*, Attraktor, Máriabesnyő-Gödöllő 2004, 143.

Szabó Miklós, „Szó szerint... A jog és nyelv interferenciájáról", *Jog és nyelv* (eds. Miklós Szabó, Csaba Varga), PPKE, Budapest 2000, 1-14.

Szényei András Gábor *et al*., „A kiégési szindróma megelőzése – a hagyományoktól a modern információs technológiákig", *Magyar Pszichológiai Szemle*, 4/2015, 847-862.

Tóth Károly, „Tudomány-népszerűsítés vagy ismeretközlés?", *Korunk*, 1/1974, 142-144.

Vajda Róza, „Mi fán terem az akcionista tudomány?", *Szociológiai Szemle*, 1/2019, 149-161.

Z. Karvalics László, „A tudományművelés és a tudományokban való jártasság, mint emberi jog. Egy arkhimédészi pont azonosítása", *Acta Humana*, 3/2019, 119–135.

Z. Karvalics László, „Állampolgári tudomány és önkéntes erőforrásszerzés mint paradigmatikus, szakpolitikai és menedzsment-kihívás", *Új Magyar Közigazgatás*, 1/2019, 44-53.

*Адам А. Риксер*
*Универзитет Кароли Гашпар у Будимпешти*
*Правни факултет*
*rixer.adam@kre.hu*

## Наука управног права и наука о управи као популарне науке у Мађарској

***Сажетак:*** *Зашто и наука о јавној управи не би била једна од популарних наука? Зашто би само физичари имали ту привилегију да о својој области говоре на начин који је за многе доступан, разумљив и интересантан. Након дефинисања општег концепта промовисања науке, у овом раду укратко се излажу основни циљеви промоције, укључујући вештине које кроз промовисање највише могу да се развију, управне области које су, по нашем мишљењу, од највећег јавног интереса, могућности и канали за нову комуникацију и конкретна (методолошка) решења која повећавају прилике за обраћање и дијалог, укључујући и интердисциплинарна поља која користе и излажу резултате управног права. У наставку, разматрају се одговори на питања у вези са вештинама и знањем које би један добар промотер требало да има и у вези са тим ка којим би друштвеним групама труд у промовисању потенцијално могао да буде усмерен. У раду се такође уочавају и границе у промоцији науке, у погледу општег и управног знања, пре завршног сумарног приказа добијених резултата.*

***Кључне речи:*** *управне науке, јуриспруденција, популаризација, промоција науке, Мађарска.*

Датум пријема рада: 04.04.2021.
Датум достављања коначне верзије рада: 26.05.2021.
Датум прихватања рада: 08.06.2021.

Прегледни чланак 347.44(439)
doi:10.5937/zrpfns55-26939

*Máté I. Mohai*
*University of Pécs*
*Faculty of Law*
*mohai.mate@ajk.pte.hu*

# THE MEMORANDUM OF ASSOCIATION IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS ON CONTRACTS OF THE HUNGARIAN CIVIL CODE

***Abstract:*** *The new Hungarian Civil Code regulates the memorandums of association of companies in its Third Book, while the Sixth Book contains the provisions of (other?) contracts. The memorandum of association is quite different from typical civil law contracts. Its most characteristic feature is that it establishes a legal entity. In most cases, the regulation of the memorandum of association is different from the provisions on contracts set out in the Civil Code, and there is no provision in the law according to which the latter should also be applied to the memorandum of association. But should they?*

***Keywords:*** *memorandum of association, Hungarian Civil Code, Hungarian Companies Act, civil law contracts, exchange contracts*

## I. BRIEF HISTORY OF THE MEMORANDUM OF ASSOCIATION

In ancient Egypt, the existence of a memorandum of association is not yet clearly evincible. It was already present in Babylonian law, but it contained elements of agency and loan agreements. In ancient Greece, there was a form similar to the civil law association of today. In ancient law, contracts for the joint venture were primarily real contracts, which means, that they were created by transferring the assets needed to carry out the joint venture. Classical Roman law marked a breakthrough when the agreement between the parties was enough to conclude this contract.[1]

The lively commercial life in the Roman Empire and the accompanying jurisprudence have created a regulatory framework in the field of companies that

[1] István Sándor, „A társasági jog története Nyugat-Európában" Budapest 2005. 73-74.

is still valid in its legal terms. In Roman law, we cannot speak of a separate company law, but among contract types, economic needs have brought about the emergence of different forms of societas as the Roman legal antecedents of partnerships. In addition to the societas, there were other forms similar to current corporate law forms, such as collegium, universitas, and some family law legal relationships that included the possibility of limited liability. An interesting phenomenon in Roman law was the societas publicanorum, organized to collect taxes. The latter was a societas in which the corporation's assets consisted of the private property of its members, but at the same time it was organized in the same way as the collegium. There are many references to the specific legal nature of societas publicanorum in many works dealing with the legal nature of companies, since this contractual form also had the characteristics of corporate organizations, playing an important role in the formation of a memorandum of association.[2]

## II. THE MEMORANDUM OF ASSOCIATION AND CIVIL LAW CONTRACTS

According to contract theory, a company is no more than a group of contracts, that is, a bunch of contracts that regulate the relationships between the parties involved in the operation of the company.[3] The importance of this theory in terms of corporate law is also significant because the current regulatory environment is very similar to its starting point and thus provides significant assistance in defining the current status and function of company law. The starting point of the logic of contract theory is that defining the content of all memorandums of association involves less or more costs. The primary function of company law is to minimize the costs associated with the contracts of economic operators. It can enforce this feature by creating general rules that govern aspects of the relationship between the parties that were not provided for by the parties.[4]

A significant part of civil law is constituted by the law of contracts. However, a memorandum of association is a very strange contract, quite different from typical civil law contracts. First and foremost, a memorandum of association is typically a contract of many parties – two parties are less frequent, the legal model models many members, and the number of members of bodies such as a public limited company can be hundreds of thousands or even millions. The „normal" contractual part of civil law does not say this expressis verbis, but it is quite clear

[2] György Schadl, „A társaságok és a társasági jog előzményei a római jogban.", *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies, 2/2013, 243-269.*

[3] György Schadl, „A társaságok és a társasági jog fontosabb dogmatikai kérdéseinek elemzése.", Szeged 2011. 81.

[4] Ibid.

that it plans the rules for contracts for two or up to three positions (seller-buyer, outsourcer-contractor, lessor-lessee, outsourcer-commissioner-third party).[5]

The vast majority of civil law contracts are exchange contracts, while memorandums of association are not. In exchange contracts, the parties are on different poles of a particular commodity relationship. Obviously, in the case of exchange contracts, cooperation between the parties is desirable; in the case of longer-term contractual relationships, cooperation can become permanent and institutional (main contracts for large investments), but since the parties are on the opposite side of the exchange of goods the cooperation is secondary to the conflict of interest stemming from the principal service (the main interest of the seller is the highest possible price and the main interest of the buyer is the lowest price possible in case of a contract of sale). At the same time, the essence of the memorandum of association is the organization of cooperation between the associates. The cooperation is also aimed at a market-oriented, businesslike undertaking.[6]

A memorandum of association is typically not a bilateral relationship. On the one hand, the company – typically – is a multi-person obligation, usually with more than two members. Even if there are two signatories to the contract, they are not providing services to each other. The legal status of the two is the same and they are no obligees or obligors. The characteristic of the exchange contract cannot prevail, because we cannot talk about the equivalence of services. One contractor can make up to a thousand times more valuable commitments, but even if the contributions are of equal value, because they are not paid to each other, they are not paid to the other party there is no classical value equation.

The memorandum of association differs from the exchange contracts regulated by the Civil Code not only because it does not have the characteristics of them, but also because it has features that are missing from these contracts. The most characteristic feature of a memorandum of association is that it establishes a legal entity. Its purpose is to create a new legal entity, the rights and obligations arising therefrom being predominantly on and against the new entity. Thus, the memorandum of association necessarily affects third parties to the extent that it is not an ancillary effect, but the core of the memorandum of association.[7]

The memorandum of association shows an interesting similarity with the contract concluded in favor of a third party, which is regulated in Section 6:136 of the Civil Code. However, the similarity is more interesting than substantive. In the case of such a contract, the service shall be provided not to the contractors but to the third party designated by them who has not participated in the contract. So there is a similarity with the memorandum of association. But even in the case of

[5] Tamás Sárközy, „A magyar társasági jog Európában", Budapest 2001. 69-70.

[6] Tamás Sárközy, „Gazdasági státuszjog", Budapest 2007. 128-129.

[7] Péter Miskolczi Bodnár, „A társasági szerződés sajátosságai a Ptk.-ban szabályozott szerződésekhez képest", *Gazdaság és Jog 2001/7-8, 27-37.*

a contract concluded in favor of a third party, the contractors are the rightholder and the debtor. The contracting party may demand that the service shall be performed for the benefit of the third party. In return for the service contracted for by the obligee, he is required to pay the obligor the consideration. Unlike the memorandum of association, the rightholder is therefore obliged to provide services to the debtor and not to the third party. Of course, in a contract concluded in favor of a third party, the parties do not express their will to establish a third party.

The rules of a contract concluded in favor of a third party cannot therefore be applied in the alternative to the memorandum of association. For a company, the rule that the third party shall be entitled to require performance of the service stipulated in his favor as of the date on which he receives notice of the contract from either party would not be applicable. It would also be incomprehensible to provide that, if the right to require performance of the service is declined by the third party, the service may be claimed by the party who concluded the contract in his favor. In my opinion, the company cannot decline to require the member to perform his contribution, since allowing such an option in the memorandum of association is precluded by Subsection (3) of Section 3:98 of the Civil Code and would therefore be null and void. This solution would obviously also violate the rights of the company's creditors, which is precluded by point b) Subsection (3) of Section 3:4 of the Civil Code. Obviously, a member, as a „contractor in favor of the company", would not be entitled to claim the service, since in that case he would have to claim the service from himself. It would also be a problem to apply to the memorandum of association the rule that the obligor shall be entitled to enforce his objections to the contract in respect of the third person as well. Obviously, one member's objection to the other arising out of the memorandum of association cannot be enforced against the company.

## III. THE PROVISIONS ON CONTRACTS, AS THE UNDERLYING LAW?

### III.1. Freedom of Contract and Duty to Cooperate

In most cases, the regulation of the memorandum of association is different from the provisions on contracts set out in the Civil Code, and there is no provision in the law according to which the latter should also be applied to the memorandum of association. With respect to the memorandum of association, the Civil Code contains a number of mandatory provisions which restrict the freedom of the parties to conclude contracts (to choose the form of the contract) in several aspects.

For example, Subsection (1) of Section 6 of the Act LXXXVIII of 2014 on the Business of Insurance defines the form in which an insurer may be established

in the territory of Hungary. The parties' freedom of choice in form thus does not extend to setting up an insurance company in the form of a limited liability company, for example. Instead of the freedom of choice, even Subsection (1) of Section 3:89 of the Civil Code states that a business association can only operate in the form of a general partnership, limited partnership, private limited-liability company or limited company. The law therefore does not allow private-law entities to set up companies – even of a non-standard type- at their discretion. There is even a requirement that the form of company (or its abbreviation, as described in the Civil Code) should appear in the name of the company, informing the people who are in contact with the company about the type of company they are dealing with. The Civil Code also restricts the freedom of contract with regard to the choice of the other party when, for example, it states that a general partnership may not be a member with unlimited liability in a business association [(2) 3:90 §].

Naturally, also in the case of companies, as regards relations between members, and between them and the company, and as regards the organizational structure and operational arrangements of the company, in the instrument of constitution the members may derogate from the provisions of the Civil Code relating to legal persons. But the members may not derogate from the provisions of the Civil Code a) if it is precluded by law; or b) where any derogation clearly violates the interests of the legal person's creditors, employees and minority members, or it is likely to prevent the exercise of effective supervision over legal persons.

Pursuant to Subsection (1) of Section 6:62 of the Civil Code, the parties shall be required to cooperate during preliminary negotiations, at the time of the conclusion and termination, and during the life of the memorandum of association, and shall be duty bound to communicate information to each other on circumstances relevant to the memorandum of association, which obligation to cooperate is also placed on the members by Subsection (3) of Section 3:88 of the Civil Code. This obligation extends not only to the other members but also to the organs of the company once the company is established.

### III.2. Conclusion of Contracts

In my opinion, the provisions of the Civil Code concerning the conclusion of a contract must be applied properly. However, the application of general terms and conditions does not arise. In Hungary, it is not often the case that a preliminary memorandum of association is concluded, although it is interesting to note that German law distinguishes the pre-company („*Vorgesellschaft*") from the preliminary pre-company („*Vorgründungsgesellschaft*" or „*Vorvertragsgesellschaft*"), when the founders commit themselves in a pre-contract to cooperate with each other to establish a company. Other cases of obligation to contract cannot be imagined in theory either.

According to the Civil Code a contract may be concluded orally, in writing or by implication. The memorandum of association, however, shall be drawn up in a notarial document, or in a private document countersigned by a lawyer or the bar association legal counsel of a founder. The memorandum of association is therefore not just a written statement of the founders, which must be signed by the founders or their representative. It must be prepared with the assistance of a lawyer, partly to ensure legitimacy and partly to professionally regulate long-term company relationships.

The memorandum of association may be signed on behalf of a member by his representative holding an authorization fixed in an authentic instrument or in a private document representing conclusive evidence. The formality of the authorization is thus also satisfied by a „simple" private document representing conclusive evidence. This is an exception to Subsection (2) of Section 6:15 of the Civil Code, which states that a power of attorney shall be subject to formal requirements as prescribed by law for making legal statements on the basis of a power of attorney. The power of attorney in a private document representing conclusive evidence authorizing to sign the memorandum of association does not need to be countersigned by a lawyer or the bar association legal counsel of a founder.

### III.3. The Invalidity and Ineffectiveness of the Memorandum of Association

Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council regulates the invalidity of a company. The overwhelming majority of the reasons listed are also grounds for invalidity of the memorandum of association. Because of the invalidity of the company the Hungarian Companies Act calls the proceedings listed in the Directive as actions for annulment of the formation of a company. Subsection (2) of Section 69 of the Companies Act states, that an action for nullity may be brought with respect to all types of companies only under the following grounds: a) the instrument of constitution had not been countersigned by a lawyer or by the founder's bar association legal counsel, or it was not drawn up in a notarial document; b) the instrument of constitution fails to state the company's corporate name, main business activity, subscribed capital, and/or the amount of the capital contributions of members; c) the company's scope of activities is unlawful; d) the incapacity of all the founding members, or failure to comply with the statutory provisions concerning the requirement of minimum number of members participating in the foundation of the company; e) failure to comply with the provisions concerning the minimum amount of capital to be paid up for private limited-liability companies and limited companies. The legal form of a company has no legal significance for external stakeholders, and the interests to be protected are considered to be the same for all company forms.

The provisions on the nullity of contracts shall apply to the nullity of the memorandum of association of companies only insofar as the resolution on the registration of the company becomes final and enforceable. Pursuant to Subsection (1) of Section 69 of the Companies Act, a lawsuit may be filed for declaring the nullity of establishment of a registered company against the company within a six-month forfeit deadline following publication of the ruling ordering the company's registration in the Company Gazette at the general court where the company in question is established. Such lawsuit may be filed by the public prosecutor or by any party that is able to verify its legal interest. According to Subsection (3), the court shall order the company to take appropriate measures for having the reasons for nullity eliminated within the deadline prescribed. If the measures produce the results required, the court shall establish nullity and shall instruct the court of registry to take the measures specified in Subsection (2) of Section 66.

The fraudulent contract, which is detrimental to the creditor and which is regulated in Subsection (1) of Section 6:120 of the Civil Code, is a valid contract, but in certain circumstances it shall be ineffective with respect to the creditor. It follows from the foregoing that the restrictive provisions of Article 69 of the Companies Act cannot be interpreted broadly. Restrictions on litigation apply only to actions for a declaration of invalidity, since neither the grammatical nor the logical nor the systematic interpretation of the concept of invalidity can be attributed to the term ineffectiveness.

The registration of the company cannot be a legal obstacle for the creditor of the member (shareholder) of the company to take an action for ineffectiveness if the contribution of the member regulated in the memorandum of association or the amendment thereto withdraws the basis for the creditor's satisfaction, provided that the company was in bad faith.

The memorandum of association is a contract for consideration, which requires the members (founder) and shareholders of the company to make financial contributions – cash deposits or other contributions – in accordance with Section 3:9 of the Civil Code, and, in return, they acquire personal and other rights regarding the company. The company receiving the contribution, consisting of the members (founder) and shareholders, shall, in the case of bad faith, satisfy the claim of the member's creditor – based on a final judgment, which couldn't be enforced through legal enforcement – from the contribution of the member. If the acquiring company consists not only of natural persons but of legal persons, it's bad faith – knowing the nature of the contract as fraudulent – can be judged on the basis of a personal concentration between the debtor company and the company acquiring the assets. There is presumption regarding the bad faith of the company under certain circumstances, which is regulated in Subsection (2) of Section 120 of the Civil Code.

Section 6:118 of the Civil Code regulates the contracts subject to consent or approval. However, in terms of content, this is different than when a company is created by registration with the company registry. The conclusion of the memorandum of association does not require the approval of the company court, in fact, as of the date when the instrument of constitution is executed in a notarized document or countersigned by a lawyer or bar association legal counsel, the business association may operate as the pre-company of the business association. A memorandum of association is concluded if signed by the parties, failure to execute in a notarized document or countersign by a lawyer or bar association legal counsel is an issue of invalidity. Registration by the company court is therefore not necessary for the formation of the memorandum of association, but for the formation of the company. If registration of the business association is refused by final decision, or if the company withdraws its application for registration, the pre-company must terminate all operations effective immediately upon gaining knowledge thereof.

### III.4. Content of the Memorandum of Association

Memorandums of association may vary according to the method of establishment, the number of participants in the foundation or the form of the business association, but with regard to their content, the Civil Code establishes generally applicable standards. Section 3:5 of the Act lists these general mandatory elements (not only for companies but for all legal entities), as opposed to the common rules for obligations and the general rules for contracts, where no similar listings are to be found.

With the conclusion of the memorandum of association and the establishment of the company, company relations are also established. Such is the corporate relationship between the company and its members or former members. The members also have a corporate relationship with each other. There is also a corporate relationship between the company and the senior executive, as well as between the company and a member of the supervisory board.

Subsection (1) of Section 3:92 of the Civil Code states, that in accordance with the instrument of constitution or under an agreement between the parties concerned, any dispute in the area of company law shall be settled by way of binding arbitration. The arbitration may therefore be stipulated by agreement of the parties to the dispute or by a provision in the memorandum of association. The first case is not a specialty compared to the rules of arbitration, as the arbitration contract is also defined in Subsection (1) of Section 8 of the Arbitration Act as an agreement of the parties (meaning the parties involved in the dispute and thus becoming the parties of the proceedings). In such a case, the rules of arbitration shall apply to the arbitration agreement.

If the arbitration procedure is stipulated in the memorandum of association, two specificities must be taken into account. On the one hand, this clause also

affects parties who are not parties to the agreement. The company's memorandum of association is drawn up by the members of the company, so they can also agree on arbitration. This agreement is limited to the parties to the agreement only in the case of disputes in the area of company law relating to the members, but in other cases the arbitration agreement affects not only the members, which is not necessarily in full harmony with the general principles of arbitration. As long as the agreement of the members makes the company itself, as a separate entity from the members, subject to arbitration, it can still be said that the company means in fact all the members, and thus the members can naturally define the obligations of the company in the memorandum of association, but in the case of executive officers and supervisory board members, this argument would hardly hold up. In the case of such persons, it is more acceptable for them to be subject to arbitration by agreement of the members because, when they accept their office, they undertake to work in a company governed by the memorandum of association and, if that memorandum includes arbitration, this is also accepted by executive officers and members of the supervisory board as binding on them.[8]

### III.5. Amendment of Contracts

Amendment to the memorandum of association also shows differences from the general rules. For example, the instrument of constitution of a pre-company may not be altered, other than for the purpose of compliance with any request made by the court of registry or the competent body of authorization [3:101. § (2) b].

Special rules will continue to apply to the amendment of the memorandum of association. For example, Subsection (1) of Section 3:168 of the Code Civil states, that the memorandum of association of private limited-liability companies need not be amended as a result of any transfer of business shares. However, pursuant to Subsection (5) of Section 3:108, during the period of suspension of membership rights, the instrument of constitution of any business association may not be amended. According to Subsection (1) of Section 6:191 of the Civil Code, *the parties* shall be entitled to amend the content of a contract. By comparison, any amendment to the instrument of constitution can be decided by the supreme body of the company as well [3:102. § (1)]. Pursuant to Subsection (1) of Section 6:63, which is applicable through Subsection (3) of Section 6:191, the amendment of contracts are concluded upon the mutual and congruent expression of the parties' intent. Conversely, if an amendment to the memorandum of association is decided by the supreme body of the company, there is no need for a mutual and congruent expression of the intent of the members.

[8] Lajos Vékás, Péter, Gárdos „Kommentár a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényhez „ Budapest 2014. Commentary to Section 3:92.

Exceptions to the latter rule are general and limited partnerships. In their case, according to Subsection (4) of Section 3:143, a resolution adopted by the unanimous vote of all members shall be required for any amendment of the memorandum of association. Subsection (5) states, that the amendment of the memorandum of association shall be signed by all members. Thus, in the case of limited partnerships, an amendment of the contract prescribed on the basis of Section 12 of the act regulating the transitional provisions regarding the Civil Code, requires the unanimous decision of all members, as well. However, it cannot be assessed as an abuse of rights if the member does not sign the amending contract, the court cannot replace the member's declaration of rights. As stated in the ministerial justification attached to the Civil Code: It is also correct in the spirit of the case law that judicial practice considers the possibility of abuse of rights to be excluded, e.g. in case of refusal to enter into a contract or in case of a contract amendment statement (BH2017.268.).

According to Péter Bodnár Miskolczi, there is no sufficient reason for different amendment rules for general and limited partnerships, than for other companies. If it is true for other companies that requiring consensus would impede the operation of the company, then this theorem should also be considered true in the case of general and limited partnerships. These types of companies typically have a smaller number of members and more frequent family and friendships between the members, but this does not rule out conflicts. According to Miskolczi, by the fact that the parties have created a new legal entity, they manage it in their capacity as members (rather than contractors), even if the company does not have a separate organization. The creators are not pushed into the background by the organization, but by the creation of the legal entity. Maintaining the viability of a company requires majority decision-making (as opposed to consensus) even if the decision is not made within a formalized organization. A consensus gives all parties a right of veto. This may have very detrimental consequences for the entity: failure to agree may paralyze the company (see, for example, the case above).

Any amendment that would harm the rights of some members or make their status more onerous shall be decided by all members unanimously, as well [3:102. § (3)]. For example, a restriction on the transfer of a share adversely affects the rights of the shareholder, so an amendment to the memorandum of association to that effect requires the unanimous resolution of all shareholders (BDT2017. 3666). However, Subsection (3) of Section 3:102 of the Civil Code provides for the unanimous decision of all members only in the event that an amendment to the memorandum of association would harm the rights of some members or make their status more onerous. Thus, for example, the conversion of shares into dematerialized shares, which incurs an account opening fee, is not linked to the amendment of the memorandum of association (PJD2018. 35).

Otherwise, any amendment to the instrument of constitution, if done by means other by contract, shall be decided by the supreme body of the company by at least a three-quarters majority, and the supreme body may change the business association's corporate name, registered office, places of business and branches, and the activities of the business association other than its principle activity, by simple majority.

### III.6. Transfer of the Company Share

The Civil Code allows the transfer of the company share, but only with certain restrictions. The latter operates in a similar way to a transfer of a contract, where the consent of the party remaining in the contract is required for the transfer of all the rights and obligations of the party withdrawing from the contract to the party entering into the contract. This consent is required by the Civil Code in several places when the company share is transferred, as well. And in some cases, it explicitly prohibits the transfer. For example, changes in the persons of the members of the pre-company are allowed only if expressly permitted by law [3:101. § (2) a)]. And, as the main rule, business shares may be transferred to third persons only if the member concerned has paid up his capital contribution in full [3:167. § (1)]. An additional limitation is that the right to acquire a business share offered for sale in exchange for money is accrued to other members, the company, or a person designated by the company, in this order, according to the provisions on the right of preemption [3:167 § (2)]. It is also possible, that the company's consent is required under the memorandum of association for the transfer of a business share to a third party buyer [3:167. § (6)]. A limited company can also restrict the transfer of shares in its articles of association, or render the transfer of shares subject to the company's approval [3:219. § (1)].

The legal effects of the transfer of a share are similar to the legal effects of a transfer of a contract: the transferor's rights and obligations arising from the membership are transferred to the acquirer of the share. However, the other members of the company are not parties to the share transfer agreement, so the party acquiring the business share shall notify the company within eight days thereof. The notice, in addition to the fact of acquiring the business share, shall also contain a statement that the party acquiring the business share acknowledges the provisions of the memorandum of association as binding [3:168. § (2)]. A change in the person of a member stemming from the transfer of a business share shall take effect in respect of the company from the date when notified; the rights and obligations arising out of or in connection with membership shall accrue to the new holder of the business share from the date of notification, irrespective of registration [3:169. § (2)].

Under the general rules of contracts, it would be incomprehensible to acquire one's own share. A company may not exercise membership rights in connection

with its own business shares; such business shares shall be disregarded for the purposes of quorum requirements. Within a period of one year following the purchase thereof, the company shall alienate the business shares acquired for consideration or shall convey them to the members in the percentage of their capital contributions, without compensation, or shall withdraw such business shares pursuant to the rules of capital reduction.

Nor can be interpreted on the basis of the general rules of contracts the obligations of the owner of a qualifying holding pursuant to Section 3:324 of the Civil Code. Within a sixty-day preclusive period reckoned from the date of notification of the acquisition of a qualifying holding, any member (shareholder) of the company may request that his shares be purchased by the owner of the qualifying holding. The latter provision means a contractual obligation for the owner of a qualifying holding. In accordance with the principle of freedom of contract, our law is only very narrowly aware of the obligation to enter into a contract based on law.

The transfer of the shares in general and limited companies is not prohibited in an absolute sense, the Civil Code only wants to ensure that the requirements arising from the nature of personal association will also apply in the case of a transfer. Technically, these conditions are provided by law by stipulating a corresponding amendment to the articles of association in order for the transfer to take effect. As an amendment to the memorandums of association requires the unanimous decision of all members of these companies, essentially any member can veto the transfer, which will therefore only take effect if all members unanimously agree and amend the memorandum of association in accordance with the transfer agreement. It follows that the contract of assignment may be concluded as a contract that's entry into force will require an amendment to the memorandum of association. The same rule applies where a member transfers his share not to an outsider but to another member. In this case, prescribing the appropriate amendment of the memorandum of association does not mean to prevent the entry of an unknown new person, but to prevent the ownership ratios and balances originally established by the members from being upset by the transfer. It is conceivable that, even without a change in the identity of the members, the interests of the members may be affected if the transfer results in a concentration of shares, as a result of which those who do not acquire shares by the transfer may be in a weaker position.[9]

### III.7. Change in the Number of the Contracting Parties

Contrary to the general rules of contracts, in the case of memorandums of association, the Civil Code regulates the cases of increase in the number of contracting parties. There are several ways to this, which vary from company to company. The most common case is when one or more new contracting parties join the

[9] Ibid, Commentary to Section 3:148.

previous contracting parties (members) in the memorandum of association. But it is also conceivable, for example, due to the division of the business share, that a contracting party (member) is replaced by several people at the same time. An increase in share capital may also result in an increase in the number of members.

According to points c) and d) of Section 6:3 of the Civil Code, the death or the termination without succession of the debtor or the creditor also results in the termination of the obligation in certain cases. The parties to the memorandum of association are in a position of both obligor and obligee, but their death or termination without a successor will result in the termination of the company in cases other than the above. However, a decrease in membership alone does not result in the dissolution of the company.

Section 7:1 of the Civil Code states that the estate of a person shall devolve upon an heir in its entirety after the testator's death. The estate, with certain exceptions, includes all the active and passive assets of the testator. However, in order to inherit the company share, the Civil Code also contains special provisions.

Pursuant to Section 3:149, the heir of a member who has died, or the successor of a member that has ceased to exist, can join the partnership as a member only based on an agreement with other members of the partnership. That is why an application for registration of a change of membership submitted after the time limitation stipulated in Subsection (1) of Section 3:152 of the Civil Code shall be rejected, since the general partnership is terminated without successor (BH2019. 53). The heir or successor shall not be required to provide capital contribution upon gaining membership.

Due to Section 3:155 of the Civil Code the above is also true for the limited partnership, so the fact that the heir acquires the estate ipso jure upon the death of the testator does not mean that the heir of the deceased member automatically becomes a member of the limited partnership. It requires the agreement of the heir and the other members and the amendment of the memorandum of association. The lack of proof of inheritance quality alone does not preclude an agreement and an amendment to the memorandum of association. The existence of an internal member and an external member is a conceptual feature of a limited partnership, the termination of any member position results in the termination of the limited partnership by the force of law. This legal consequence does not apply if the members amend the memorandum of association accordingly within six months and notify it to the court of registration. The six-month period prescribed for the notification of the restoration of the conditions for operating as a limited company is preclusive.

Subsection (2) of Section 3:170 of the Civil Codes states relating to private limited-liability partnerships, that the managing director may refuse to register the heir or the successor if the persons authorized under the memorandum of association provide a statement on the acquisition of the business share according

to the conditions laid down in the memorandum of association within a preclusive period of thirty days from the date of the heir's or successor's application for registration taking effect, and if they pay the market value of the business share to the heir or successor. Any clause of the memorandum of association to provide a time limit longer than thirty days shall be null and void.

Pursuant to Subsection (3) of Section 3:237 of the Civil Code, in the event of death of the holder of employee shares, the heir of the employee may transfer such employee shares before the first general meeting held after a period of six months:

a) following the date of death of the testator, if no probate proceeding is held;

b) following the operative date of the grant of probate adopted in probate proceedings with full effect;

c) following the date when the judgment of the court becomes final, in the event of inheritance proceedings.

According to Subsection (4), if the former employee, or the heir, failed to dispose of the employee share, respectively, as provided for in Subsection (2) or within the time limit prescribed, the limited company may adopt a decision during the general meeting on the closure of the time limit for the withdrawal of the employee shares in question, or to sell the employee shares converted into another type of share. In that case, former employees or their heirs shall be entitled to the nominal value of their shares, payable within thirty days from the date of withdrawal or transfer of the shares in question.

Cases of a decrease in the number of members include when the number of members decreases because of their decision. For example, in the case of a general partnership, the member may terminate his membership. In the case of a private limited liability company, the number of members is reduced if, for example, two members transfer their shares to the same person.

The reduction in the number of members may also occur at the discretion of the company. An example of this is when the supreme body decides to involve the business share.

The number of members may also decrease due to the force of law. Thus, pursuant to Subsection (2) of Section 3:98 of the Civil Code, in the event of non-compliance within the thirty-day time limit, the membership of the member who failed to provide the capital contribution shall be terminated on the day following the expiration of such time limit.

Contrary to the general rules of contracts, in the case of companies, not only the contracting party (member) but also a third party may exercise the right of termination of the member. Thus, according to Section 3:140 of the Civil Code, if a creditor files to have the member's share in a general partnership attached, he shall be entitled to exercise the member's right of withdrawal.

In the context of the decrease in the number of members, we must also talk about the institution of expulsion of members. The general rules of contracts do

not entitle the court to exclude a contracting party from the contract. However, a member of a business association may be excluded from the business association by court ruling based on a claim launched by the business association against such member, if the continued membership of the person in question would seriously jeopardize the business association's objective. Membership shall terminate upon the member's exclusion.

### III.8. Fulfillment of the Memorandum of Association

It is also worth examining the fulfillment of the memorandum of association in accordance with the provisions of the Civil Code in its Sixth Book concerning the performance of the obligation and the contract.

Subsection (1) of Section 6:44 of the Act states, that the place of settlement of a monetary debt shall be the creditor's place of business at the time when the obligation was constituted, or, failing this the creditor's registered office. If the debtor settles the monetary debt by means other than cash payment, the place of settlement of the monetary debt shall be the place of business of the creditor's payment service provider at the time when the obligation was constituted, or, failing this, the bank's registered address. Pursuant to Subsection (5) of Section 30 of the Companies Act, unless otherwise prescribed by law, in company registration proceedings a statement by the managing director fixed in an authentic instrument countersigned by an attorney or bar association legal counsel or drawn up by a notary public may be accepted in accordance with this Act to verify payment of capital contribution; the managing director shall open a bank account for the company within eight days following registration and deposit the portion of that cash contribution that has not been used during the operation of the company before the opening of the account.

The latter rule is special to the provisions of the Civil Code relating to the place of settlement of a monetary debt. In the case of cash payments, the cash contribution must be paid into the company's treasury, which will be paid by the executive to one of the current accounts opened, or paid by the members themselves to one of the unregistered company's current accounts, or transferred to any account, because at the time of the occurrence of the obligation (conclusion and countersigning of the memorandum of association), the company did not yet have a current account, so the location or registered office of the bank managing it cannot be interpreted. Thus, in order to fulfill the financial contribution, Section 6:44 of the Civil Code is not applicable.

Section 6:128 of the Civil Code states, that on the delivery date either party may demand from the other party the performance of services which are due if he offers to perform his own service simultaneously. The law is therefore based

on the principle of simultaneous performance in the case of remunerated contracts involving a bilateral service. The essence of simultaneous performance – unlike in the Civil Code from 1959 – is not given by the fact that it does not have to be performed until the other party offers its service [Subsection (1) of Section 281 of the old Civil Code], but that performance cannot be demanded from the other party until the party has performed or offered its own service. However, in the case of a company, it is not the other members but the management that calls on the member who did not provide his contribution stipulated in the memorandum of association by the required date to perform (§ 3:98).

Pursuant to Subsection (1) of Section 6:49 of the Act, the debtor shall be entitled to settle his debt also by way of setting off his overdue pecuniary claim against his monetary debt by means of a legal statement made out to the creditor. It would be difficult to find a specific legal basis for a position that a member should not fulfill his obligation to make a financial contribution by setting of his overdue claim against the company against his monetary debt by means of a legal statement made out to the company, as both the Civil Code and other Acts contain the prohibitions relating set-offs, however, there is no such prohibition in relation to monetary contributions by the members. Failing this, the rules of set-off may also be applied in connection with the payment of the financial contribution of the members.

If, upon commencement of dissolution or upon an order of liquidation, the initial capital of the private limited-liability company has not yet been paid up in full, the receiver in charge of the dissolution proceedings or the liquidator shall have the right to make outstanding payments due with immediate effect, and to order the performance thereof by the members, if this is necessary in order to satisfy the debts of the company [3:207. § (3)]. However, even then, the member may exercise the possibility of set-off. A limitation of setting of is, however, that in a liquidation proceeding, with regard to the debtor's claims, right of setoff may be exercised only with respect to such creditor's claims which have been registered by the liquidator as acknowledged and have not been assigned subsequent to the date when the court received the petition for opening liquidation proceedings, or, if the claim has occurred at a later date, subsequent to its occurrence [Insolvency Act 36. § (1)].

### III.9. Breach of the Memorandum of Association

Infringement of the memorandum of association is also subject to different rules than the general rules on breach of contract. Of course, it is also true of the memorandum of association that a breach of any obligation under the contract means a breach of it, but this has special legal consequences. The most common case of breach of the memorandum of association is the non-performance of the agreed financial contribution. But it can also be the failure to fulfill the additional payment or the ancillary service obligation.

It has already been mentioned that, after the thirty-day deadline set by the management, the membership of the member who does not make his financial contribution ends on the day following the expiry of the deadline. The right to demand performance is therefore limited here. This is a mandatory rule of the Civil Code. The company may have at most room for maneuver that the management „refrains" from sending the summons, so the thirty-day period cannot begin either. Members who do not agree with this solution may initiate a claim against the member (3:105. §).

Point b) of Subsection (2) of Section 6:154 of the Act also regulates the ineffective additional time limit for delays, but here there is still only a possibility for the right holder to terminate the contract by withdrawal. The additional period is not set by the company, it is thirty days by the force of law, which is also communicated to the member by the management, not by the company.

The issue of defective performance is also different in the case of memorandums of association. In fact, the performance of the member is considered to be defective if the value of the non-monetary contribution at the time of transfer does not reach the value indicated in the memorandum of association, as in this case the service does not meet the quality requirements set out in the memorandum of association. In this case, the company may demand payment of the difference from the person having provided the asset contribution within five years from the date of transfer [3:10. § (3)]. We already mentioned Section 3:105 of the Act, which of course also provides for the possibility that if the supreme body of the company rejects or has not submitted a resolution to enforce the company's claim against the member for the payment of the difference, the claim can be filed by the members with five percent of the voting rights within 30 days of the meeting, and they may assert the benefit of the company on behalf of the company. This is also true of the claims regulated in Subsection (2) of Section 3:99 of the Civil Code, which can also be enforced against those members who, despite their knowledge, have accepted the non-monetary property contribution of a member with a value exceeding the value at the time of service. However, member(s) without five percent of the vote may not bring such an action alone. Members with the appropriate number of votes may also file a lawsuit on behalf of the company only if a general meeting held within 30 days prior to the filing of the claim has been duly convened and the motion has been duly filed (BDT2011. 2520). In the event that the management does not comply with the provisions of the motion of the minority members to convene the supreme body, the meeting of the supreme body shall be convened by the court of registration according to Subsection (1) of Section 3:103 of the Civil Code or it shall authorize the petitioner members to convene the meeting. In the event of non-performance of the non-monetary contribution, the member will be called up by the management and, in the event of failure perform, the membership will be terminated.

Non- or non-contractual performance of the property contribution may also have other legal consequences (for example action for damages).

Subsection (2) Section 3:98 of the Civil Code states, that the former member shall be held liable for damages caused to the business association by virtue of his failure to provide the contribution in accordance with the provisions on liability for damages for loss caused by non-performance of an obligation. Thus, if the company can prove that the damage suffered was caused by the non-payment of the property contribution, it will be very difficult for the member to exonerate himself from liability. Failure to pay the property contribution shall also be deemed to have occurred if the former member has only partially fulfilled his or her due obligation. The act speaks of the former member, because his membership had already been terminated by that time in view of the unsuccessful call of the management within a period of thirty days. However, this claim for damages cannot be enforced in parallel with Section 3:162 of the Civil Code, which covers the obligation to settle the debts of the company up to the amount of the unpaid financial contribution of the member, because the latter settlement applies only to the persons who are still members. This obligation is enforced not by the company but by the creditors, and not only if the member has not yet made their due contribution, but also if he has not yet made their pecuniary contribution because the memorandum of association set a later deadline.

Subsection (3) of Section 3:98 of the Civil Code states that any provision of the instrument of constitution which provides more lenient sanctions than what is prescribed in this Act upon members for failure to provide the capital contribution shall be null and void. It may be questioned whether a member gets a more lenient sanction if he is required to pay a contribution to the company instead of terminating his membership? It is unlikely, because if he is able to make a contribution, he will obviously do so if he does not want his membership to end. In such a case, the company will also be entitled to default interest due to the late payment of the contribution. However, withdrawal from the contract, as a general legal consequence of the debtor's delay, cannot be enforced by the company in such a case either.

I have already referred to the rule for private limited liability companies, according to which, if upon commencement of dissolution or upon an order of liquidation, the initial capital of the private limited-liability company has not yet been paid up in full, the receiver in charge of the dissolution proceedings or the liquidator shall have the right to make outstanding payments due with immediate effect, and to order the performance thereof by the members, if this is necessary in order to satisfy the debts of the company. In such a case, the member is obliged to fulfill his / her payment obligation and the rule regarding the additional period of 30 days and termination of membership does not apply.

Subsection (2) of Section 3:99 of the Civil Code states, that members who were knowledgeable about, and consented to, a non-monetary contribution that a

member has provided at a value higher than what it was worth at the time when provided shall, together with the person providing it, be subject to joint and several liability toward the company in accordance with the provisions on liability for damages for loss caused by non-performance of an obligation. In my view, not the rules on damages should apply to members involved in the overvaluation of contributions. The obligation to make a financial contribution is incumbent on the members, whether or not they cause damage to the company. If a member accepts his non-monetary contribution in excess of the value at the time of service, this means that he has not fulfilled his contribution, but this also required other members to participate in the revaluation of the contribution. Therefore, in my opinion, it would be more appropriate to formulate a rule according to which members who have accepted a non-monetary contribution of a member with a value exceeding the value at the time of service are *obliged* to pay the difference jointly with the non-monetary contributor. In this case, it would also not be necessary to examine whether the non-monetary contribution was accepted by members „despite their knowledge" with a value in excess of the value at the time of service, which would also encourage the latter to proceed more diligently.

The legal consequences of non-performance of personal involvement are interesting. Pursuant to Subsection (1) of Section 3:182 of the Civil Code, a company may enforce a claim against a member for failure to provide personal assistance only if this is permitted by the memorandum of association. And if there is no such clause in the memorandum of association, the company is not subject to Subsection 6:138, which would give the company the right to demand performance. Obviously, the other legal consequences of a breach of contract are not applicable either, unless expressly provided for in the memorandum of association. Therefore, members belonging to a minority may also initiate the enforcement of a claim against the member who fails to provide personal assistance only if the enforcement of the claim is permitted by the memorandum of association. In the absence of this, liability for intentional breach of contract is also excluded by the force of law. It is important, however, that personal assistance does not qualify as an ancillary service if an employment contract or other (for example agency) legal relationship has been established between the limited liability company and its member (GK-MK No. 1).

And what is the legal consequence of a breach of the memorandum of association by the company? The latter is also an interesting issue because the company is not a contracting party, yet it can commit a breach of contract. As members also have rights against the company under the memorandum of association, they may be harmed in relation to them. In the event of a breach of the memorandum of association, the harmed member is entitled to demand the performance of the service. The legal consequences of a breach of contract are here, of course, also specific to the general rules of breach of contract.

### III.10. The Rule on Termination of Obligations and Contracts in Case of Memorandums of Association

Upon termination of the memorandum of association (the company), Section 6:3 of the Civil Code is not applicable as there are special rules for the dissolution of companies. Thus, the performance of the service cannot be interpreted as a termination circumstance either, as the members and the company are (or can be) constantly burdened by services against each other. However, the fulfillment of these does not terminate the membership relationship or the company. Only the non-performance of certain services can lead to their termination.

In the case of companies, it cannot happen that the same person becomes the obligee and the obligor, as the only member of the company can never be the company itself, as a one-person private limited liability company can't acquire its own business share, and a one-person limited company cannot acquire its own shares. The general partnership cannot be a member of itself even on a temporary basis, since according to Subsection (2) of Section 3:90 of the Civil Code he may not be an unlimited liability member of a company. As a result of the same rule, limited partnerships cannot be temporary members of their own. The death or termination of the members without a successor can only in case of general and limited partnerships lead in some cases to the dissolution of the company. The members may agree to dissolve the company, but in such a case, in addition, a decision of the court to delete the company after the liquidation procedure has been completed is required. It is important that members do not have the option to terminate the memorandum of association. Only the company can be dissolved, which must be followed by the liquidation procedure. The termination of contracts is, of course, never followed by any procedure for terminating property relations. This is self-evident, since, unlike the memorandum of association, the former do not create a legal entity with its own assets.

Section 6:3 of the Civil Code therefore does not play a role in connection with the dissolution of companies. The general rules for the dissolution of legal persons without legal successors are laid down in Section 3:48 of the Act, supplemented by special provisions governing each type of company. Termination with succession cannot be interpreted in the context of contracts either.

Under the general provisions on contracts the Civil Code states, that the parties may terminate a contract by mutual consent for future purposes, or may cancel the contract with retroactive effect to the date when it was concluded, and if any person who has the right of withdrawal or avoidance on the strength of law or on the basis of a contract may terminate the contract by making a statement to the other party. Regarding the termination of the memorandum of association, the Civil Code does not contain any provisions, but instead regulates the termination of the membership of the parties to the contract or of the company itself, which

may also take place through unilateral and multilateral legal declarations, but there is no place for retroactive termination.

Thus, the Civil Code regulates, on the one hand, the termination of a member's membership, which, however, never results in the termination of the memorandum of association. The five cases of termination of a member's membership of a general or limited partnership are regulated in Section 3:146. These are supplemented by Section 3:140, which contains the right of termination of the member's creditor. The membership of a member of a business association may also be terminated by the court if by its decision the member is excluded from the company. The withdrawal of the business share also results in the termination of the membership of the owner of the business share. The membership of the member may also be terminated due to the non-payment of his contribution or the additional payment.

The way to end the membership with a unilateral declaration of rights is to terminate the membership. A member of a general or limited partnership may terminate his membership in writing with three months' notice. In the case of a company established for an indefinite period, the exclusion of this right is null and void – similarly to the regulation of Subsection (3) Section 6:123 of the Civil Code. However, according to Subsection (1) of Section 3:147, not only the exclusion of the right of termination, but – contrary to Subsection (3) of Section 6:213 – its restriction is also null and void. It also follows from the above that a member may, as a general rule, terminate his membership in the case of a company established for a definite period of time. In the case regulated is Section 3:140, the creditor of the member also has the right of termination.

Only the members of general and limited partnerships have the right of termination. The members of private limited-liability companies and limited companies may not exercise such a right.

The notice period is three months according to the Civil Code. However, the law does not provide for a period of notice in the event that a member terminates his membership if any other member of the partnership is engaged in a serious breach of the memorandum of association or in any conduct which seriously endangers cooperation with such member or the achievement of the purpose of the partnership [3:147. § (2)]. According to the decision published as VB1999.5.2., if a member of a limited partnership terminates his membership with immediate effect, even though its legal conditions are not met, the immediate termination cannot be considered as an ordinary termination.

Subsection (3) of Section 3:147 of the Civil Code states, that the partnership may bring action for the annulment of the termination of membership within a preclusive period of fifteen days from the effective date of the notice. We do not find such a rule amongst the general rules of contracts. This means that, in the case of other contracts, in the absence of a special rule, the rules on the invalidity

of contracts must be properly applied to the invalidity of the termination. Thus, in the case of a challengeable termination, even no action is necessary, since pursuant to Subsection (3) of Section 6:89 of the Act, the right of appeal may also be exercised by a declaration of rights addressed to the other party.

In the event of termination of the membership, the company is obliged to settle accounts with the former member. Pursuant to Subsection (3) of Section 3:150 of the Act, the rules on settlement contain mandatory or claudically mandatory provisions. In the case of other contracts, it is not typical for the law to contain the method of settlement in a detailed manner, it is left to the contracting parties how they want to settle their property relations during the termination of the legal relationship between them.

Subsection (1) of Section 132/A of the Act on Judicial Enforcement states, that if the judgment debtor holds any interest in a general or limited partnership, the bailiff shall notify the judgment creditor that he is entitled to exercise the right of termination that is customarily due to the member. When the judgment creditor has provided a statement on termination to the bailiff, the bailiff shall convey it to the business association and shall concurrently seize the judgment debtor's claim that is due from the business association for termination of his membership (Sections 110-113). Pursuant to Subsection (2) settlement shall have no effect on the judgment debtor's liability for the company's debts, as prescribed by law. The judgment creditor shall not be held liable for the company's debts even if settlement is effected.

According to point a) of Section 3:146 of the Civil Code, in the case of general and limited partnerships, the membership can also be terminated by mutual agreement of the members. For other forms of companies, such a possibility is also not provided by law. In case of mutual agreement, the company is also obliged to settle with the former member.

The member's membership is also terminated in the event of expulsion. A member of a company may be expelled from the company by a court (arbitration) decision on the basis of an action brought by the company against the member concerned if his or her stay in the company would seriously jeopardize the achievement of the company's objectives. Membership exclusion is a legal institution for the protection of the interests of the company, which provides an opportunity to terminate the membership of a member who is unable to cooperate with the company, seriously jeopardizes the achievement of the company's goal, and exhibits serious anti-company behavior. For exclusion, no disadvantage or damage to interests must actually occur, it is sufficient if the member's stay in the company seriously jeopardizes the achievement of the company's goals (PJD2018.18.). The exclusion of members can only be based on the conduct of the members that poses a real and serious threat to the future operation of the company (BDT2019. 61.). It is important that this is not a special case of termination of the memorandum

of association by a court, as the court does not terminate the contract, only the membership.

Exclusion from the company does not violate the constitutional right of the excluded member to free enterprise, because he still has the right to become an entrepreneur. The exclusion only results in the fact that he cannot exercise this right in the given company, with its members (PJD2016. 18.).

As a result of the involvement of the business share, the membership of the owner of the share is also terminated. It has already been mentioned, that the business share acquired by the company for consideration can only be retained by the company for one year from the date of the purchase. If the company does not dispose of it within one year, it is obliged to transfer it to the members in proportion to their core deposits free of charge or to do the involvement using the rules of the share capital reduction. If a business share is involved, the share capital must be reduced by the amount of the core deposit on which the business share is based.

Thus, while the general rules of contracts of the Civil Code provide that the parties may terminate a contract by mutual consent for future purposes, or may cancel the contract with retroactive effect to the date when it was concluded, and if any person who has the right of withdrawal or avoidance on the strength of law or on the basis of a contract may terminate the contract by making a statement to the other party, we have seen that although the membership can be terminated by termination and mutual agreement in some cases, there is no possibility for a retroactive termination. Due to the irreversibility of the company law relationship, it can only be terminated for the future.

Subsection (3) of Section 33 of the Companies Act states, that applications for registration may be withdrawn before the resolution of the first instance is adopted, in which case the court of registry shall terminate the proceedings. If the application for registration of a company is withdrawn, the document containing the termination of the pre-company shall be attached. In this case, not the memorandum of association itself but the pre-company will be terminated. However, in the absence of registration, no new company is created here, so in my opinion, the termination of the pre-company can also be based on the contract terminating the memorandum of association. However, even in such a case, cancellation of the partnership is possible only if the pre-company has not been active, as the cancellation is retroactive and the services already provided are returned, which can only take place if the original conditions can be restored in nature. If the pre-company has been engaged in activities (has made legal declarations), it is not possible to restore the original conditions, so the implementation of the retroactive cancellation is not feasible. In such a case, it is only possible to draw up a termination contract, which will terminate the memorandum of association for the future.

Nor does the dissolution of a company without a legal successor result in the termination of all obligations imposed on the company, since in such a case the claim arising from the obligation of the terminated company can be enforced against the former members of the company within five years of deregistration. If the liability of a member for the obligations of the business association was unlimited during the company's existence, his guarantee obligation shall also be unlimited and joint and several with other members for the liabilities of the terminated business association. Any debt arising between members shall be covered by and shared among the members consistent with their share in the distributed assets of the business association (Civil Code 3:137. §).

## REFERENCES

Miskolczi Bodnár Péter, „A társasági szerződés sajátosságai a Ptk.-ban szabályozott szerződésekhez képest", *Gazdaság és Jog 2001/7-8*.

Sándor István, „A társasági jog története Nyugat-Európában" Budapest 2005.

Sárközy Tamás, „A magyar társasági jog Európában", Budapest 2001.

Sárközy Tamás, „Gazdasági státuszjog", Budapest 2007.

Schadl György, „A társaságok és a társasági jog előzményei a római jogban.", *Acta Univ. Sapientiae, Legal Studies, 2/2013*.

Schadl György, „A társaságok és a társasági jog fontosabb dogmatikai kérdéseinek elemzése.", Szeged 2011.

Vékás Lajos, Gárdos Péter, „ Kommentár a Polgári Törvénykönyvhöz" *Budapest 2014*.

*Мате И. Мохаи*
*Универзитет у Печују*
*Правни факултет*
*mohai.mate@ajk.pte.hu*

# Уговор о оснивању привредног друштва у светлу одредаба о уговорима мађарског Грађанског законика

***Сажетак**: Нови мађарски Грађански законик регулише уговоре о оснивању привредних друштава у својој трећој књизи, док шеста књига садржи одредбе о (другим?) уговорима. Уговор о оснивању прилично се разликује од типичних уговора грађанског права. Његова најзначајнија карактеристика је то што се њиме оснива правни субјект. У већини случајева, одредбе о уговору о оснивању разликују се од одредби о уговорима садржаним у Грађанском законику, а у закону не постоји одредба према којој би ове друге такође требало применити на уговор о оснивању. Али да ли би требало?*

***Кључне речи:** уговор о оснивању, мађарски Грађански законик, мађарски Закон о привредним друштвима, уговори грађанског права, теретни уговори*

Датум пријема рада: 06.06.2020.
Датум прихватања рада: 08.06.2021.

# ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Претходно саопштење 331.106.44
doi:10.5937/zrpfns55-23804

*Милан М. Костић*
*Студент докторских студија*
*Универзитет у Новом Саду*
*Правни факултет у Новом Саду*
*milank3009@gmail.com*

# ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА

***Сажетак:*** *Престанак радног односа отказом од послодавца најделикатнији је вид престанка радног односа. Као такав, у савременом радном праву углавном је регулисан државном регулативом. Законодавац је приликом регулисања овог института у обавези да одредбе о престанку радног односа усклади с ратификованим међународним уговорима, а одређене смернице приликом доношења закона налазе се и у актима који не подлежу ратификацији. Тако да је у раду урађен приказ најважнијих аката на међународном и регионалном нивоу који регулишу престанак радног односа на иницијативу послодавца, почев од аката Међународне организације рада, аката Савета Европе и комунитарног права. У позитивном праву Србије извршена је анализа оправданих разлога за отказ уговора о раду иницран од послодавца.*

***Кључне речи:*** *отказ од послодавца, отказни рок, оправдани разлози за отказ, правне последице отказа.*

## УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Радни однос настаје, траје и престаје у складу с когентним и аутономним изворима радног права. Радним законодавством постављају се оквири за престанак радног односа по различитим основама како би се запослени заштитили од самовоље, арбитрерности и штетних последица престанка радног односа.[1]

Престанак радног односа у савременом радном праву регулисан је претежно државном регулативом,[2] а у мањем броју држава колективним уго-

[1] Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, Београд, 1971, стр. 330

[2] У највећем броју држава, законом или законицима у области рада, осим других питања, регулишу се и основи престанка радног односа, укључујући и оправдане и забрањене

ворима (нпр. Данска и САД), правилима уговорног права или обичајима и уставом, одредбама које имају карактер начела о законитости престанка радног односа.[3]

Отказ уговора о раду на иницијативу послодавца „најделикатнији је основ престанка радног односа" код ког је „сукоб интереса" субјеката радног односа „видљивији и оштрији",[4] од других основа престанка радног односа. Овај основ престанка радног односа у многим државама је детаљно правно регулисан, почев од оправданих разлога за отказ, процедуре отказа партиципације запослених у одлучивању о отказу, забрањених отказних разлога, па све до последица незаконитости отказа.[5] Због великих разлика у националним одредбама тешко је говорити о *jus commune* европских одредаба о отказу.[6]

Због значаја овог основа престанка радног односа, како за запосленог тако и за послодавца, навешћемо најважније међународне, регионалне и домаће изворе радног права, као и крећу анализу оправданих разлога за отказ уговора о раду од послодавца.

## 2. МЕЂУНАРОДНИ И РЕГИОНАЛНИ ИЗВОРИ ПРАВА О ПРЕСТАНКУ РАДНОГ ОДНОСА НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА

### 2.1. Акти Међународне организације рада

Први међународни радни стандарди који се односе на престанак радног односа настали су као резултат нормативне активности МОР-а.[7]

---

разлоге за отказ уговора о раду. Међутим, у појединим државама отказ се регулише грађанским законицима или посебним законицима који за свој предмет имају неко индивидуално право из радног односа, при чему то може бити и престанак радног односа (што је карактеристично за мањи број држава).

[3] То је и пракса важећег Устава Србије из 2006. године (члан 60, став 4).

[4] Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет у Београду, 2016, стр. 17

[5] С обзиром на то да је правна регулатива о овом основу престанка радног односа „развијена у толикој мери", сматрамо да је добар став појединих аутора да се у оквиру радног права као посебна целина формира „отказно право". *Ibid.*

[6] Bob Hepple, „Dismissal Law in Context", *European Labour Law Journal,* vol. 3. бр. 3/2012, стр. 212

[7] Први акт Међународне организације рада који је потпуније регулисао отказ уговора о раду од послодавца јесте Препорука број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1963. године. Препорука је „јасно усмерена ка сузбијању арбитрерног отказа". Више у: J.B.C.R.O.N.I.N., „I.L.O. Recommendation 119: job security in Cyprus", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, 1968, стр. 763.

Најзначајнији акти МОР-а су конвенције. У тој области 1982. године усвојена је Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца,[8] као и Препорука број 166 уз ову конвенцију.[9]

Отказ на иницијативу послодавца „од изузетног је значаја за радника и његову породицу",[10] али и за државу када се већем броју радника даје отказ уговора о раду (тзв. колективно отпуштање). Дакле, можемо закључити да није било нимало лако створити услове за усвајање правно обавезујуће Конвенције број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца због противљења представника послодаваца и влада појединих држава чланица МОР-а.[11]

### *2.1.1. Конвенција МОР-а број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца и истоимена Препорука број 166*

Разлог доношења ове конвенције треба тражити у проблемима у области престанка радног односа који нису могли бити решени постојећом Препоруком број 119 из 1963. године. Ти проблеми су резултат привредних тешкоћа и технолошких промена до којих је дошло у последњим деценијама XX века у многим земљама.[12]

Конвенција се састоји из следећих делова: методе примене; подручје примене и дефиниције; оправданости престанка радног односа; процедура престанка радног односа; право на жалбу; отказни рок; отпремнина и други облици заштите и последњи део престанак радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога.[13]

Према члану 1, примена ове конвенције обезбеђује се путем колективних уговора, арбитражних одлука или судских пресуда, или на неки други

---

[8] Бивша Југославија ратификовала је ову конвенцију 1984. године, *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори", бр. 4/84.

[9] Adopted, Geneva, ILC, session 22. јуна 1982. године – www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?/p=NORMLEXPUB:100:NO:12100-ILO-CODE:166.

[10] Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет у Београду, 2001, стр. 488

[11] И приликом усвајања Препоруке бр. 119 од 1963. године било је проблема, истицано је да су норме конвенција нефлексибилне и да је боље да се отказ на иницијативу послодавца регулише препоруком као правно необавезујућим актом. Али наведена Препорука ипак је утицала на многе државе чланице МОР-а да спроведу делимичну реформу свог радног законодавства. Приликом усвајања Конвенције број 158 истицани су многобројни противречни ставови представника послодаваца и влада. Више у: В. Брајић, „Садржина прописа и концепција престанка радног односа против воље радника", *Радно и социјално право*, бр. 4-7/2000, стр. 1–13.

[12] Више у: Boris Buklijaš i Andrijana Bilić, *Međunarodno radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2006, стр. 264.

[13] Међутим, има аутора који сматрају да садржина Конвенције 158 и Препоруке 166 обухвата три дела. Више у: Љ. Ковачевић, (2016), 208.

начин који је сагласан националној пракси. Ако неки облик примене Конвенције не буде обезбеђен наведеним методама, онда ће се осигурати путем закона или прописа.

Конвенција се односи на сва запослена лица у свим привредним делатностима, с тим што свака држава може да изузме, као и код других конвенција, следеће категорије запослених лица из свих или неких одредаба ове Конвенције, и то: 1) раднике који су ангажовани на основу уговора о запослењу на одређено време или за одређени посао; 2) раднике на пробном раду или приправничком стажу који је унапред одређен и чије је трајање разумне дужине и 3) раднике ангажоване повремено за краћи период.[14]

Према Конвенцији,[15] мора се предвидети одговарајућа заштита од прибегавања уговора о запошљавању на одређено време чији је циљ избегавање заштите која се осигурава овом Конвенцијом.

Други део Конвенције (II део – одредбе опште примене, одељак А) односи се на оправданост престанка радног односа.

Према Конвенцији, послодавац може одлучити да једнострано раскине уговор о раду, чиме се окончава постојање радног односа. Одлука послодавца о отказу уговора о раду запосленом „биће оправдана ако се заснива на ваљаном разлогу".[16]

Према чл. 4 Конвенције, раднику неће престати радни однос ако за такав престанак не постоји ваљан разлог.

Ни у Конвенцији ни у литератури не постоји дефиниција ваљаног разлога. Поједини аутори с правом истичу да Закон о раду Србије садржи непрецизне норме о овом основу престанка радног односа правећи „неодрживу симбиозу између узрока и последице".[17]

Према Конвенцији, ваљани разлози могу бити субјективне и објективне природе. Субјективна природа разлога везује се за личност запосленог, то јест за својства личности и понашање радника као извршиоца посла, као субјекта радног односа. Према Конвенцији, овај разлог тиче се способности радника и поштовања правила „радног реда",[18] који су утврђени одговарајућим актом послодавца, а с којим је радник упознат приликом ступања на рад.

---

[14] Наведени изузеци од примене прописани су чланом 2, став 2 Конвенције.

[15] Члан 2, став 3 Конвенције. Одредбе Конвенције допуштају да се од примене појединих одредаба могу искључити и запослени на одређено време. Занимљиве су и одредбе Препоруке бр. 166 (параграф 3), где се у националном законодавству држава чланица МОР-а могу тачно одредити околности (врло мали број) које допуштају заснивање радног односа на одређено време, као и прописивање претпоставке да се уговори о раду на одређено време који нису закључени у складу са законом третирају као уговори о раду на неодређено време.

[16] Б. Шундерић, 2001, 490

[17] Душан Паравина, „Престанак радног односа и нови Закон о раду Србије; Склад и несклад с правилима Међународне организације рада", *Радно и социјално право* бр, 1-3/2002, стр. 30

[18] Б. Шундерић, 2001, 490

Објективна природа ваљаног разлога везује се за послодавца, а односи се на оперативне послове послодавца и фактички се изражава у смислу објективне потребе за радом одређеног запосленог с којим је закључен уговор о раду.

Оно што је важно истаћи јесте да Конвенција број 158, чланови 5 и 6, прописује разлоге који се неће сматрати разлозима за престанак радног односа. Препорука број 166 у Параграфу 5 додаје још два разлога који се неће сматрати разлозима за престанак радног односа на иницијативу послодавца. Према Конвенцији, ради се о следећим разлозима: 1) чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван радног времена или уз сагласност послодавца за време радног времена; 2) околност што је запослени тражио да иступи у својству представника радника, то јест садашње или бивше иступање у функцији радничког представника; 3) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа, или обраћање надлежним административним органима власти; 4) раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национално или социјално порекло и 5) изостанак с посла за време породиљског одсуства.

Осим наведених разлога (прописаних чланом 5. Конвенције) који се неће сматрати ваљаним за отказ уговора о раду од послодавца, Конвенцијом је прописан још један разлог који се такође неће сматрати као ваљани за једнострани раскид уговора о раду на предлог послодавца, и то је привремено одсуство с посла због болести или због повреде.[19] Конвенцијом[20] се прописује да ће се дефиниција привременог одсуства с посла, као и то у којој ће мери лекарско уверење бити потребно, али и могућа ограничења у погледу примене овог разлога, утврдити методама којима се обезбеђује примена ове конвенције. Такође, треба нагласити да терет доказивања да је отказ законит лежи на послодавцу[21].

Препоруком број 166[22] предлаже се да се разлозима који су горенаведени и који су утврђени у Конвенцији број 158 додају још два: 1) године старости, у зависности од националне законодавне регулативе којом се прописују услови за остваривање права на старосну пензију и 2) одсуства (сматрамо да треба да буде плаћено из средстава органа који је упутио позив запосленом) с посла због обавезног војног рока или других грађанских обавеза у складу с националним законодавством и праксом. У сваком случају, државе чланице су слободне да дефинишу и остале критеријуме који се неће сматрати оправданим разлозима за отказ уговора о раду[23].

[19] Члан 6, став 1, Конвенција број 158

[20] Члан 6, став 2, Конвенција број 158

[21] L. Betten, International Labour Law, Kluwer, 1993, стр. 226

[22] Параграф 5

[23] Servais, J. M., International Labour Law, Walters-Kluwer, 2011, стр. 176

Претпостављамо да се прописивањем минималних стандарда који се односе само на овај основ престанка радног односа МОР-а настојало да се помире супротстављени интереси субјеката радног односа.

Наиме, требало је да прођу четири деценије и неколико година да би се у овој области радног права, која је изузетно значајна за запосленог због стабилности запослења, али и за послодавца због слободе предузетништва и других његових функција,[24] усвојио први стандард Препоруке број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца од 1963. године.[25]

У међувремену, свет рада се променио. Економска криза и глобализовани услови привређивања[26] захтевају нове, флексибилније[27] облике радног ангажовања, што неминовно утиче на дерегулацију радног односа.[28] Европска комисија описује флексисигурност као оптималну равнотежу између флексибилности тржишта рада и сигурности запослених против ризика на тржишту рада.[29] Флексибилност подразумева замену појма сигурности радног места идејом „запошљивости".[30] У промењеним околностима на тржишту рада МОР-а пронађен је модус да добар део решења из Препоруке број 119 буде саставни део Конвенције број 158, а сва питања у вези с којим није постигнут договор предмет су истоимене Препоруке број 166. Наведеним међународним радним стандардима успоставља се друштвени минимум у области престанка радног односа на иницијативу послодавца на глобалном нивоу како би се на почетку XXI века спровео социјални мир и очувала социјална правда за који се МОР залаже од свог настанка.[31]

Када се ради о процедури престанка радног односа на иницијативу послодавца она је регулисана чланом 7 Конвенције[32] и параграфом 10 Препоруке број 166.

---

[24] Више у: Боривоје Шундерић, „Функције послодавца", *Право и привреда*, број 5-8/2002, стр. 882–892

[25] Усвајањем Конвенције број 158 и Препоруке број 166 1982. године, на 68. заседању Опште конференције МОР-а, ова препорука престаје да важи, али добар део њених одредаба инкорпориран је у Конвенцију број 158.

[26] О утицају глобализације на радне стандарде више у: Flanadan R.J., *Worker rights in a global economy*, Oxford, 2006.

[27] Више у: Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, vol. 46, бр. 4/2012, стр. 173–191.

[28] Горан Обрадовић, „О дерегулацији радних односа", *Тематски зборник радова, књига 4*, Правни факултет у Нишу, 2008, стр. 139–148

[29] *Commission Report on Employment in Europe 2006,* at 77-78, Нав. према: Roger Blanpain, „Decent Work in the European Union: Hard Goals, Soft Results", *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol.15, бр. 1/2011, стр. 32

[30] *Ibid.*

[31] Hanesenne, *M. ILO Delovation on Fundamental Principles and Rights at work and its Follow-Up,* Geneva, 1998, стр. 1–3

[32] Одељак В (поступак пре или у време престанка радног односа).

Процедуру престанка радног односа по овом основу чине правила утврђена Конвенцијом којих се послодавац мора придржавати приликом давања отказа уговора о раду запосленом из ваљаних разлога. Ово је потребно да би одлука послодавца о престанку радног односа била законита јер се „само у законитој процедури могу доносити законите одлуке".[33]

Конвенција у члану 7 регулише поступак престанка радног односа ако се ради о субјективним ваљаним разлозима који се односе на понашање радника или његов рад. Послодавац пре доношења одлуке о престанку радног односа мора раднику обезбедити право на одбрану од изнетих чињеница. Одлука о престанку радног односа мора бити у писаном облику с прецизним навођењем разлога због незадовољавајућег вршења посла (под условом да је претходно послодавац запосленом дао упутства и писмено упозорење како посао треба да се обавља и шта није добро). Запослени би требало да има помоћ стручног лица у одбрани на начин којим се прецизира метод за примену одредаба Конвенције. Правило о одбрани не мора се применити ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да запосленом обезбеди ту могућност.

Осим наведеног разлога, послодавац може запосленом отказати уговор о раду због повреде радне дисциплине, али то мора урадити у разумном року који се рачуна од момента сазнања за учињену повреду радне дисциплине. Према параграфу 10 Препоруке број 166, ако послодавац у разумном року не прекине радни однос, сматраће се да је одустао од тог права. У појединачним случајевима, пре доношења коначне писмене одлуке о престанку радног односа послодавац треба да се консултује с представницима радника.[34]

Када је у питању упозорење и повреда дисциплине, становиште је да, осим у случајевима теже повреде, ником не може престати радни однос првом повредом дисциплине. Такође, упозорење може бити најпре усмено, затим писмено и на крају упозорење које предвиђа конкретну дисциплинску санкцију која може бити и отказ.[35] Становиште да првом повредом дисциплине не може престати радни однос, осим у тежим случајевима, сматрамо исправним, јер би таква одредба на првом месту била превише строга, а такође и подложна злоупотреби послодавца.

Конвенцијом је одређено како се спроводи терет доказивања, да ли постоји ваљан разлог за престанак радног односа. Наиме, да би се осигурало да радник не сноси сам терет доказивања, методом примене ове конвенције (члан 1) треба предвидети „или да терет доказивања сноси послодавац, или да суд буде овлашћен да донесе закључак о разлогу за престанак радног

[33] Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2015, стр. 328

[34] *Ibid*.

[35] Више о врстама упозорења: G. Pitt, *Employment Law*, London, 1995. str. 184-185.

односа на основу доказа које су странке у поступку поднеле предвиђеном националном законодавству, и праксом, или и једно и друго".[36] Дакле, предвиђене могућности предложене су алтернативно због заштите интереса радника у погледу терета доказивања.

У члану 10 утврђује се овлашћење непристрасног тела коме је радник поднео жалбу.

За разлику од Конвенције, Препорука број 166[37] предвиђа могућност примене мирне методе решавања спора између послодавца и радника, а то је њихово измирење које се може предузети како пре тако и у току жалбеног поступка.[38]

Право на отказни рок регулисано је Конвенцијом[39] и Препоруком.[40] Према Конвенцији, регулише се право радника на отказни рок или накнаду уместо њега.

Одељком Е Конвенције регулише се право на отпремнину и друге облике заштите дохотка[41] („или нека друга слична накнада или давања из социјалног осигурања").[42]

На крају, ако до престанка радног односа дође кривицом радника, нпр. због теже повреде радне дисциплине, даје се могућност држави чланици да предвиди губитак горенаведених права.[43]

Трећи део Конвенције садржи додатне одредбе које се односе на престанак радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога.

Осим Конвенције,[44] и Препорука број 166 садржи одређене одредбе које се односе на овај основ престанка радног односа.[45] Ако послодавац намерава да раскине радни однос с радницима из економских, технолошких, организационих или сличних разлога, он ће према члану 13 и 14 Конвенције имати одређене обавезе, и то: 1) благовремено пружање заинтересованим

---

[36] Александар Николић, *Међународно радно право*, Београд, 1985, стр. 146

[37] Параграф 14

[38] Б. Шундерић, 2001, 492

[39] Одељак Д, чл. 11

[40] Препоруком се предлаже да се раднику, док траје отказни рок, омогући слободно време које би одговарало не само њему већ и послодавцу. Сврха овог права јесте да се покуша с проналажењем другог посла при чему радник не би губио зараду. На крају, према Параграфу 17, раднику треба омогућити да од послодавца добије и потврду о запослењу која би садржала податке који су од значаја за другог послодавца код кога би радник ступио на рад.

[41] B. Buklijaš, A. Bilić, 267

[42] Б. Шундерић, 2001, 493

[43] Чл. 12, ст. 3 Конвенције бр. 158

[44] Одељак А (консултације с представницима радника – чл. 13), Одељак В (обавештавање надлежног органа – чл. 14)

[45] Параграфи 21–26

представницима радника одговарајуће информације, укључујући и разлоге за намеравање прекида радног односа, с бројем и категоријама радника који ће вероватно бити захваћени, као и о року у којем намерава да изврши раскид радног односа; 2) у складу с националним законодавством и праксом, пружање заинтересованим радничким представницима, што је пре могуће, могућности за консултације о мерама које треба предузети како би се спречили или свели на најмању меру прекиди радног односа и о мерама за ублажавање штетних последица прекида радног односа по заинтересоване раднике, као што је нпр. налажење алтернативног запослења.

## 2.2. Регионални извори права о престанку радног односа на иницијативу послодавца

### *2.2.1. Акти Савета Европе*

Одређени значај за регулисање заштите од неоправданог отказа имају: Европска социјална повеља из 1961. године, Ревидирана европска социјална повеља из 1996. и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.

Европска социјална повеља садржи неке елементе који се могу односити и на заштиту радника од неоправданог отказа. Прво, Повељом се гарантује право на правичну накнаду која је у тесној вези с правом на разуман отказни рок,[46] али уз изузетак отказа због озбиљне повреде радне дисциплине када се раднику може дати тзв. ванредни отказ.[47] Ванредни отказ се предвиђа само за посебно тешке повреде обавеза из радног односа, кад, уз уважавање свих околности и интереса запосленог и послодавца, наставак радног односа није могућ.[48]

Осим наведеног, Повељом[49] се у оквиру права на заштиту материнства налази и одредба о забрани отказа, и то како за време породиљског одсуства, тако и отказ код кога би отказни рок истекао за време док радница користи наведено право.

За разлику од Повеље из 1961. године, у Ревидираној европској социјалној повељи, према члану 8 тачка 2, право на заштиту материнства временски

[46] Право на отказни рок саставни је део права на правичну накнаду. Видети: Европска социјална повеља (1961. година, чл. 4, ст. 1, тач. 4).

[47] Видети: додатак Европској социјалној повељи, део II, чл. 4, тач. 4. Наиме, циљ отказног рока је да се лицу које очекује отказ уговора о раду омогући одређено време за тражење другог посла, и да за то време (разуман отказни рок) има право на новчану зараду. Више у : Polonca, Končar, „Evropska socijalna listina (spremenjena), Kako je uresničujemo v Sloveniji", *Delavci in delodaljci*, vol.XV, бр. 2-3/2015, стр. 177.

[48] Бранко Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, стр. 733

[49] Чл. 8, тачка 2

је проширено на дужи период који се рачуна од тренутка када је радница обавестила послодавца да је трудна па до истека породиљског одсуства.

Иако Ревидирана европска социјална повеља непосредно осигурава заштиту од неоправданог отказа, она ипак то право категорише као остала права, а не као основно право, при чему се ентитет права своди на елементе који су уграђени у Конвенцију број 158 и Препоруку број 166.[50]

Одређени значај за регулисање заштите од неоправданог отказа имају и поједине одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. За престанак радног односа на основу отказа уговора о раду од послодавца посебно је значајна одредба члана 6 која се односи на правично и поштено суђење.[51] Овај члан је значајан нпр. за случај незаконитог отказа због повреде радне дисциплине запосленог, при чему случајеви Европског суда за људска права указују да постоје бројни примери где није постигнута делотворна заштита пред домаћим непристрасним телима у смислу примене одредаба Конвенције број 158 Међународне организације рада које се односе на методе примене ове конвенције.

### *2.2.2. Комунитарни стандарди*

Члан 30 Повеље ЕУ о основним правима прописује да сваки радник има право на заштиту од незаконитог отказа, у складу с правом Уније и законом и праксом држава чланица. Ово фундаментално право подржано је чланом 153 (1)(д) Уговора о функционисању ЕУ, који ЕУ даје надлежност да усвоји мере у вези с овом темом којима допуњује или подржава активности држава чланица.[52] У својој оцени Повеље комисија тврди да је Повеља „уравнотежен текст" који чини „амбициозне иновације" јер подржава догму о недељивости права, као и о њиховој универзалности.[53]

У радном праву Србије и европском радном праву предвиђен је сложен поступак у случају да послодавац због статусних промена, које су у његовом интересу, одлучи да приступа масовнијем, то јест колективном отпуштању запослених. Послодавац нема потребе за радом одређеног броја запослених, због чега они постају вишак запослених.

---

[50] Чл. 24, ст. 1, тачка а и б, и ст. 2

[51] Ради се о једном „од средишњих права која Конвенција штити", где се подноси велики број представки које се „односе и на радноправне случајеве". Више у: Домагој Фрнтић, „Заштита права из радних односа пред Еуропским судом за људска права – правни оквир и судска пракса", *Радно и социјално право*, бр. 2/2018, стр. 244.

[52] Guus Heerma Van Voss, Beryl Ter Haar, „Common Ground in European Dismissal Law", *European Labour Law Journal*, vol. 3, бр. 3/2012, стр. 221

[53] Lammy Betten, „Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50. бр. 3/2001, стр. 692

Интерес послодавца је остваривање економских ефеката, уз стварање претпоставки за што потпунији социјални мир који је у интересу, пре свега, јавне власти. Наведени разлози били су изазов и за тадашњу Европску економску заједницу да седамдесетих година прошлог века, због технолошких, организационих и других промена, донесе Директиву 75/129 ЕЕЗ.[54] Главни циљ доношења Директиве јесте стварање претпоставки које би омогућиле да се прописи о колективном отпуштању у државама чланицама Европске заједнице што више уједначе.

Главни мотив за усвајање Директиве био је случај АКЗО из 1973. године. Наиме, реч је о поступку холандско-немачке мултинационалне компаније која је због спровођења реструктурирања предвидела и колективно отпуштање великог броја запослених (око 5.000). Наведеном директивом желео се постићи уравнотежен социјални развој у оквиру Европске заједнице.[55]

Касније, питање колективног отпуштања регулисано је Директивом 92/56 ЕЕЗ,[56]а након неколико година донета је Директива 98/59 ЕЗ,[57] која потпуније уређује наведено питање.

Колективно отпуштање, осим директивама, уређено је и повељама: Повељом Заједнице о основним правима радника и Повељом о основним правима у Европској унији из 2000. године (Повеља из Нице).[58]

Одредбе Директиве 98/59 ЕЗ не примењују се на запослене у органима државне управе и у јавним службама чији је оснивач држава, као и на посаде бродова.

Најважнији циљ код колективног отпуштања јесте стварање услова од стране државе за адекватну компензацију запосленима која би морала бити унапред одређена.

Закон о раду[59] Србије у погледу временског периода и броја запослених скоро у потпуности инкорпорира одредбе Директиве 98/59.

Према члану 1, став 2 Директиве, предвиђено је кад ће се сматрати да је отказ уговора о раду на иницијативу послодавца колективно отпуштање,

---

[54] Директива је усвојена 17. 2. 1975. године као саставни део тадашњег Социјално акцијског програма 1974–1976. Више у: Blanpain, R., *Labur Law and industrial Relations of the Eroupean Community*, Kluwer, Deventer, 1991.

[55] Више у Blanpain-B. R., *European Labour Law*, Kluwwer 2012, стр. 450; Schmidt S. M. *Das Arbeitsreht der Europaoschen Geminshaft*, Nomos Verlag, Badem, Badem, 2001.

[56] Усвојена је 24. 6. 1992. године.

[57] Усвојена је 20. 7. 1998. године. И она је ставила ван снаге (по члану 100 уговора) две напред наведене директиве.

[58] Обе повеље, осим других одредаба, садрже и одредбе којима се гарантује правна сигурност запослених када послодавац прибегне колективном отпуштању. Поступак заштите права запослених је комплексан посебно када се ради о незаконитом отказу.

[59] Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 –одлука УС, 113/2017 і 95/2018 – аутентично тумачење).

наиме неопходно је да најмање пет радника буде обухваћено колективним отпуштањем. Овај број радника је минималан.

Ако анализирамо појам колективног отпуштања, можемо закључити да се он одређује на основу објективног и субјективног елемента. Док се објективни критеријум односи на обим отпуштања и изражава се помоћу броја или процента запослених који се колективно отпуштају у оквиру одређеног периода, субјективни критеријум се односи на разлоге отпуштања који се не везују за понашање и способност запослених, већ искључиво за потребе послодавца и управо у наведеном случају Rockfon Европски суд правде је своју одлуку засновао на објективном критеријуму.[60]

Послодавац, према члану 2, став 1 Директиве, који намерава да колективно отпусти запослене, мора на време започети консултације с представницима запослених, при чему се представницима радника одређује правна заштита у складу с највишим међународним радноправним стандардима.

Циљ консултација треба да буде споразум којим се регулишу најважнија питања поводом колективног отпуштања. Те консултације не морају резултирати договором, али циљ директиве је да се представницима радника омогући да оспоре број отказа и услове под којима ће се догодити.[61] Неки аутори тумаче ову одредбу чак и као обавезу за послодавце и запослене да пронађу алтернативна решења за отказе, па је стога отказ тек крајње средство у Директиви ЕУ.[62]

Осим наведених обавеза, на основу члана 3, став 1 Директиве, послодавац има обавезу да пошаље копију обавештења представницима радника које је достављено надлежном државном телу о намери колективног отпуштања.

Директива не предвиђа изричито санкције које ће бити примењене у случају неспровођења поступка информисања и консултација. Сматрамо да то питање треба регулисати прописима државе чланице. Осим обавезе према представницима запослених, послодавац на основу члана 2, став 3 Директиве има обавезу да надлежној јавној власти достави писмену одлуку о разлозима за колективно отпуштање и о критеријумима које ће применити приликом селекције радника који ће бити колективно отпуштени.

Сматрамо да националним прописом треба предвидети сигуран систем обавештавања јавне власти и у случају да је судском одлуком онемогућен даљи рад послодавца. Радници који су колективно отпуштени, након колективног отпуштања имају право на: плаћено одсуство док траже нови посао

---

[60] Више у: Dora Gaži Kovačević, „Definicija kolektivnog viška radnika u europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu", *Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, god. 54, 3/2017, стр. 659–682.

[61] Nuna Zekić, „Job Security or Employment Security: What's in a Name", *European Labor Law Journal,* vol. 7, бр. 4/2016, стр. 564–565

[62] *Ibid*.

или док се школују ради преквалификације, право на отпремнину, као и права на основу прописа о социјалном осигурању.

Захваљујући ставовима Европског суда правде, с великом правном извесношћу одређен је појам establismenta који је формулисан као комунитарни концепт и захваљујући томе обезбеђује се уједначена примена одредаба Директиве које се односе на обавезу послодавца у поступку информисања и консултовања представника запослених, што је од нарочитог значаја код односа зависног и владајућег друштва у погледу обавеза које за њих настају код спровођења поступка колективног отпуштања. Информације о намери да се приступи колективном отпуштању морају се дати пре самог отпуштања, коме мора претходити динамичан поступак саветовања и предузимања низа обавеза послодавца у разумном року који мора бити правовремен.

## 3. ДОМАЋИ ИЗВОРИ ПРАВА О ПРЕСТАНКУ РАДНОГ ОДНОСА НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА

Уставом Републике Србије из 2006. године,[63] чланом 60 (право на рад),[64] прописано је да свако има право на правну заштиту у случају престанка радног односа. Право на рад је комплексно и није апсолутно. Ово право је више прокламација, њиме се обезбеђује слободан избор одређеног посла, као и заштита од неоправданог отказа.[65]

Анализом члана 60 Устава Србије произилази да се приликом отказа уговора о раду мора водити рачуна о достојанственом третману запосленог.

Постоје бројни закони којима се уређује поступак остваривања и заштите како индивидуалних тако и колективних права. У општем режиму најважнији је Закон о раду, а у посебном режиму Закон о државним службеницима.[66] Међутим, осим ових закона, постоје и други закони који регулишу неку другу област друштвеног живота у којима се налазе одредбе о специфичностима престанка радног односа (нпр. Закон о полицији, Закон о војсци...).

Осим закона за отказ уговора о раду, значајни су и поједини правилници које углавном доноси изабрана власт, а којима се регулишу основна питања

[63] *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[64] „Грађанин слободно бира занимање и запослење и слободно одлучује о престанку рада." „Радног односа нема без слободе рада." „Право на рад је динамично право, те је као такво оно у перманентном развоју." Више у: П. Јовановић, 132 и 136.

[65] Према ставу Комитета за примену конвенција и препорука МОР-а, „сигурност запослења чини основни аспект права на рад". – Internacional Labour Comference (ILC), 59th Session, Procection againc unjustified dismisalint e nacional Labour Office, Geneva, 1995, став 375.

[66] Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 і 95/2018).

о престанку радног односа против воље запосленог. Осим когентних норми, за отказ уговора о раду који је иницирао послодавац важно је напоменути и аутономне изворе од којих су нарочито значајни колективни уговори[67] и правилници (правилник о раду[68]и правилник о организацији и систематизацији послова).[69] Мада је битно напоменути да ови аутономни акти ретко у пракси садрже одредбе о отказу.

### 3.1. Оправдани разлози за престанак радног односа на иницијативу послодавца

У Србији, која је ратификовала Конвенцију 158 о престанку радног односа, за разлику од терминологије Конвенције, Законом о раду прописани су оправдани разлози да би отказ уговора о раду од послодавца био законит. Међутим, наведеним законом прописани су и разлози који се не сматрају оправданим да би отказ био законит.[70]

У скоро свим државама, укључујући и Србију, постоје три групе разлога који се сматрају оправданим за отказ уговора о раду:

1. отказни разлози који се тичу способности запосленог,
2. отказни разлози који се односе на понашање запосленог и
3. отказни разлози који се односе на потребе послодавца.

#### *3.3.1. Отказни разлози који се односе на способности запосленог*

Запосленом се може дати отказ или због непоседовања знања и способности, или због неостваривања резултата рада, или ако нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради. Важно је истаћи и да знање и способност нису два посебна услова, већ су у нераскидивој симбиози. Они се своде на радну способност радника да успешно обавља разне послове и радне задатке независно од његове стручне спреме.[71] Неспособност за рад није привременог карактера, већ ће они постојати и у будућности, не

---

[67] Колективни уговори су битни јер се њима разрађују одредбе закона у погледу многих питања, укључујући и критеријуме за селекцију запослених који ће бити проглашени технолошким вишком.

[68] Правилник о раду је замена за колективни уговор о раду. Траје све до ступања на снагу колективног уговора о раду код послодавца.

[69] Општи правни акт послодавца ступа на снагу осмог дана од дана објављивања – Пресуда врховног касационог суда, Ревизија 2 1319/16 од 17. маја 2017. године, као и пресуда истог суда, Ревизија 2 213/18 од 12. октобра 2018. године.

[70] Има аутора који с правом истичу да је „можда сувишно законом предвиђати и неоправдане разлоге". П. Јовановић, 334.

[71] Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, „Почетак и крај радног односа", *Судска пракса Врховног Суда Србије, Заснивање и престанак радног односа*, прилог 3. Београд, 1999. године, стр. 11

може се рачунати да ће се брзо обновити, што не значи да је она и трајна.[72] Оба разлога за оправдани отказ уговора о раду морају се што објективније утврдити.[73]

Закон не прописује поступак утврђивања наведених разлога. Сматрамо да је добра пракса да се то пропише колективним уговором. Треба предвидети да стручна комисија, коју одлуком образује послодавац ако сам не може да утврди знања и способности запосленог, оцени да ли запослени поседује одређена знања и способности.

### *3.3.2. Отказни разлози који се односе на понашање запосленог*

Запослени може добити отказ уговора о раду у случајевима: 1) ако постоји правоснажна одлука суда о кривичном делу на раду или у вези с радом, 2) ако се не врати на рад у року од 15 дана од наступања одређених околности, 3) ако учини повреду радне обавезе, 4) ако не поштује радну дисциплину.

Наведени случајеви престанка радног односа тичу се иницијативе послодавца и настају због скривљеног понашања запосленог.

#### 3.3.2.1. Престанак радног односа због правоснажне одлуке суда за извршено кривично дело у вези с радом

Код овог основа за престанак радног односа на основу отказа добијеног од послодавца одлучујућа је чињеница за оправдан отказ правноснажна одлука суда. Значи то је услов да би отказ био законит, што је иначе став судске праксе.[74] Наиме, постојање овог услова у складу је с поштовањем људских права и слобода, а код овог основа то је правна сигурност и претпоставка невиности („свако се сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком суда”).[75]

У судској пракси код утврђивања овог основа престанка радног односа суд није везан правном квалификацијом већ чињеницама, из чега произилази закључак да суд цени законитост отказа не наводећи кривично дело

[72] Sandra Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija (Pravni fakultet u Zagrebu, 2011. godine, str. 166)

[73] У судској пракси изражени су ставови поводом утврђивања чињеница да запослени не остварује неочекиване резултате рада и да нема потребна знања и способности. Ове чињенице морају се утврдити на основу претходно прописаних критерија којима се тај основ за оправдан отказ уговора о раду квалификује – Пресуда Врховног суда Србије, Ревизија 4735/93 од 19. јануара 1994. године. Преузето из : Зоран Ивошевић, „Судска пракса у споровима из радних односа”, *Пракса Врховног суда Србије*, Београд, 1999, стр. 134.

[74] То је и схватање Врховног суда Србије које је утврђено на седници Грађанског одељења 30. новембра 2004. године.

[75] Члан 34, став 3 (правна сигурност у казненом праву) Устава Србије из 2006. године. Више у: Б. Шундерић, Кажњавање пре осуде, Радно и социјално право, бр. 1-6/2004, стр. 46–50

као отказни разлог већ као неко друго скривљено противправно понашање запосленог које је наведено у решењу о отказу туженог послодавца.[76]

Приликом давања отказа послодавац мора водити рачуна и о року застарелости који је прописан кривичним законодавством за конкретно кривично дело, што значи да се, осим правоснажне судске одлуке за кривично дело на раду или у вези с радом, мора водити рачуна и о испуњености овог услова.

3.3.2.2. Престанак радног односа ако се запослени не врати на рад

Ако се запослени не врати на рад у року од 15 дана од дана истека рока мировања радног односа, то јест неплаћеног одсуства које користи родитељ, усвојилац, хранитељ или старатељ док новорођено дете не наврши три године живота. Ово упућује на закључак да послодавац, по ставу судске праксе,[77] има дискрециоино право да одлучи да ли ће конкретном лицу за скривљено понашање дати отказ или не, без обзира на то што су испуњени услови за законит отказ јер се ради о оправданом отказном разлогу.

3.3.2.3. Престанак радног односа због повреде радне обавезе

Због поштовања начела законитости важно је да повреда радне обавезе унапред буде утврђена у одговарајућем правном акту. Сматрамо да повреде радне обавезе треба да утврђује послодавац.

Овакав став произилази из дисциплинских овлашћења послодавца која су тесно повезана с управљачким овлашћењима.[78] То своје овлашћење послодавац може реализовати у општем акту или уговором о раду јер он најбоље познаје природу посла којим се професионално бави, иако се изричито третирају и лакше повреде радне обавезе.[79]

Закон о раду Србије набраја најтипичније повреде радне обавезе (несавесно извршавање радних обавеза, злоупотреба положаја, нецелисходно коришћење средстава рада). Из наведеног произилази да послодавац може дати отказ запосленом и на основу оваквих повреда обавеза на раду које је прописао законодавац,[80] без обзира на то што наведене повреде радне оба-

---

[76] Више у Предраг Трифуновић, „Кривично дело као отказни разлог", *Правни информатор*, бр. 2/2008, Intermex, Београд, стр. 64

[77] Пресуда Врховног касационог суда, Рев 2 730/10 и Рев 2 1555/10 од 2. јуна 2010. године

[78] Више о односу ових овлашћења: Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет у Београду, 2013. године, стр.176–190, 361–375.

[79] Сматрамо да ипак кроз одређивање дисциплинских санкција то прећутно признаје.

[80] Непотребно је да се листа повреда радне обавезе утврђује законом, то је дисциплинско овлашћење послодавца. Више у Joell.G.III, *Every Emloioyees Guide to the Law*, Pantheon Books, New York, 1996, стр. 231, П.Јовановић, 337.

везе није регулисао општим актом (колективним уговором или правилником о раду) или уговором о раду.[81]

Тешко је наћи дефиницију повреде радне обавезе. Иста постоји ако запослени чињењем или нечињењем прекрши акте о радној дисциплини. Значи, запослени ће дисциплински бити одговоран ако повреду радне обавезе учини својом кривицом.

Да би отказ био законит, потребно је да послодавац прецизно наведе време, место и начин на који је повреда извршена. Повреда радне обавезе мора да се изврши у току радног времена и на месту рада. Изузетно, то може бити ван радног времена и ван радног места свакодневних радних активности (нпр. ако је запослени на неком облику стручног усавршавања, ако је на службеном путу, ако учествује на радничким спортским играма и сл.).

Терет доказивања да је запослени извршио повреду радне обавезе је на послодавцу.

#### 3.3.2.4. Престанак радног односа због повреде радне дисциплине

Радна дисциплина се различито дефинише код разних аутора. Радна дисциплина се може посматрати у објективном и субјективном смислу. У субјективном смислу, то је подређивање запосленог кућном реду и налозима послодавца.[82] Непоштовање радне дисциплине може се дефинисати као противправно скривљена повреда главне или споредне обавезе коју запослени има на раду или у вези с радом.[83] Тешко је повући линију разграничења између повреде радне обавезе и непоштовања радне дисциплине, то се не може урадити прецизно. Ипак, непоштовање радне дисциплине је „свако девијантно понашање које није у непосредној и директној вези са испуњавањем радне обавезе (нпр. крађа на раду, туча, недолазак на посао, непоштовање налога и упутства послодавца)".[84]

Према неким схватањима, неизвршавање налога послодавца „заузима највише место у хијерархији могућих тежих повреда радних обавеза".[85] Да

---

[81] Послодавац ужива аутономију у регулисању повреда радних обавеза, тако се најбоље уважавају специфичности одређене радне средине. Више у M. E. Banderet, „Discipline at the workplace: A comparative study of Law and practice The sources and substance of disciplinary Law", *International Labour Review* број 3, 1986, стр. 264 и 265.

[82] Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радноī ūрава Јуīославије и основни ūроблеми социолоīије рада*, Београд, 1971, стр. 271

[83] Никола Тинтић, *Радно и социјално ūраво*, Књига прва; радни односи (II), Загреб, 1972, стр. 587

[84] Предраг Трифуновић, „Нови Закон о раду, Два спорна питања субординације", *Билūен Врховноī касационоī суда*, бр. 3/2015, стр. 263

[85] V. Vraneš, L. Dear, *La vupture abusive du contrat de travail – Theories et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010, стр. 189

би послодавац донео законито решење о отказу, потребно је да запослени неоправдано одбије извршење упутства, налога послодавца.

Запосленом припада право на плаћено одсуство с рада ако је због болести или повреде привремено спречен да извршава послове код послодавца. Међутим, ово право запослени може да злоупотреби. Ако се то догоди, под условом да се докаже да је боловање злоупотребљено, онда је то разлог за престанак радног односа.[86]

Да би се дао законит отказ запосленог зато што је злоупотребљавао право на плаћено одсуство због привремене спречености за рад, злоупотребу морају утврдити надлежни органи, укључујући и суд.

## 4. ЗАКЉУЧАК

Престанак радног односа на иницијативу послодавца регулисан је Конвенцијом МОР-а бр. 158, Препоруком бр. 166, актима Савета Европе и Европске уније и националним законодавством (како законима из области рада, тако и аутономним актима послодавца).

Конвенција бр. 158 МОР-а о престанку радног односа на иницијативу послодавца садржи детаљне одредбе о овом институту радног права, остављајући мало простора за националну регулативу. Донета је веома касно, а врло мали број држава чланица МОР-а ју је ратификовао (око 36). Представници послодаваца приликом усвајања истицали су да Конвенција даје врло широк спектар заштите радника. Препорука бр. 166 МОР-а регулише нека питања која нису могла бити усвојена у Конвенцији. У Европској унији врло мали број држава (око 10) ратификовао је наведену конвенцију. ЕУ није успела да усвоји посебну директиву о престанку радног односа, већ је усвојила Директиву 98/59 ЕЗ (20. 7. 1998), којом се регулише колективно отпуштање запослених које је на почетку овог века врло изражено не само у Србији већ и у другим европским државама.

Ревидирана Европска социјална повеља из 1996. заштиту од неоправданог отказа не сврстава у најважнија већ у остала права.

У Србији је ратификована Конвенција бр. 158. Закон о раду детаљно регулише овај основ престанка радног односа уз примену одредаба Конвенције, али и аката Савета Европе и ЕУ. Међутим, сматрамо да је непотребно нормирала отказне разлоге за повреду радне обавезе и радне дисциплине

[86] У Србији Закон о раду и колективни уговори не наводе понашања којима се злоупотребљава право на боловање, сматрамо да такво понашање представља и друштвено опасно, противправно понашање које се санкционише. Осим тога, могу наступити и грађанско-правне последице по запосленог (обустава исплате накнаде зараде, повраћај исплаћеног износа итд.).

као два самостална отказна разлога, па предлажемо да то буде један отказни разлог (понашање запосленог).

Сходно одредби Конвенције која се односи на терет доказивања постојања оправданих разлога за отказ, у Закон о раду треба унети одредбу у складу с ратификованом Конвенцијом. Треба увести, пре судске заштите, интерну заштиту код послодавца који има већи број запослених. Неопходно је да се због хитности парнице из радних односа скрате преклузивни рокови (за подношење тужбе запосленог и за доношење решења о отказу од послодавца). Уз упозорење о отказу добро је позвати запосленог како би се разјасниле околности из упозорења (то је пракса нпр. у Ирској, Француској). Потребно је да се, осим редовног отказа, у закон унесе и одредба о ванредном отказу, и то за случај изузетно тешких повреда правила понашања. То је у складу с чланом 7 Конвенције, а познају га и многа упоредна законодавства (Хрватска, Француска, Немачка). Осим радног учинка, треба прописати и друге критеријуме за утврђивање вишка запослених. Неопходно је да се отказни рок пропише и у случају повреде правила понашања и технолошког вишка, што је у складу с чланом 11 Конвенције бр. 158. Тужиоца и туженог треба подстицати на мирне методе решавања спора, нпр. медијацију. Послодавац који намерава да прибегне масовном колективном отпуштању морао би у елаборату навести доказе да постоје објективни разлози за ову врсту отказа, па зато предлажемо да и ова одредба буде унета у закон.

Позитивна законска решења о отказу добијеном од послодавца у Србији су генерално усклађена с међународним и упоредним стандардима. То се посебно односи на групе разлога због којих послодавац може отказати уговор о раду, као и о околностима које се не сматрају оправданим разлогом за отказ, а које су у складу с Конвенцијом бр. 158.

На крају сматрамо да је неопходна специјализација судова, представника запослених и послодаваца, јер су радни спорови врло специјализовани, па би било добро да спорове о поништењу решења о отказу суди специјализовано веће а не судија појединац. Пошто је судска заштита код ове врсте спорова неефикасна (бројни примери пред судом у Стразбуру), предлажемо формирање радног суда у Србији, јер ова институција постоји и у многим другим државама.

## ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Балтић А., Деспотовић М., *Основи радноī īрава Јуīославије и основни īроблеми социолоīије рада*, Београд, 1971.

Betten L., *International Labour Law*, Kluwer, 1993.

Betten L., Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50. бр. 3/2001.

Buklijaš B., Bilić A., *Međunarodno radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, 2006.

Blanpain, R., Decent Work in the European Union: Hard Goals, Soft Results, *Employee Rights and Employment Policy Journal*, vol. 15, бр. 1/2011.

Blanpain, R., *Labur Law and industrial Relations of the Eroupean Community*, Kluwer, Deventer, 1991.

Blanpain-B. R., *European Labour Law, Kluwwer* 2012.

Banderet M. E., *Discipline at the workplace*: A comparative study of Law and practice The sources and substance of disciplinary Law, International Labour Review број 3, 1986.

Vraneš V., Dear L., *La vupture abusive du contrat de travail* – Theories et applications, Bruylant, Bruxelles, 2010.

Gwyneth P., *Employment Law,* Sweet & Maxwell, London, 1995.

Zekić N., Job Security or Employment Security: What's in a Name, *European Labor Law Journal,* vol. 7, бр. 4/2016.

Ивошевић З., Ивошевић М., Почетак и крај радног односа, *Судска пракса Врховног суда Србије, Заснивање и престанак радног односа,* прилог 3, Београд, 1999.

Ивошевић З., *Судска пракса у споровима из радних односа*, Пракса Врховног суда Србије, Београд, 1999.

Internacional Labour Comference (ILC), 59 th Session, Procectionagainc unjustified dismisal intenacional Labour Office, Geneva, 1995.

Јашаревић С., Флексибилизација рада – решење или заблуда, *Зборник радова Правног факултета у НовомСаду*, vol. 46, бр. 4/2012.

Јовановић П., *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 2015.

Joell. G. III, *Every Emloioyees Guide to the Law*, Pantheon Books, New York, 1996.

J.B.C.R.O.N.I.N., „I.L.O. Recommendation 119: job security in Cyprus", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 17, 1968.

Ковачевић Љ., *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет у Београду, 2016.

Ковачевић Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет у Београду, 2013.

Kovačević D., G., Definicija kolektivnog viška radnika u europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu,* god. 54, 3/2017.

Лубарда Б., *Радно право* – расправа о достојанству нараду и социјалном дијалогу, Београд, 2012.

Laleta S., *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Zagrebu, 2011.

Николић А., *Међународно радно право*, Београд, 1985.

Обрадовић Г., О дерегулацији радних односа, *Тематски зборник радова*, књига 4, Правни факултет у Нишу, 2008.

Паравина Д., Престанак радног односа и нови Закон о раду Србије; Склад и несклад с правилима Међународне организације рада, *Радно и социјално право,* бр. 1-3/2002.

Polonca, Končar, Evropska socijalna listina (spremenjena), Kako je uresničujemo v Sloveniji, *Delavci in delodaljci*, vol. XV, бр. 2-3/2015.
Servais, J. M., International Labour Law, Walters-Kluwer, 2011, стр. 176
Трифуновић П., Кривично дело као отказни разлог, *Правни информатор*, бр. 2/2008, Intermex, Београд, 2008.
Трифуновић П., Нови Закон о раду, Два спорна питања субординације, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2015, 2015.
Тинтић Н., *Радно и социјално право*, Књига прва; радни односи (II) Загреб, 1972.
Фрнтић Д., Заштита права из радних односа пред Еуропским судом за људска права – правни оквир и судска пракса, *Радно и социјално право*, бр. 2/2018.
Flanadan R. J., *Worker rights in a global economy*, Oxford, 2006.
Hanesenne, M., *ILO Delovation on Fundamental Principles and Rights at work and its Follow-Up*, Geneva, 1998.
Heerma V. V. G., Haar B. T., Common Ground in European Dismissal Law, *European Labour Law Journal*, vol. 3, бр. 3/2012.
Hepple B., Dismissal Law in Context, *European Labour Law Journal,* vol. 3. бр. 3/2012.
Шундерић Б., *Право Међународне организације рада*, Правни факултет у Београду, 2001.
Шундерић Б., Функције послодавца, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002.
Шундерић Б., Кажњавање пре осуде, *Радно и социјално право*, бр.1-6/2004.
Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 і 95/2018 – аутентично тумачење)
Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017 і 95/2018).

*Milan M. Kostić*
*Ph.D. Student*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*milank3009@gmail.com*

## A Termination of Employment by Being Dismissed by an Employer

***Abstract**: A termination of employment by being dismissed by an employer is the most delicate form of an employment termination. As such, in the modern Labor Law, is mostly regulated by a state regulation. The legislator is in obligation, during regulating of this institute, to adjust regulations related to termination of employment with the ratified international contracts, and certain directives during making the law are present in acts that do not fall under the process of ratification. Thus, in the paper, the review of the most important acts in the international and regional level is presented, and they regulate termination of employment by an employer's initiative, starting from the acts of the international labor organizations to the acts of the Council of Europe and Communitarian Law. In Positive Law of Serbia, the analyze of justified dismissal reasons in a contract by an employer has been made.*

***Keywords:** dismissal by an employer, dismissal period, justified dismissal reasons, legal dismissal consequences*

Датум пријема рада: 29.10.2019.
Датум достављања коначне верзије рада: 24.09.2020.
Датум прихватања рада: 06.04.2021.

# ПРИКАЗИ

Приказ 342(497.6)
doi:10.5937/zrpfns55- 32244

*Дарко З. Симовић*
*Криминалистичко-полицијски универзитет, Београд*
*darko.simovic@kpu.edu.rs*

# ПРИКАЗ МОНОГРАФИЈЕ „УСТАВНИ ЛАВИРИНТ – АПОРИЈЕ УСТАВНОГ СИСТЕМА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ", АУТОРА ПРОФ. ДР ГОРАНА МАРКОВИЋА

У монографској студији под називом „Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине", на 573 странице текста у издању Службеног гласника, аутор Горан Марковић пружа свеобухватну анализу уставног система Босне и Херцеговине. Без обзира на то што постоји и развија се већ више од четврт века, чини се да је уставни систем дејтонске Босне и Херцеговине тек са рукописом Горана Марковића добио адекватну и потпуну монографску студију. С једне стране, његова изузетно комплексна природа представљала је готово несавладиву препреку за иначе мали број оних су претендовали да на свеобухватан начин анализирају и представе уставни систем Босне и Херцеговине. С друге, имајући у виду да је његова структура последица грађанског рата, литератури посвећеној уставном систему Босне и Херцеговине недостајала је научна објективност, будући да је сваки аутор, сагласно својој националној припадности или политичком опредељењу, имао ограничен и сужен видокруг изучавања уставног права, прожимајући га низом, мање или више, острашћених вредносних судова. Такве недостатке нема рукопис Горана Марковића, будући да се он и овим делом потврђује као зрео конституционалиста, који је о уставном систему Босне и Херцеговине писао, у свом досадашњем маниру, крајње објективно и скрупулозно.

Како је већ наговештено у првим редовима овог приказа, Горан Марковић је у својој монографкој студији приказао целину уставног система Босне и Херцеговине, обухватајући уставну материју на свим нивоима власти. Наиме, аутор пружа комплетну слику вертикалне структуре власти која обухвата централни, савезни ниво Босне и Херцеговине, ниво ентитета, кантона, Брчко Дистрикта и локалне самоуправе. Према томе, већ на основу тог обележја, може се закључити да је реч о подухвату вредном пажње, који

је несумњиво настајао током вишегодишњег истрајног, темељног и продубљеног промишљања о свим аспектима уставног система Босне и Херцеговине.

Горан Марковић је материју уставног система Босне и Херцеговине представио у оквиру дванаест логично структуираних целина. Прва глава посвећена је изворима уставног права Босне и Херцеговине, а начин на који је та тема обрађена разоткрива методолошки приступ аутора кога се доследно придржавао у целом тексту. Наиме, текст је растерећен свих историјских елемената који по правилу више замагљују, него што разјашњавају особености уставног система Босне и Херцеговине. Различите историјске „истине" доприносе деформисању научне анализе, па су досадашњи текстови о уставном праву Босне и Херцеговине углавном идеолошки и национално обојени. У том смислу, Горан Марковић је избегао такве замке и определио се да, без пребирања по спорним историјским догађајима, понуди своје виђење позитивног уставног права Босне и Херцеговине, за које је јасно да није национално етикетирано нити политички опредељено. Дакле, аутор је настојао да пружи превасходно позитивноправну анализу уставног система Босне и Херцеговине, при чему се одмах могло запазити да он не посматра искључиво писано слово устава, већ прати развој и функционисање свих институција у пракси. Тај образац с почетка ове монографске студије, карактеристичан је и за остали део текста. Друга глава посвећена је уставима Босне и Херцеговине и ентитета, док су у трећој глави обрађени основни принципи уставног уређења. Потом је уследила анализа људских права, при чему је аутор, у оквиру исте главе, указао на особености институције омбудсмана у Босни и Херцеговини. Пета, шеста и седма глава посвећене су организацији власти у Босни и Херцеговини, Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине. Следи глава посвећена уставном судству које се анализира на централном и ентитетском нивоу. Посебна, девета глава посвећена је изборном систему Босне и Херцеговине, при чему је као посебна тематска целина издвојен само изборни закон Републике Српске. У десетој глави аутор пружа своје виђење правне природе државног уређења Босне и Херцеговине и ентитета. Особености правног положаја дистрикта Брчко приказани су у оквиру једанаесте главе, док је теми локалне самоуправе посвећена последња, дванаеста глава.

Приметно је да, за разлику од претежнијег дела босанскохерцеговачке уставноправне литературе, која се по правилу фокусира искључиво на један сегмент уставног система, Горан Марковић подједнаку пажњу посвећује савезном и ентитетским уставним системима. На тај начин, плурални и изузетно комплексни уставни систем, метафорично назван лавиринтом, демистификован је и учињен разумљивим чак и за читаоца који не располаже продубљенијим знањима о уставном праву Босне и Херцеговине. Аутор је обухватио све делове уставне материје и то на начин да прво приказује правне

норме, а потом их, не остајући на нивоу дескрипције, педантно и критички анализира. О сваком питању изнета су различита теоријска гледишта, при чему аутор јасно и смело износи своје ставове без обзира на то колико они одударали од неких општеприхваћених места и стереотипа у уставноправној књижевности Босне и Херцеговине. На тај начин, ова монографска студија је изузетно инспиративна, будући да је о сваком елементу уставне материје приказан читав спектар различитих, при томе, добро пробраних, релевантних гледишта. Отуда, верујемо да ова монографска студија има потенцијал да допринесе распламсавању научне полемике, која ће неминовно водити и бољем разумевању уставног права Босне и Херцеговине. Имајући у виду да је Горан Марковић, руководећи се једино мерилом релевантности, све време указивао на различите теоријске погледе, ова студија уједно је и одличан оријентир за даља истраживања о овој теми.

Премда је доминантан позитивноправни приступ анализе, комплексност и оригиналност уставног система Босне и Херцеговине наметала је примену упоредног метода, али и метода који нису уобичајени за правне науке, као што је политиколошки метод. Аутор је с пуним правом сматрао да је мултиметодолошки приступ нужан, поготово у науци уставног права. При томе, аутор је нашао праву меру при обухватању материје коју анализира, будући да није упао у замку претерано детаљистичког излагања, које би за читаоца било несумњиво заморно. Аутор негује леп стил писања, изражава се једноставним и питким језиком, тако да је читање ове студије право задовољство. Отуда, она неће бити корисна и занимљива само онима који имају непосредно интересовање за уставно право, већ и свима онима који се, премда нису део научне и стручне јавности, руководе знатижељом и настојањем да спознају начин правног организовања и функционисања Босне и Херцеговине.

Имајући у виду да су целовите и свеобухватне студије из области босанскохерцеговачког уставног права реткост, усуђујемо се да предвидимо да ће монографска студија „Уставни лавиринт – апорије уставног система Босне и Херцеговине", аутора проф. др Горана Марковића бити незаобилазно штиво за све оне који се убудуће буду бавили уставним правом те државе. Мада нас је већ насловом своје публикације упозорио на то да је потпуно разумевање уставног права Босне и Херцеговине изазован и тешко достижан циљ, својим педантним аналитичким и списатељским даром Горан Марковић успео је да нас проведе кроз тај лавиринт, тако да убудуће можемо и сами, унеколико једноставније, да се сналазимо приликом кретања кроз његове ходнике. Садржинска комплексност ове монографске студије, као и оригинални закључци који се провлаче кроз читаво штиво, несумњиво промовишу Горана Марковића у прво перо међу конституционалистима Босне и Херцеговине.

Датум пријема рада: 15.05.2021.
Датум прихватања рада: 15.06.2021.

Приказ 336.22(437.3)
doi:10.5937/zrpfns55-32233

*Cvjetana M. Cvjetković Ivetić*
*University of Novi Sad*
*Faculty of Law Novi Sad*
*C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs*

# MICHAL RADVAN: „CZECH TAX LAW"
## MASARYK UNIVERSITY, BRNO 2020, 110 PAGES

In this book the author presents basic concepts of tax law and provides basic information on Czech tax system. Although the author stressed that this book is primarily intended for foreign students who study Czech tax law at Czech universities, its readership is significantly wider. Namely, it will be of use for scientists and students around the world who study comparative tax law. Having in mind that national borders do not longer limit undertaking of economic activities, i.e. having in mind the fact that increasing number of persons generate income and own movable and immovable property outside their country of residence, this book will be of use to all taxpayers in Czech Republic and those who will become one.

The book is divided into fifteen parts. In the first part the author points out that legal science in Czech Republic have only recently admitted the independent existence of tax law as a branch of law. The author also determines the object and method of legal regulation of tax law and presents relationship between tax law and other branches of law, as well as sub-branches of tax law. In the second part the author determines the meaning of terms „taxes" and „fees", their structural components, main classifications and system of taxes and fees in Czech Republic. The third part is devoted to the personal income tax, i.e. tax whose object of taxation is: income from dependent activity, income from independent activity, capital property income, rental income and other income. Each of these incomes is described individually as well as exempt and income not liable to tax. In the fourth, i.e. fifth section the author briefly considers social security and health contributions, i.e. corporate income tax. The author, in the sixth part, pays considerable attention to the immovable property tax which consists of two, respectively, three parts: land tax, building tax and flats and non-residential premises (space) tax as a part of building tax. Title of the seventh part is Road tax and other charges on using roads, while title of eighth part is gambling tax. In the ninth part, the author presents the basic elements of levy on electricity from solar radiation and explains the reasons for introducing this levy in Czech tax system. Tenth part is devoted

to the VAT – the most typical indirect tax. Due to the fact that Czech regulation of VAT follows the EU directives, the author briefly presents basic elements of VAT. More attention is paid to the selected excise taxes in the eleventh part. In twelfth part the author deals with local charges and competence of local government in defining the amount of these charges. Next part presents the other charges collected in the Czech Republic – administrative, court, ecological and other charges. Title of fourteenth part is Tax administration. In this section the author defines terms „tax process”, „tax administration” and „tax proceedings” and presents main solutions, i.e. basic terms and principles used in Tax Procedural Code (general act dealing with tax administration). Also, in this part tax assessment procedure and tax payment are explained, as well as administrative and judicial remedial instruments. Finally, in the last, the fifteenth part, the author points out that Czech Republic tries to solve problem of double taxation by concluding international treaties and explains methods of double taxation prevention, as well as measures if there is no double taxation prevention treaty.

This book can especially be of interest to scientific and expert public in Serbia, having in mind that Czech Republic, like Serbia, created completely new tax system in late 1980s and in early 1990s that has been adjusted to modern market economies. Therefore, this book can be a valuable source of information during further development of Serbian tax system.

Although the author in this book does not tackle theoretical and practical problems, he managed to explain basics of substantive tax law and procedural tax law in Czech Republic in a simple and understandable way. By writing in the English language, which is practically lingua franca, the author removed language barriers when learning about Czech legal system, thus selflessly sharing his knowledge in the field of tax law with his colleagues, students, and other readership.

We can conclude that the author properly dealt with the topic defined in the title, i.e. this book not only offers information about Czech tax system, but also contributes to better understanding of certain concepts of tax law, primarily the subject of tax law, method of tax law legislation, etc.

Датум пријема рада: 14.05.2021.
Датум прихватања рада: 16.06.2021.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
Нови Сад, 29. април 2021. године
Посл. бр. 0101-184/1

На основу чл. 54, 55 и 58 Правилника о уређивању и издавању часописа Зборник радова у Новом Саду, а сходно одлуци Сената Универзитета у Новом Саду, бр. 04-29/28-13-1 од 25. 3. 2021. године, главни уредник доноси

ОДЛУКУ
О ОПОЗИВУ (РЕТРАКЦИЈИ) РАДОВА

Опозивају се радови доц. др Александра Мартиновића објављени у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду:

1. Мартиновић, А. [2006]. Правци реформе државне управе у Републици Србији у процесу државно-правне, политичке и економске транзиције. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 40(2), 155-176.
2. Мартиновић, А. [2007]. Реформа државне управе у Републици Србији у процесу државно-правне, политичке и економске транзиције. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 41(1-2), 291-311.
3. Мартиновић, А. [2007]. Положај грађана у управном поступку. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 41(3), 325-344.
4. Мартиновић, А. [2008]. Државна управа Републике Србије и европски административни простор. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 42(1-2), 657-676.
5. Мартиновић, А. [2009]. Права грађана у управном поступку у контексту реформе државне управе у Републици Србији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 43(2), 435-456.

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ

Услов за објављивање рукописа у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду је да предати рукопис није претходно објављен.

Одлуком Сената Универзитета у Новом Саду бр. 04-29/28-13-1 од 25. 3. 2021. године констатовано је да радови наведени у изреци ове одлуке представљају копије претходно објављеног рада истог аутора: Мартиновић, А. [2005]. Реформа државне управе у Републици Србији у процесу државно-

правне, политичке и економске транзиције. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 39(3), 255-275) и то тако што је: у раду Мартиновић, А. [2006]. Правци реформе државне управе у Републици Србији у процесу државно-правне, политичке и економске транзиције. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 40(2), измењен наслов и делимично поднаслови; рад Мартиновић, А. [2007]. Реформа државне управе у Републици Србији у процесу државно-правне, политичке и економске транзиције. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 41(1-2), потпуно је исти; у раду Мартиновић, А. [2007]. Положај грађана у управном поступку. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 41(3), измењен је наслов; у раду Мартиновић, А. [2008]. Државна управа Републике Србије и европски административни простор. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 42(1-2), измењен је наслов и сажетак (и додата једна кључна реч); у раду Мартиновић, А. [2009]. Права грађана у управном поступку у контексту реформе државне управе у Републици Србији. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*, 43(2), измењен је наслов, делимично сажетак и додат пасус у уводним напоменама.

Доц. др Александар Мартиновић се по овом питању, а у вези чл. 54, 55 и 58 Правилника о уређивању и издавању часописа Зборник радова у Новом Саду, није изјашњавао.

На основу напред изнетог донета је одлука као у изреци.

Главни уредник
проф. др Слободан Орловић

Доставити:
- доц. др Александру Мартиновићу
- Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду
- А/А
- објавити извод ове одлуке на веб сајту Зборника радова Правног факултета у Новом Саду и у првој наредној свесци Зборника радова Правног факултета у Новом Саду

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*

др Урош Станковић, др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић, др Сандра Самарџић, др Иван Милић, др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, Николина Мишчевић, Владан Мирковић, Слобода Мидоровић, Милица Ковачевић, Стефан Радојчић.

*Компјутерска обрада текста*

Владимир Ватић, „Графит”

*Штампа:*

„Футура”, Нови Сад
*Тираж:* 100 примерака

2021