

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

NOVI SAD FACULTY OF LAW SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА

COLLECTED PAPERS

LVIII

3/2024



НОВИ САД 2024

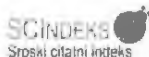
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
декан Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Владимир Марјански

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
доступан је у више електронских база:



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

LVIII 3 (2024)

НОВИ САД, 2024.

ЗРПФНС, година LVIII Нови Сад, бр. 3 (2024)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ TABLE OF CONTENTS

<i>Драјан Л. Милков, Рајко С. Рагошевић</i> Прикупљање процесног материјала и терет доказивања у управном поступку .	517
<i>Гордана М. Дракић, Урош Н. Сijanковић</i> Настанак српских законика (1827–1865): сећања савременика	541
<i>Маша М. Кулаузов, Милан М. Милујић</i> Опште одредбе и судска организација по Законику о грађанском судском поступку Србије из 1865. године	569
<i>Валентијина В. Цвејковић-Ђорђевић</i> Деконструкција римског права и конструкција позитивног права	583
<i>Саво Д. Манојловић</i> Специфичности управног спора и поступка по уставној жалби	597
<i>Александар Д. Тодоровић</i> Границе кривичноправне инкриминације и начело законитости код бланкетних кривичних дела против привреде	621
ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ	
<i>Miro A. Gardaš, Marko A. Repić</i> Estates in Slavonia after World War II	645
<i>Višnja Z. Lachner, Ljubica M. Kordić</i> Matrimonial Rights and the Expectations Related to Marriage in Newspaper Ads by the End of the 19 th and Early 20 th Centuries in Croatia	659
<i>Марко Љ. Ромић</i> Начело заштите легитимних очекивања у управном поступку	679
ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ	
<i>Гордана З. Крсић</i> Злостављање и мучење од стране полицијских службеника из угла јавног тужилаштва	697

<i>Александар Б. Васиљевић</i> Сто година од Нацрта Конститутивне повеље: правно уређење до X века и његов одраз на актуелни извор права	719
<i>Јелена В. Сјанисављевић</i> Насиље над студентима: резултати истраживања спроведеног на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу	737
<i>Ђорђе Б. Марјановић</i> Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јав- ном скупу	755

Драјан Л. Милков
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Milkov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8302-5163

Рајко С. Радошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

ПРИКУПЉАЊЕ ПРОЦЕСНОГ МАТЕРИЈАЛА И ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: Прикупљање процесног материјала у управном поступку обезбеђује чињеничну базу потребну за доношење одлуке. Опређено је исцрпним начелом, које се у управном поступку показује као важеће, али не и ајсолутивно, без изузетака. У раду се, у том контексту, сагледава и проблем терета доказивања, у своја два основна значења. Спрото, традиционално схватање, у складу са којим исцрпно начело управног поступка неира терет доказивања, у смислу терета извођења доказа, релативизује се улоом странке у утврђивању чињеничног стања. Принципи у складу са којим се терет доказивања, схваћен као ризик неразјашњености чињеница, дели између органа управе и странке, спрам тога да ли се доноси обавезујући или овлашћујући управни акти, прихвата се пак условно, као типичан, али не и свеобухватан, с обзиром на то да није примерен за решавање свих управних ствари.

Кључне речи: управни поступак, исцрпно начело у управном поступку, доказивање у управном поступку, терет доказивања у управном поступку.

* Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години, у оквиру Пројекта „Правна традиција и нови правни изазови“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

1. УВОД

За доношење одлуке у управном поступку прикупљање процесног материјала има пресудан значај, јер без чињеничне грађе ни примена права у конкретном случају није могућа. Правни силогизам потпун је једино онда када се уз велику премису, органу управе претпостављено познату, у виду опште правне норме, утврди и она мала, у виду чињеничног стања.

Садржина мале премисе правног силогизма не мора увек да буде позната органу управе. У многим случајевима она мора посебно да се испита, а спорне чињенице морају да се докажу. На који начин, остаје да се види у наставку рада. Његов циљ, да будемо мало прецизнији, састоји се у трагању за одговорима на неколико основних питања. Ко то треба да прикупи процесни материјал у управном поступку? Ко треба да докаже одређене спорне чињенице? Шта се дешава онда када то није могуће? На чији терет пада неразјашњеност правно релевантних чињеница и неизвесност у погледу њиховог постојања?

На путу ка одговорима, покушаћемо најпре да утврдимо како је у управном поступку уређено прикупљање процесног материјала. У наставку, објаснићемо укратко и правила о доказивању. Начелно нормирање прикупљања процесног материјала и доказивања послужиће као основа за завршни део рада, у којем остаје да се објасни и најтежи проблем – терета доказивања. С обзиром на то да се у науци управног права терету доказивања посвећује веома мала пажња, мораћемо да се ослонимо и на схватања других правних наука – грађанског процесног права и кривичног процесног права – у оној мери у којој је то неопходно како бисмо добили почетни терминолошки и појмовни оквир за разумевање овог проблема.

У раду полазимо од неколико основних теза. Начин прикупљања процесног материјала у управном поступку опредељен је применом истражног начела. Ова теза теорије управног права требало би да се покаже као исправна и у нашем важећем праву. Проблем је, међутим, њена последица, у складу са којом странке у управном поступку, због примене истражног начела, немају никакав терет доказивања – онда када се он схвати као терет извођења доказа. Наш став ипак је мало другачији: истражно начело управног поступка нема апсолутни карактер, уређено је на специфичан начин, уз одступања и изузетке, због чега ни тврдње о његовој неспојивости са теретом извођења доказа, потекле из науке грађанског процесног права, не смеју да се прихвате апсолутно и некритички.

О специфичностима управног поступка води се нешто више рачуна онда када се терет доказивања сагледава као ризик неразјашњености чињеничног стања. Принцип који је развила наука управног права, у складу са којим се штетне последице *non liquet* ситуације деле између органа управе и странке, спрам тога да ли се доноси обавезујући или овлашћујући управни акт, делује

логично и прихватљиво. Али само као типичан, као израз онога што је за управни поступак карактеристично – никако као свеобухватан, јер свим управним поступцима и решавању свих управних ствари није примерен.

2. О ПРИКУПЉАЊУ ПРОЦЕСНОГ МАТЕРИЈАЛА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Сваки правни поступак има свој предмет, из којег црпи своју суштину. Тако је и са управним поступком, у којем се решавају управне ствари. Сми-сао управног поступка састоји се у доношењу одлуке о правима и обавезама странке, у једној специфичној и појединачној ситуацији. Та одлука, која се јавља као резултат претходно спроведене управне процедуре, има карактер управног акта, одговарајућег степена, својства и снаге.

Читава концепција управног акта, према мишљењу многих аутора, створена је по узору на судски акт.¹ Основна сличност произлази из њиховог односа према општој правној норми – закону. У оба случаја, доношењем ових појединачних правних аката, општа правна норма примењује се на конкретну ситуацију.² Концепција управног акта и управног поступка сматра се само преношењем концепције судске одлуке и судског поступка у област вршења управне власти, како би, у правној држави, управа била подведена под право на исти начин као и суд.³

Примена закона увек подразумева подвођење појединачних случајева под опште правне норме.⁴ Управа стога, супротно психолошком схватању, није само делатна функција државне власти, за разлику од судске, која би била интелектуална. Ако судија резонује тако што један посебан случај подводи под опште правило, онда би то морало да важи и за управу, с обзиром на то да логички процес закључивања тече на идентичан начин. У логичком смислу речи, примена закона није ништа друго до дедуктивно закључивање, у облику силогизма, а чувени судски силогизам лако би могао да се назове и управним.⁵

¹ Драган Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983, 16.

² Драган Милков, „Управни и судски акт“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, 95/1993, 262.

³ Ратко Марковић, *Управно право, Општи гео*, Београд 2002, 48.

⁴ „Општа норма, која, за извесне апстрактно одређене услове, везује извесне апстрактно одређене последице, треба да буде индивидуализирана и конкретизована да би дошла у додир са друштвеним животом, да би била примењена у стварности.“ (Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе* [превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић], Београд 2010, 222)

⁵ Александар Мартиновић, *Појам управе у српској управној науци*, Београд 2004, 92. „Обављање управе своди се на три операције: *прву*, да се утврди чињенично стање; *другу*, да се чињенично стање подведе под правну норму; *трећу*, да се на основу тога донесе управни

Логика нас учи томе да је силогизам специјална форма закључивања, која се састоји из две премисе и њима условљеног закључка. Једна премиса – велика – општег је карактера, а друга – мала – посебног.⁶ У правном силогизму, велика премиса била би општа правна норма, док би у малу премису улазиле чињенице конкретног случаја. Закључак би била сама одлука: појединачан правни акт, који настаје као резултат подвођења чињеница под општу правну норму.

Да би правни силогизам имао неку вредност, није довољно да буде само логички исправан. Његова вредност произлази из вредности самих премиса, која се, формалном ваљаношћу силогизма, преноси на закључак. У том смислу, велика премиса, као норма, мора да буде важећа, добро изабрана и протумачена, а чињенице које чине малу премису морају да буду добро утврђене, оцењене и квалификоване.⁷

Потешкоће у примени права мање су онда када треба да се одреди садржина велике премисе, захваљујући традиционално прихваћеном принципу *iura novit curia*. Суд познаје право, а иста претпоставка важи и за органе управе. Потешкоће настају онда када треба да се утврди садржина мале премисе, с обзиром на то да орган не мора да зна све чињенице које су подлога за доношење одлуке. Оне се, како нам то лепо описује Лазо М. Костић, „збивају ван његовог службеног делокруга а он није аутомат који бележи све што се догађа и што може доцније бити од правног значаја“.⁸

Проблем утврђивања чињеница у поступку решава се применом посебно осмишљених процесних начела: расправног и истражног. Разлика између њих тиче се иницијативе за прикупљање процесног материјала. У складу са расправним начелом, иницијативу имају странке, а у складу са истражним – орган који води поступак.⁹ Расправно начело подразумева заправо то да су само странке овлашћене и одговорне за уношење процесног материјала у поступак. У складу са истражним начелом, обрнуто од тога, орган који води поступак има овлашћење и дужност да прикупља процесни материјал, упркос неактивности странака – чак и против њихове воље. Истражно начело, другим речима, значи то да орган који води поступак има дужност да истражује стварне ствари и зато је једини одговоран за чињеничну подлогу одлуке.¹⁰

акт, тј. да се реши конкретна управна ствар. Тако се управа обавља по истом систему по којем се обавља и судство, тј. судска власт.“ (Р. Марковић, 95-96)

⁶ Михаило Марковић, *Логика*, Београд 2000, 72.

⁷ Јасминка Хасанбеговић, „О правном силогизму“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2-3/1996, 168.

⁸ Лазо М. Костић, *Административно право*, Сабрана дела, Други том, Београд 2000, 437-438.

⁹ Драган Милков, *Управно право II, Управна делатност*, Нови Сад 2017, 179.

¹⁰ Марко С. Кнежевић, *Расправно начело у српском јарничном процесу*, Београд 2016, 1-2.

У правној теорији сматра се да истражно начело важи и у управном поступку.¹¹ Оно је владајуће и основно начело о расподели одговорности за утврђивање чињеничног стања, коју, као такво, додељује органу управе. Разлог за то је веза која постоји између управног поступка и заштите јавног интереса.¹² У управном поступку орган управе мора да следи јавни интерес и зато мора да расветли чињенично стање, потпуно и тачно.¹³ Расправно начело, чисто и доследно, у управном поступку никада није ни било прихваћено, јер се коси са његовим смислом и његовом суштином.¹⁴

У потпуно чистом облику и сасвим доследно, међутим, у управном поступку није прихваћено ни истражно начело. Супротна тврдња никако не би била тачна – отворено примећује Иво Крбек.¹⁵ Изузеци од истражног начела постоје, јер се у управном поступку не штити искључиво јавни интерес – штити се и интерес странке.¹⁶ Зато се сматра да је истражно начело доминантно, карактеристично и претежно заступљено. Али не и једино, јер ни расправно начело није сасвим потиснуто.¹⁷

Владавина истражног начела свакако не искључује учешће странака у утврђивању чињеничног стања.¹⁸ Она не значи то да је утврђивање чињеница искључиво пренето на орган управе. Остваривање појединачних и ужих интереса захтева од странке да се и она у одређеној мери укључи и ангажује.¹⁹ Да и она томе, искористимо још једном Костићеве речи, „нешто припомогне“.²⁰ Правила која то траже и омогућавају модификују истражно начело, у духу расправног, али истовременим важењем расправног начела, тешко би могла да се назову. Само једно од антиподних начела може да важи, а то је у управном поступку ипак истражно, чак и уз изузетке. Учешће странке није негација истражног начела, јер се, без обзира на посебна правила и одступања, крајња одговорност за утврђивање чињеничног стања задржава на органу управе.²¹

¹¹ Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967, 239.

¹² Peter Badura, „Das Verwaltungsverfahren“, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. Hans-Uwe Erichsen, Wolfgang Martens), Berlin – New York 1979, 289; Michael Holoubek, „Rechte, Lasten und Pflichten von Beteiligten und Behörden im Verwaltungsverfahren – zur Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes“, in: *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* (Hrsg. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann), Baden-Baden 2002, 194.

¹³ Raimund Brühl, *Überblick über das Verwaltungsverfahrenrecht*, s. l. 2019, 23.

¹⁴ Д. Милков (2017), 179.

¹⁵ Ivo Krbek, *Stranka u upravnom postupku*, Zagreb 1928, 63.

¹⁶ Л. М. Костић, 483.

¹⁷ I. Krbek (1928), 63; Никола Стјепановић, *Административно право ФНРЈ, Општи и гео*, Београд 1954, 376-377; Slavoljub Popović, *Upravno pravo, Opšti deo*, Beograd 1982, 520-521.

¹⁸ P. Badura, 290.

¹⁹ M. Holoubek, 200-201.

²⁰ Л. М. Костић, 484.

²¹ M. Holoubek, 204. „Наиме, може се рећи да је законодавац при уређењу одређене материје конкретизовао антиподна начела, али само док се то схвата моделски. Међутим,

У контексту заштите јавног интереса, истражно начело најчешће се објашњава начелом материјалне истине. У управном поступку, зарад заштите јавног интереса, тежи се ка утврђивању материјалне истине, ка којој би истражно начело и требало да води.²² То су начела која иду упоредо, допуњују се и једно другом служе.²³ Сазнање материјалне истине сазнање је које одговара стварности. Да би се до њега дошло, неопходно је да се утврди право стање ствари, без обзира на то да ли поједине чињенице иду у прилог странке или на њену штету.²⁴ Сматра се зато да доследно трагање за материјалном истином нужно доводи до примене истражног начела.²⁵

У трагању за материјалном истином, применом истражног начела, орган управе утврђује чињенично стање по службеној дужности. Или, како се то понекад истиче, у складу са начелом официјелности.²⁶ То, међутим, не значи да се истражно начело поистовећује са начелом официјелности – или обрнуто. Између њих, уз сличности, свакако постоје и разлике. Смисао начела официјелности нешто је другачији и нарочито долази до изражаја приликом покретања управног поступка – по службеној дужности. Смисао истражног начела специфичан је и увек исти, без обзира на то како се поступак покреће – по службеној дужности, или на захтев странке. У сваком управном поступку орган управе стара се о јавном интересу и зато истражује чињенично стање, како би утврдио материјалну истину.²⁷

ако се говори о важећем начелу, онда није могуће да се каже да она (антиподна) начела равноправно важе, па макар и за поједине ситуације.“ (М. С. Кнежевић, 18)

²² I. Krbek (1928), 59.

²³ Ј. М. Костић, 484. Ни начело материјалне истине у управном поступку није без изузетака. И овде је важно питање у којој мери је у конкретном поступку ангажован приватни интерес. Ако он преовлађује, сматра Костић, орган управе неће ићи у крајност и неће пошто-пото инсистирати на изналажењу материјалне истине. (*Ibid.*)

²⁴ Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о опшћем управном поступку са судском праксом и рејсиром појмова*, Београд 2017, 127. Појам истине, у праву, тешко је дати. Утврђивање истине „са собом носи опасност од западања у проблеме које правник редовно тешко може да реши, иако је дефинисање појма истине доста омиљено управо код правника“. (М. С. Кнежевић, 39) У праву, појам истине нема онај значај који има у формалној логици. За правни силогизам прва брига није то да буде истинит, већ законит, праведан итд. (Ј. Хасанбеговић, 166) „У правном свету нема чињеница ‚по себи‘, нема ‚апсолутне‘ чињенице – постоје само чињенице које су утврдили надлежни органи по поступку који је прописало право. [...] Само тиме што су прво утврђене путем једног правног поступка, чињенице улазе у сферу права или, такорећи, добијају егзистенцију у тој сфери. Формулишући то на донекле парадоксалан начин, могли бисмо рећи да надлежан орган утврђивањем чињеница које представљају услове правно ‚ствара‘ те чињенице.“ (Х. Келзен, 223)

²⁵ Н. Стјепановић, 376. „Види се, дакле, да начело материјалне истине није ништа друго до моделско истражно начело.“ (М. С. Кнежевић, 274)

²⁶ Rudolf Thienel, Eva Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Wien 2009, 149.

²⁷ P. Badura, 289; S. Popović, 520.

У истраживању чињеница, видели смо, има право да учествује и странка. Оно је заправо израз једног посебног начела – права странке на изјашњење. Одлука у управном поступку не може да се донесе пре него што се странци пружи могућност да се изјасни о свим чињеницама.²⁸ У погледу чињеница које су подлога за одлуку, у правној држави за странку не би сме-ло да буде било каквих изненађења.²⁹ Странка није пуки објект поступка, као у полицијској држави.³⁰ Истражно начело, другим речима, не значи стари, инквизиторни модел поступка, у којем странка нема положај процесног субјекта.³¹ Без обзира на примену истражног начела, странци се гарантује активна позиција, али њеним тврдњама орган управе није везан, као ни њеним доказним предлозима.³² Овлашћен је и дужан да истражује истину и поврх њених активности, а то је кључно.³³

Како би се утврдило стварно стање ствари, органу управе мора да се остави одређена слобода у оцени доказа.³⁴ Када оцењује доказе, орган управе није везан строгим правилима, а доказна снага појединих доказних средстава не зависи од њихове формалне квалификације, него од истинитости њихове садржине.³⁵ Начело слободне оцене доказа сматра се стога нераз-друживим од начела материјалне истине.³⁶ За њено сазнање, оно је нужно, као и истражно начело.³⁷ Заједно чине једну складну целину, дајући тон целокупном прикупљању процесног материјала у управном поступку.

У том истом тону, чини се, писан је и наш Закон о општем управном поступку (ЗУП). Начела истине и слободне оцене доказа изричито се помињу и нормирају заједно, као целина. Орган је дужан да правилно, истинито и потпуно утврди све чињенице и околности које су од значаја за законито и правилно поступање у управној ствари, одлучујући по свом уверењу које чињенице узима као доказане, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно, свих доказа заједно и резултата целокупног поступка.³⁸ Чи-

²⁸ Р. Марковић, 307.

²⁹ R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 187.

³⁰ Л. М. Костић, 485.

³¹ М. С. Кнежевић, 23.

³² Н. Ј. Wolff, 240; Р. Badura, 289; Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011, 501.

³³ М. С. Кнежевић, 23.

³⁴ З. Р. Томић, 128.

³⁵ R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 186.

³⁶ Л. М. Костић, 485.

³⁷ Н. Стјепановић, 377.

³⁸ Закон о општем управном поступку (ЗУП), *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС, чл. 10. Више о начелима управног поступка: Зоран Ј. Лончар, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди“, у: *Хармонизација српској и мађарској права са њравом Евројске уније* (уредник Љубомир Стајић), Књига V, Нови Сад 2017, 379-400.

њенице и околности од значаја за поступање у управној ствари, дакле, утврђује орган, а податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, посебно се наглашава, прибавља по службеној дужности, као и исправе које се налазе код неког другог органа.³⁹ Изнете одредбе истовремено указују на важење истражног начела, иако се оно у нашем ЗУП-у изричито не помиње. У контексту утврђивања чињеничног стања, оне упућују на активну улогу органа управе, не само онда када се прибављају чињенице из службене евиденције, него и шире од тога, генерално гледано.⁴⁰

Активну улогу органа управе, међутим, прати и активна улога странке. И то не она која произлази из права странке на изјашњење, које јој се начелно гарантује и у нашем управном поступку.⁴¹ Она произлази из дужности странке да чињенично стање, на којем заснива свој захтев, изнесе тачно, потпуно и одређено, те дужности да за своје наводе, уколико се не ради о општепознатим чињеницама, предложи доказе и поднесе их, ако је то могуће. Не мора, додуше, да прибави оне доказе које може да прибави сам орган, нити уверења и друге исправе које органи нису ни дужни да издају. Странци која се позива на одређену исправу, овлашћено службено лице може да наложи да је поднесе, ако њоме располаже или може да је прибави.⁴²

Описана активна улога странке у утврђивању чињеничног стања, зарад заштите сопственог интереса, као што смо већ видели, могла би да створи утисак о томе да у управном поступку, поред истражног, важи и расправно начело, бар у одређеној мери. Но важењем расправног начела, видели смо такође, она тешко може да се објасни. Суделовање странке у утврђивању чињеничног стања можда јесте инспирисано расправним начелом, али не

³⁹ ЗУП, чл. 102, ст. 1, чл. 103 и чл. 122, ст. 8. Прибављање података по службеној дужности, о чињеницама о којима се води службена евиденција, смештено је у контекст начела делотворности и економичности поступка. (ЗУП, чл. 9, ст. 3) Оно се, међутим, бар у подједнакој мери, ако не и првенствено, тиче иницијативе за прикупљање процесног материјала.

⁴⁰ Истражно начело није се изричито помињало ни у претходном ЗУП-у, али су га тадашње одредбе ипак јасније осликавале, у смислу генерално прописане могућности да се докази изводе по службеној дужности: „Службено лице које води поступак може у току целог поступка употпуњавати чињенично стање и изводити доказе ради утврђивања и оних чињеница које у поступку нису биле изнете или нису утврђене. Службено лице које води поступак наредиће по службеној дужности извођење сваког доказа ако нађе да је то потребно ради разјашњења ствари.“ (Закон о општем управном поступку [Претходни ЗУП], *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010, чл. 126, ст. 1 и 2) Садашњу лаконску формулацију, у складу са којом „орган утврђује чињенице“, требало би да схватимо, чини се, на исти начин. У супротном, како ће то орган утврдити чињенице, ако не може да изводи доказе по службеној дужности.

⁴¹ „Странци мора да се пружи прилика да се изјасни о чињеницама које су од значаја за одлучивање у управној ствари. Без претходног изјашњавања странке може се одлучити само када је то законом дозвољено.“ (ЗУП, чл. 11)

⁴² ЗУП, чл. 102, ст. 2-4 и чл. 122, ст. 1.

би требало да негира важење истражног. У супротном, негирала би се и одговорност органа управе за утврђивање чињеничног стања, она крајња и дефинитивна, нужна за заштиту и остваривање јавног интереса, у сваком управном поступку, што значи и оном који се води на захтев странке. Оним што странка наведе и понуди орган управе начелно не сме да буде везан. Дужан је, зарад заштите и остваривања јавног интереса, да све то провери и испита. Једном речју, истражи, како би утврдио истину и прикупио процесни материјал, неопходан за доношење одлуке.

3. ДОКАЗИВАЊЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Прикупљање процесног материјала може да се одвија на више начина, предузимањем различитих процесних радњи. Најважније су ипак оне које су и намењене томе и повезане у посебну фазу управног поступка. Њима се ствара супстрат одлуци, основа за примену опште правне норме и решавање управне ствари. То су процесне радње чији се смисао и огледа у утврђивању чињеница и сазнању правога стања ствари, због чега се и део поступка у којем су концентрисане назива испитним.⁴³

Посебна фаза, посвећена утврђивању чињеница, није део сваког управног поступка. Има управних ствари које могу да се реше и непосредно, у скраћеној процедури. До тога обично долази онда када је чињенично стање јасно и расветљено, у толикој мери да је испитни поступак сувишан.⁴⁴ У управном поступку, за разлику од судских поступака, то није тако ни ретко – напротив.⁴⁵ Када, међутим, ствари нису тако јасне и расветљене, испитни поступак мора да се спроведе, а чињенице морају да се утврде – да се докажу. Испитни поступак и није ништа друго до процес доказивања, уз активно учешће странке, наравно.⁴⁶

Доказивање је скуп процесних радњи које служе томе да се стекне уверење о постојању одређених чињеница, коришћењем различитих извора сазнања, тј. доказних средстава. Да би биле предмет доказивања, те чињенице морају да буду правно релевантне и спорне. Правно су релевантне зато што произлазе из меродавних материјалноправних прописа, као чињенице од којих зависи доношење одлуке у конкретном случају. Спорне су пак зато што њихово постојање није извесно и несумњиво. Онога тренутка када постану потпуно извесне и несумњиве, сматраће се доказаним, што се ре-

⁴³ Р. Марковић, 368-369.

⁴⁴ *Ibid.*, 371.

⁴⁵ Драган Милков, „Доказивање у управном поступку“, *Гласник Адвокајске коморе Војводине*, 7-8/1993, 10.

⁴⁶ З. Р. Томић, 428.

довно и тражи. Потпуно доказане не морају да буду само изузетно: онда када је довољно да буду вероватне, такве да више аргумената говори у њихов прилог, него против њих.⁴⁷

Процесни пут који води ка доношењу одлуке и у нашем управном поступку обухвата ове две уобичајене варијанте. Једна је непосредно одлучивање, нормирано таксативним набрајањем случајева у којима је оно могуће и дозвољено. Друга је испитни поступак, намењен свим осталим случајевима, у којима, уопштено гледано, у поступку непосредног одлучивања не могу да се утврде правно релевантне чињенице, или пак странкама мора да се пружи прилика да се посебно изјасне, ради заштите својих права и правних интереса.⁴⁸ Доказивање почиње онда када орган установи које су то чињенице правно релевантне и спорне, како би могле да се утврде доказима.⁴⁹ Међу доказним средствима наводе се и нормирају: исправе, сведоци, вештачење, увиђај и изјава странке.⁵⁰ Изузетно, ако је тако прописано законом, о управној ствари може да се одлучи на основу чињеница које су учињене вероватним – које нису потпуно утврђене или се утврђују само посредно.⁵¹ Мимо тих посебно прописаних изузетака, закључујемо по супротности, правно релевантне чињенице морају да буду утврђене потпуно и извесно.

У својој укупности, правно релевантне чињенице граде чињенично стање – чињеничну подлогу одлуке и малу премису правног силогизма. Чињенично стање треба да омогући правни силогизам, јер без потребних чињеничних утврђења ни примена права није могућа.⁵² У начелно постављеним оквирима за прикупљање процесног материјала и доказивање у управном поступку, правила о томе како се долази до мале премисе правног силогизма употпуњена су и заокружена правилима о терету доказивања.

⁴⁷ Д. Милков, „Доказивање у управном поступку“, 10-11. Попут појма истине, правна теорија релативизује и потпуну извесност у погледу постојања правно релевантних чињеница. Истиче се како апсолутна извесност није нужна, нити могућа: одлучујући је онај степен вероватности који се граничи са извесношћу. (R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 182)

⁴⁸ ЗУП, чл. 104, чл. 106, ст. 1.

⁴⁹ ЗУП, чл. 116, ст. 1 и 2. „Не доказују се општепознате чињенице. Не доказују се ни чињенице чије постојање закон претпоставља. Дозвољено је доказивати да оне не постоје, ако законом друкчије није одређено.“ (ЗУП, чл. 116, ст. 3 и 4)

⁵⁰ ЗУП, чл. 118-134. У важећем ЗУП-у изостала је ранија одредба према којој су као доказна средства могла да се употребе сва она средства која су подесна за утврђивање стања ствари и која одговарају поједином случају. (Претходни ЗУП, чл. 149, ст. 2) Из ње се јасно видело да круг доказних средстава није затворен и да су изричито побројана доказна средства само примери, оних најчешћих и уобичајених. Садашње одредбе указују на супротно – на ограничени број изричито набројаних доказних средстава, што никако није у складу са начелом материјалне истине.

⁵¹ ЗУП, чл. 116, ст. 5.

⁵² М. С. Кнежевић, 38.

4. ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Уопштено гледано, учење о терету доказивања углавном полази од ситуације у којој мала премиса правног силогизма остаје непозната, а чињенице, без обзира на спроведено доказивање, остају недовољно разјашњене. Ситуација у којој правно релевантне и спорне чињенице не могу да се утврде са сигурношћу, тако да буде јасно да ли су тврдње о њиховом постојању истините, или нису, традиционално се назива *non liquet* ситуацијом.⁵³ У смислу једне почетне, уопштене и поједностављене представе, може да се каже како су правила о терету доказивања метод за превазилажење такве ситуације. Она су средство које служи томе да се одлука донесе упркос овој кризи спознаје о истинитости чињеничних тврдњи, указујући на то ко треба да доказује садржај одређене тврдње и ко сноси ризик њене недоказаности.⁵⁴

Учење о терету доказивања нарочито је развијено у науци грађанског процесног права, а описана *non liquet* ситуација доводи се у везу са његовом објективном варијантом. Објективни терет доказивања концепт је окренут ка суду и ступа на сцену по окончању расправљања и доказивања, у ситуацији која се, гледано из угла правног силогизма, сматра „патолошком“ и безизлазном, с обзиром на то да неизвесност у погледу постојања спорних чињеница води ка неизвесном закључку о наступању одговарајуће правне последице. Тада цео правни силогизам даје неупотребљив резултат, који показује како је правна последица можда наступила, а можда и није; како је тужбени предлог можда основан, а можда и не, те се можда усваја, а можда и одбија. Излаз нуде једино посебне норме о терету доказивања, секундарне природе, које, у виду фикције, чињенично стање и тада третирају као да је разјашњено.⁵⁵ Оне су посебан метод који омогућава суду да и у таквој ситуацији изврши своју дужност, пружи правну заштиту и донесе одлуку, примењујући посебна правила о томе како се ризик недоказаности одређених чињеница дели између странака.⁵⁶

⁵³ *Ibid.*, 44-45.

⁵⁴ Снежана Бркић, „Терет доказивања у кривичном и парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 1/2012, 301-302.

⁵⁵ М. С. Кнежевић, 44-50.

⁵⁶ Гордана Станковић, „Терет доказивања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 47/2006, 7-9. Уколико није прописано другачије, странку која тврди да има неко право погађа ризик недоказаности оних чињеница које су битне за настанак или остваривање тог права. Странку која оспорава постојање неког права погађа пак ризик недоказаности оних чињеница које су спречиле настанак или остваривање тог права, односно услед којих је оно престало да постоји. (*Ibid.*, 9) Тако су правила о објективном терету доказивања последње средство, које омогућава суду да одреди чињеничну основу своје пресуде, а недоказаност чињенице која је била предмет доказивања, у крајњем исходу, иде не штету једне од странака, што је у двостраначки организованом поступку неминовно. (Ранко Кеча, „О терету доказивања у парничном поступку“, *Зборник радова ПФНС*, 3/2013, 83, 87)

За разлику од објективног, субјективни терет доказивања и сагледава се из угла странака и то већ на почетку поступка, кроз питање која би од њих уопште и требало да предложи доказе за одређене чињенице. И овде, међутим, одговор води ка објективном терету доказивања: предлагањем доказа странка коју погађа ризик неразјашњености смањује могућност настанка *non liquet* ситуације и избегава губитак спора. Субјективни терет доказивања јавља се тако као последица потенцијалне примене правила о објективном терету доказивања, као прави процесни терет странке, а не дужност, јер је предлагање доказа свакако у њену корист.⁵⁷

Изложено учење указује на то да објективни терет доказивања не зависи од начела која се односе на прикупљање процесног материјала. *Non liquet* ситуација може да настане како онда када важи расправно начело тако и онда када се примењује истражно. Субјективни терет доказивања, насупрот томе, сматра се директном последицом примене расправног начела, у складу са којим само странке предлажу доказе, а суд нема овлашћење да их изводи по службеној дужности. При важењу расправног начела, утврђивање чињеница зависи искључиво од активности странака. Од њихове активности, у наставку, зависи и настанак саме *non liquet* ситуације, која странкама и намеће терет предлагања доказа, како би избегле губитак спора.⁵⁸

Уколико питање о терету доказивања поставимо ауторима кривичног процесног права, добићемо нешто другачији одговор. Сазнаћемо најпре то да се уместо о правом процесном терету говори о правој процесној дужности странке – да докаже одређене чињенице.⁵⁹ Под теретом доказивања, мало прецизније речено, подразумева се одређивање процесног субјекта који је дужан да поднесе или изведе конкретне доказе, односно укаже на постојање одређених доказних средстава и потребу за њиховим коришћењем.⁶⁰

У амбијенту поделе на адверзијални и мешовити кривични поступак, овај пут, прави се разлика између формалног и материјалног терета доказивања. Правна дужност доказивања одређене чињенице сматра се формалним

⁵⁷ М. С. Кнежевић, 63-64.

⁵⁸ *Ibid.*, 45, 64. Указује се ипак и на један други угао гледања, у односу на онај уобичајени. Ако се на субјективни терет доказивања гледа из угла интереса странке, онда он може да постоји и онда када важи истражно начело. И тада странке предлажу доказе, мотивисане сопственим интересом, тако да би то био један *de facto* субјективни терет доказивања, иманентан сваком поступку. „И поред наведеног, треба остати код традиционалног схватања субјективног терета доказивања и везати га само за расправно начело. Ако странке и само оне предлажу доказе, оне имају заиста прави субјективни терет доказивања. Обрнуто, уколико и суд има дужност да *ex officio* изводи доказе, тешко да се може говорити о правом терету странака.“ (*Ibid.*, 64-65)

⁵⁹ Vanja Bajović, „Teret dokazivanja u krivičnom postupku“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, III deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2013, 246.

⁶⁰ Milan Škulić, „Teret dokazivanja u krivičnom postupku“, *Pravni život*, 9/2018, 517.

теретом доказивања и везује се за адверзијални поступак, у којем суд има у виду само оне чињенице које су странке изнеле и доказале. Овако схваћен терет доказивања није спојив са применом истражног начела, када суд грађу за доношење одлуке не добија искључиво од странака. Истражно начело негира формални терет доказивања, остављајући простор једино за онај материјални, заснован на интересу странке.⁶¹ Материјални, фактички терет доказивања пада на ону странку која би претрпела штету када одређена чињеница не би била утврђена.⁶²

Аутори који се баве кривичним процесним правом свесни су тога да правила о терету доказивања у кривичном поступку важе на један специфичан начин, имајући у виду његов предмет.⁶³ Правила грађанског процесног права не могу просто да се пренесу и примене на поступак у којем важи принцип *in dubio pro reo*.⁶⁴ Претходно и претпоставка невиности, свакако. У складу са тим, терет потпуног доказивања чињеница у кривичном поступку, слично парничним странкама, има само тужилац. Окривљеног, у том смислу, он никада не погађа. Окривљени начелно није ни дужан да било шта доказује, а чињенице које му иду у прилог не мора да учини извесним – довољно је да створи сумњу у њихово постојање.⁶⁵

У науци управног права, чини се, проблему терета доказивања посвећује се нешто мања пажња. Полазне представе, иако скромног обима, надовезују се ипак на све оно што је до сада изнето, а то нам првенствено показује немачка теорија. Немачки аутори потврђују нам тезу у складу са којом субјективни, тј. формални терет доказивања није спојив са истражним начелом управног поступка. Странке у управном поступку, упркос томе што учествују у утврђивању чињеничног стања, не подлежу терету извођења доказа, праћеном процесноправним последицама. Подлежу једино објективном, односно материјалном терету доказивања, који се и овде примењује.⁶⁶

⁶¹ V. Bajović, 252.

⁶² С. Бркић, 320.

⁶³ М. Škulić, 513.

⁶⁴ С. Бркић, 324.

⁶⁵ V. Bajović, 258. „Доследна примена правила *in dubio pro reo* свела би се на следеће: све чињенице које иду на терет оптуженог морају бити са извесношћу утврђене, а ако се тако не утврде узима се да оне не постоје. Обрнуто, за све чињенице које иду у прилог оптуженом, ако се појави сумња да би могле постојати, а не успе се та сумња са извесношћу искључити, има се узети да постоје.“ (С. Бркић, 324)

⁶⁶ Н. J. Wolff, 240-241; P. Badura, 290-291. У немачком Закону о управном поступку, истражно начело изричито је нормирано. У складу са њим, орган утврђује чињенично стање по службеној дужности, одређује начин и обим испитивања. Тврдњама странака и њиховим доказним предлозима није везан. Орган мора да узме у обзир све околности које су у конкретном случају релевантне, укључујући и оне које су повољне за странку. (Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVfG] in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 [BGBl. I S. 102], das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 [BGBl. 2024 I Nr. 236] geändert

Значај материјалног терета доказивања долази до изражаја тек онда када испитивање које спроводи орган управе не доведе до потребног резултата, зато што је чињенично стање, у битним тачкама, остало неразјашњено. Тако настала *non liquet* ситуација захтева посебно правило о томе на чију би штету неразјашњеност чињеница требало да иде. Терет доказивања, у том смислу, не испољава се као правило о доказима, већ о њиховом недостатку.⁶⁷

Уколико нека чињеница остане неразјашњена, упркос истражним напорима органа управе, терет њеног доказивања погађа оног учесника који се на њу позвао и који је из ње желео да изведе неку повољну правну последицу.⁶⁸ Материјалном терету доказивања стога не подлеже само странка, већ сваки процесни субјект, за постојање оних чињеница на којима заснива свој захтев, или оспорава туђи.⁶⁹ То би значило да терет доказивања у управном поступку може да падне и на странку, и на орган управе: на странку, генерално гледано, онда када се доносе овлашћујући управни акти, а на орган управе, онда када се доносе обавезујући.⁷⁰

Управни акт који је неповољан за странку орган управе може да изда само онда када чињенично стање одговара претпоставкама правне норме на којој се издавање тог акта и заснива. Уколико нека од тих околности не може да се утврди, обавезујући управни акт не сме да се изда, а то исто важи и за оне управне акте којима се стављају ван снаге претходно издати овлашћујући. Када странка захтева издавање овлашћујућег управног акта, претпоставке правне норме на којој се он заснива такође морају да буду испуњене. Уколико не могу да се докажу, недостатак доказа иде на њен терет, односно на терет подносиоца захтева. Могуће је да терет доказивања чак и тада погоди орган управе, али само ако странка има право на издавање одређеног управног акта и то само за оне претпоставке које настанак тог права спречавају.⁷¹

Погледи на правну природу овако постављених правила о терету доказивања нису јединствени. Правила о терету доказивања нису садржана међу нормама о немачком општем управном поступку и зато се одговор на питање о подели ризика недоказаности тражи у материјалном праву, из одговарајуће области. Материјални терет доказивања постоји онда када прописи материјалног права траже од конкретног процесног субјекта да докаже оне чињеничне претпоставке на којима се заснива очекивана правна после-

worden ist, § 24) У испитивању чињеничног стања, међутим, требало би да суделују и странке, а посебно да назначе њима познате чињенице и доказна средства. (VwVfG, § 26, Abs. 2)

⁶⁷ Carl Hermann Ule, Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln – Berlin – Bonn – München 1979, 143.

⁶⁸ Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015, 367.

⁶⁹ H. J. Wolff, 241.

⁷⁰ P. Badura, 291.

⁷¹ C. H. Ule, H. W. Laubinger, 143-144.

дица.⁷² Супротно мишљење износе аутори који сматрају да правила о терету доказивања имају процесноправни карактер, без обзира на то где су прописана – чак и онда када се налазе у прописима који иначе садрже материјалноправне норме.⁷³ Средњим путем, у покушају помирења ових супротстављених схватања, иду они који правило о терету доказивања не одвајају од правне норме чију примену треба да омогући, захваљујући чему прати и њену правну природу.⁷⁴

Органи управе и у аустријском управном поступку истражују материјалну истину, слободно оцењујући доказе, уз истовремено право странке на изјашњење.⁷⁵ За тамошње ауторе, то значи да орган управе има обавезу да утврди чињенично стање, која не сме да се пребаци на странку. Другачије је једино онда када се терет доказивања изричито намеће странци, посебним законом – тврде сасвим кратко, без даљег прецизирања о каквом терету се ради.⁷⁶ Без такве изричите одредбе, могло би једино да се говори о извесној обавези странака да суделују у утврђивању чињеница и то оних које без њиховог доприноса не би могле ни да се утврде, при чему би онда и неактивност странке орган управе могао да узме у обзир, по правилу на њен терет.⁷⁷

На неколико теза о терету доказивања, коначно, наилазимо и у домаћој науци управног права. О терету доказивања у управном поступку, с једне стране, говори се у уобичајеном контексту примене истражног и расправног начела. У духу немачког учења, указује се на то да формални терет доказивања у управном поступку не може прецизно да се утврди, већ једино објективни, или материјални, који је на ономе коме би неразјашњеност чињеничног стања била на штету. Ако би неразјашњеност чињеничног стања ишла на штету јавног интереса, већи терет доказивања био би на органу управе и обрнуто, на странци, ако би то било на њену штету. Једна типична, али не и апсолутна подела подразумевала би већи терет доказивања на органу управе онда када је поступак усмерен на издавање обавезујућег управног акта, односно на странци код издавања овлашћујућег.⁷⁸

⁷² Winfried Huck, Martin Müller, *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG*, Beck'sche Kompakt-Kommentare, München 2016, 144-145.

⁷³ Carl Hermann Ule, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966, 182.

⁷⁴ Hans-Hermann Peschau, *Die Beweislast im Verwaltungsrecht, Zur Verteilung des Aufklärungsrisikos im Verwaltungsprozeß*, Berlin 1983, 13.

⁷⁵ R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 184-187; Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987, 398; Bernd Wieser, „Das Verwaltungsverfahren in Österreich“, *Зборник радова ПФНС*, 1/2014, 385-386.

⁷⁶ R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 185; L. K. Adamovich, B. C. Funk, 398.

⁷⁷ R. Thienel, E. Schulev-Steindl, 185.

⁷⁸ Д. Милков, „Доказивање у управном поступку“, 14. Мало другачије речено: онај ко се позива на чињеницу која му иде у корист, без обзира на важење истражног начела, мора да отклони сумњу у њено постојање. (Ivo Krbek, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga, Funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962, 85-86)

До веома сличног резултата долази се и са друге стране – онда када се терет доказивања разматра у зависности од тога како је управни поступак покренут. Начелно се узима да терет доказивања лежи на странци онда када се управни поступак покреће по њеном захтеву. У случају покретања поступка по службеној дужности, насупрот томе, терет доказивања лежи на органу управе.⁷⁹

На први поглед, када се подвуче црта, изложена учења о терету доказивања делују повезано и усаглашено. Да ли је то заиста тако, нисмо сасвим убеђени. Нисмо сасвим сигурни у то да ли се увек мисли на исте појмове, без обзира на употребљену терминологију. Када је доказивање терет, а када обавеза? Да ли се субјективни и објективни терет доказивања разматрају на истој равни као и формални и материјални? Шта се посматра на формалном, а шта на фактичком нивоу? Када се тачно говори о једном, а када о другом?

Иако не сасвим јасно и доследно, изложена учења ипак указују на то да се терет доказивања сагледава из два основна угла. Из једног угла, терет доказивања посматра се кроз иницијативу за извођење доказа и даје одговор на питање ко то тачно треба да предложи доказе како би одређене чињенице могле да се утврде. У том контексту, терет доказивања сматра се директно повезаним са расправним начелом, које се и заснива на иницијативи странака за прикупљање процесног материјала. Посматрано из другог угла, терет доказивања постаје ризик недоказаности одређених чињеница, преточен у посебно правило које би и тада требало да омогући примену права и доношење одлуке. У контексту неразјашњености чињеничног стања, терет доказивања више не зависи од иницијативе за прикупљање процесног материјала: без обзира на примењено начело, битно је то што се није дошло до потребног резултата и степена уверења о постојању одређених чињеница. Остаје само да се види на чију штету – спрам тог додатног правила.

Став правне теорије о повезаности терета извођења доказа са расправним начелом негира његово постојање у управном поступку. Терет извођења доказа не постоји, до њега се ни не долази, јер се у управном поступку тај проблем решава у оквиру истражног начела и дужности органа управе да утврде материјалну истину. Утисак је ипак да се овим ставом не отклањају све недоумице и да се он заснива на потпуном занемаривању нечега што је очито: у управном поступку и странка иницира извођење доказа, јер за то има интерес, увек када би неразјашњене чињенице биле на њену штету. Чиме би то боље и исправније могла да се објасни та више пута поменута дужност странке да суделује у утврђивању чињеничног стања, ако не теретом извођења доказа? Он можда није тако чист и прави, као у парничном поступку, али ни истражно начело управног поступка није тако апсолутно, да би

⁷⁹ Р. Марковић, 382.

избрисало сваку иницијативу странке за извођење доказа, засновану на сопственом интересу или на претњи негативним процесним последицама.⁸⁰

Терет који произлази из неразјашњености одређених чињеница, упркос истражном начелу и дужности органа управе да утврди материјалну истину, сматра се могућим и у управном поступку. Могућом се, уколико то прихватимо, сматра сама *non liquet* ситуација, која би, неизбежно, морала да буде на штету оног процесног субјекта на којег указује правило о терету доказивања. То правило, међутим, и јесте проблем.

Управни поступак не може да се посматра једнообразно. Управне ствари исувише су разноврсне да би њихово решавање било уређено потпуно истим правилима. Зато постоје и посебна правила, уз она општа. Спрам конкретне управне материје, правила о терету доказивања могу да буду

⁸⁰ Дужност странке да суделује у утврђивању чињеничног стања праћена је одређеним последицама, односно санкцијама. Санкција може да буде посредна, у виду неповолне мериторне одлуке, која погађа странку због тога што чињенично стање није довољно разјашњено. Може да буде и непосредна, процесна, у виду процесне одлуке којом се, опет на штету странке, окончава поступање у тој управној ствари, без прилике да се уопште и дође до мериторног одлучивања. У првом случају, дужност суделовања јавља се као рефлекс потенцијалне *non liquet* ситуације. У другом случају, до *non liquet* ситуације неће ни доћи, јер ће неповолне последице погодити странку и пре тога. Било како било, без посебних процесних последица и без ризика од неповолне одлуке услед неразјашњених чињеница, формално прописана „дужност“ подношења доказа била би потпуно празна и бесмислена. У складу са нашим претходним ЗУП-ом, странка је заиста имала дужност да, под прописаним условима, предложи и по могућности поднесе доказе за своје наводе. Ту процесну дужност пратила је и процесна последица: уколико странка ни у накнадном року, након што ју је службено лице позвало да то учини, није предложила, односно поднела доказе, њен захтев се одбацивао, као да није ни поднет. (Претходни ЗУП, чл. 127, ст. 2 и 3) У новом ЗУП-у, ове одредбе су изостале, тако да није сасвим јасно да ли сличне процесне последице и даље могу да наступе, а у нашој литератури везују се једино за оне случајеве у којима је обавезно прилагање одређених доказа предвиђено посебним прописом. (З. Р. Томић, 320-321) Није сасвим јасно ни то да ли су такве последице уопште и исправне, будући да се кроз њих један у основи мериторни институт претвара у процесни, али то је већ питање које би захтевало много детаљније разматрање. У важећем ЗУП-у, о сличним последицама, које погађају странку, условно би ипак могло да се говори у контексту претходног доношења трошкова поступка, који се покреће њеним захтевом. Уколико посебни трошкови, попут трошкова за увиђај, вештачење, долазак сведока, могу са сигурношћу да се предвиде, орган може да наложи странци да у одређеном року унапред положи потребан новац. У супротном, орган може да одустане од извођења доказа или да обустави поступак, ако јавни интерес не захтева да се поступак настави. (ЗУП, чл. 86, ст. 2) Санкција за странку, дакле, могла би да буде и непосредна, процесна, ако се поступак обустави. Могла би да буде и посредна, ако због одустанка од извођења доказа буде донета по њу неповолна одлука. На посредне последице, које би по странку могле да наступе због неповолне мериторне одлуке, указују и правила о подношењу исправа: уколико странка, супротно ономе што јој је наложено, не поднесе исправу на коју се позвала, орган цени, спрам околности конкретног случаја, од каквог је то значаја за одлучивање о управној ствари. (ЗУП, чл. 122, ст. 1 и 3)

прописана за посебне управне поступке, специфично и прилагођено.⁸¹ Тек онда када тих посебних правила нема, релевантна постају она општа.

Правила о терету доказивања у нашем општем управном поступку, међутим, нису изричито прописана, а то је карактеристично и за наше управноправне узоре. О томе кога би требало да погоди терет недоказаности одређених чињеница закључује се из онога што је типично за управни поступак. Типично је пак то да у управном поступку учествује само једна странка. Њој се „супротставља“, условно речено, једино орган управе, у оној мери у којој мора да заштити јавни интерес. За разлику од улоге суда, његова улога није сасвим непристрасна – опредељена је потребом да се стара о томе да се јавни интерес оствари, или бар не угрози. Зато се и сматра да ризик недоказаности одређених чињеница у управном поступку може да падне и на доносиоца одлуке, а не само на странку. Типично је пак подељен спрам тога каква би одлука требало да се донесе – повољна за странку или неповољна, овлашћујућа или обавезујућа. Принцип који терет доказивања везује за странку, код овлашћујућих управних аката, односно за орган управе, код обавезујућих, поједнако се ослања и на начин покретања управног поступка, с обзиром на то да се овлашћујући управни акти редовно доносе на захтев странке, а они обавезујући по службеној дужности.

Понуђена објашњења, колико год да се чине логичним, остављају и одређене дилеме, на које мора да се скрене пажња. Теза о томе да било која одлука у управном поступку може да се донесе на штету јавног интереса, на први поглед, делује проблематично. Њена прихватљивост ипак произлази из неприхватљивости супротне тезе, по којој би штетне последице неразјашњеног чињеничног стања увек погађале странку.

Проблем је и то што се примена правила о терету доказивања не заснива искључиво на неразјашњеном чињеничном стању, него и на обавези да се одлука донесе, упркос томе. Да ли таква обавеза заиста постоји онда када се управни поступак води по службеној дужности? Онда када је поступак

⁸¹ Правила о терету доказивања, примера ради, изричито су прописана у пореском поступку, као посебном управном поступку. У складу са њима, Пореска управа сноси терет доказа за оне чињенице на којима се заснива постојање пореске обавезе, а порески обвезник за чињенице од утицаја на смањење или укидање пореза. Посебно се наглашава и то да сумња која проистекне због ускраћивања информација, односно недостављања доказа од стране пореског обвезника који је, у складу са Законом о пореском поступку и пореској администрацији, дужан да их достави Пореској управи, може у поступку утврђивања пореске обавезе да буде на његову штету. (Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 и 138/2022, чл. 51)

усмерен на издавање обавезујућег управног акта? Зар обавеза органа управе у тој ситуацији није баш супротна? Јесте, јер таква одлука не сме ни да се донесе, а учење о терету доказивања, у том делу, одједном постаје противречно. Ако основна норма не мора и не сме да се примени, зашто би се примењивала она секундарна, која, сама за себе, нема никакву сврху?

У сваком случају, та основна норма и јесте најважнија. Правило о терету доказивања, тамо где је неопходно, треба да омогући њену примену, онда када чињенично стање није довољно разјашњено. Секундарно правило мора зато да следи оно основно и да му буде прилагођено. Оно мора да се заснива на пажљивој анализи основне норме, прописаних правних последица и чињеница из којих се оне изводе. Пажљиво мора да се утврди које то чињенице омогућавају настанак одређених правних последица, а које то спречавају. Које чињенице условљавају стицање одређених права и обавеза, а које њихов престанак. Кога би, у наставку, требало да погоди то што конкретна чињеница, која условљава конкретну правну последицу, није утврђена. Типична правила о томе, заснована на ономе што је уобичајено, свакако су корисна. Али нису апсолутна и никако не могу подједнако да се протегну на све управне ствари, без изузетка – на све управне поступке и њихове фазе, првостепене и другостепене. И она морају да се прилагоде специфичностима појединих случајева. Нарочито онда када у управном поступку имамо више супротних странака, а не само једну. Такви предмети, суштински парнице, исправније би се решили, услед неразјашњеног чињеничног стања, аналогном применом правила о парничном поступку, јер су им она која иначе имамо у виду, потпуно непримерена.

5. ЗАКЉУЧАК

Одлучивање у управном поступку подразумева класичну примену права, у облику силогизма, као специјалне форме закључивања. Ваљаност одлуке, као резултата правног силогизма, зависи од ваљаности постављених премиса: велике, у виду опште правне норме, и мале, у виду чињеница конкретног случаја. Опште правне норме не би требало да буду проблем, јер их орган управе познаје. Чињенице, међутим, не мора да зна, због чега је потребно да се посебно утврде – у испитном поступку, доказивањем, увек када су правно релевантне и спорне.

Потешкоће у утврђивању чињеница у управном поступку решавају се применом истражног начела, у складу са којим прикупљање процесног материјала иницира сам орган управе. Истражно начело последица је ангажованог јавног интереса и нужности утврђивања материјалне истине. Зарад

заштите јавног интереса и утврђивања материјалне истине, орган управе сноси одговорност за утврђивање чињеничног стања.

Та одговорност није искључива, јер се у утврђивање чињеница, због заштите сопственог интереса, укључује и странка. Али јесте крајња и дефинитивна, јер наводима странке и њеним доказним предлозима орган управе није везан. Истражно начело управног поступка није апсолутно, од њега има извесних одступања, али, упркос томе, оно и даље важи. Све то, чини се, показује и наше право.

Начелно објашњење прикупљања процесног материјала и доказивања у управном поступку остало би недоречено, када не би било заокружено проблемом терета доказивања. Питању терета доказивања наука управног права посветила је веома малу пажњу. Приступ је очито, терминолошки и појмовно, обојен ставовима неких других правних наука, првенствено грађанског процесног права. Ти ставови нису увек сасвим јасни и доследни, нарочито онда када у разматрање узмемо и науку кривичног процесног права. Када се из њих извуче оно што је, чини се, заједнички именилац, указују ипак на то да терет доказивања може да се сагледа из два основна угла: као терет извођења доказа и као ризик који произлази из неразјашњености чињеничног стања – из *non liquet* ситуације.

Захваљујући важењу истражног начела, теорија управног права, посебно немачка, сматра да странке у управном поступку немају терет извођења доказа. Тај став, међутим, тако категорички изнет и преузет из теорије грађанског процесног права, не одговара специфичностима управног поступка, бар не у потпуности. У контексту управног поступка, прихватање таквог става значило би то да се улога странке у утврђивању чињеница потпуно занемарује. Значило би то да се потпуно занемарује свака иницијатива странке за извођење доказа, заснована на сопственом интересу. Још важније, значило би то да се занемарује и изричито нормирана дужност странке да учествује у утврђивању чињеничног стања.

О специфичностима управног поступка мора да се води рачуна и онда када се терет доказивања сагледава из другог угла – кроз ризик недоказаности одређених чињеница. У контексту недовољно разјашњеног чињеничног стања, истражно начело више не негира терет доказивања, који постаје посебно правило о томе кога погађају штетне последице *non liquet* ситуације, како би примена опште правне норме и тада била могућа.

Правило о расподели терета доказивања, међутим, у општем управном поступку изричито није нормирано – ни у нашем, ни у анализираном упоредном праву. Правна теорија изводи га ипак из онога што је за управни поступак карактеристично. У управном поступку обично постоји само једна странка, те се терет неразјашњеног чињеничног стања дели између ње и органа управе, спрам тога да ли се доноси овлашћујући, или обавезујући

управни акт; спрам тога, другачије речено, да ли се управни поступак води на захтев странке, или по службеној дужности.

Изложени принцип делује логично, али не даје одговор на све дилеме. Ако га прихватимо, онда то морамо да учинимо условно, свесни његове типичне, али не и свеобухватне вредности. Свесни његове сврхе, која треба да омогући примену неке друге правне норме, спрам које и правило о терету доказивања мора да се изведе: спрам природе конкретне управне ствари, спрам конкретних чињеница и конкретних правних последица.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Vajović Vanja, „Teret dokazivanja u krivičnom postupku“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, III deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2013.
- Бркић Снежана, „Терет доказивања у кривичном и парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2012.
- Келзен Ханс, *Ојциња теорија права и државе* (превели Радомир Д. Лукић и Милорад В. Симић), Београд 2010.
- Кеча Ранко, „О терету доказивања у парничном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2013.
- Кнежевић С. Марко, *Расправно начело у српском парничном процесу*, Београд 2016.
- Костић М. Лазо, *Административно право*, Сабрана дела, Други том, Београд 2000.
- Кубек Иво, *Stranka u upravnom postupku*, Zagreb 1928.
- Кубек Иво, *Pravo jugoslavenske javne uprave, III knjiga, Funkcioniranje i upravni spor*, Zagreb 1962.
- Лончар Ј. Зоран, „Основна начела управног поступка у Србији и европски правни стандарди“, у: *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније* (уредник Љубомир Стајић), Књига V, Нови Сад 2017.
- Марковић Михаило, *Лојика*, Београд 2000.
- Марковић Ратко, *Управно право, Ојциња гео*, Београд 2002.
- Мариновић Александар, *Појам управе у српској правној науци*, Београд 2004.
- Милков Драган, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983.
- Милков Драган, „Доказивање у управном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 7-8/1993.
- Милков Драган, „Управни и судски акт“, *Зборник Мајнице српске за друштвене науке*, 95/1993.
- Милков Драган, *Управно право II, Управна делатности*, Нови Сад 2017.
- Роровић Славољуб, *Управно право, Општи део*, Београд 1982.
- Станковић Гордана, „Терет доказивања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 47/2006.
- Стјепановић Никола, *Административно право ФНРЈ, Ојциња гео*, Београд 1954.

- Томић Р. Зоран, *Коментар Закона о општем управном поступку са судском праксом и рејсциром појмова*, Београд 2017.
- Хасанбеговић Јасминка, „О правном силогизму“, *Анали Правној факултетеа у Београду*, 2-3/1996.
- Škulić Milan, „Teret dokazivanja u krivičnom postupku“, *Pravni život*, 9/2018.
- Adamovich K. Ludwig, Funk Bernd-Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987.
- Badura Peter, „Das Verwaltungsverfahren“, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Hrsg. Hans-Uwe Erichsen, Wolfgang Martens), Berlin – New York 1979.
- Brühl Raimund, *Überblick über das Verwaltungsverfahrenrecht, s. I.* 2019.
- Detterbeck Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München 2015.
- Holoubek Michael, „Rechte, Lasten und Pflichten von Beteiligten und Behörden im Verwaltungsverfahren – zur Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes“, in: *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* (Hrsg. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann), Baden-Baden 2002.
- Huck Winfried, Müller Martin, *Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG*, Beck'sche Kompakt-Kommentare, München 2016.
- Maurer Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2011.
- Peschau Hans-Hermann, *Die Beweislast im Verwaltungsrecht, Zur Verteilung des Aufklärungsrisikos im Verwaltungsprozeß*, Berlin 1983.
- Thienel Rudolf, Schulev-Steindl Eva, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Wien 2009.
- Ule Carl Hermann, *Verwaltungsprozessrecht*, München und Berlin 1966.
- Ule Carl Hermann, Laubinger Hans-Werner, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Köln – Berlin – Bonn – München 1979.
- Wieser Bernd, „Das Verwaltungsverfahren in Österreich“, *Зборник радова Правној факултетеа у Новом Сагу*, 1/2014.
- Wolff J. Hans, *Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozessrecht)*, München und Berlin 1967.

Извори

- Закон о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени лист РС*, бр. 30/2010.
- Закон о општем управном поступку, *Службени лист РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.
- Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени лист РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021 и 138/2022.
- Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist.

Dragan L. Milkov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Milkov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-8302-5163

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

Collecting Facts and Burden of Proof in Administrative Procedure

Abstract: *Gathering facts and means of proof in administrative procedure provides the factual basis necessary for making an administrative decision. The process of collecting facts and means of proof in administrative procedure is determined by the principle of investigation, but not in an absolute manner, without any exceptions. This is the context in which the burden of proof in administrative procedure is examined, having in mind its two basic aspects. Following the principle of investigation, the burden of proof, as a burden of production of proof, is traditionally denied in administrative procedure. An effort is made to show that this strict view is not entirely acceptable and that it has to be questioned by considering the role of the party in the process of determining the facts. On the other hand, the burden of proof can be seen as a risk of factual deficit (of non liquet situation), which is, also traditionally, divided between the administrative authority and the party, depending on whether an unfavorable or a favorable decision for the party should be made. As a general principle of division, it seems acceptable, but only conditionally, as typical, but not comprehensive, because it is not suitable for all administrative procedures.*

Keywords: *administrative procedure, principle of investigation in administrative procedure, proving in administrative procedure, burden of proof in administrative procedure.*

Датум пријема рада: 11.10.2024.

Датум прихватања рада: 14.12.2024.

Гордана М. Дракић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakis@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3548-3025

Урош Н. Станковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9511-0453

НАСТАНАК СРПСКИХ ЗАКОНИКА (1827–1865): СЕЋАЊА САВРЕМЕНИКА*

Сажетак: У раду се износе подаци из мемоаристике о изради српских законика закључно са 1865. Сећања савременика на процес настанка сваке од кодификација представљена су у оквиру два засебна поглавља – запис о изради законика из области приватној и запис о настанку кодекса из области јавној права. У оквиру њих двеју целина изложене су белешке о настанку кодификација из дојичних правних области. Аутори су испитали веродостојност мемоарских записа и искористили их као полазну основу за даље истраживање о неким слабо познатим дејалима из историјата доношења српских законика. Резултати тој истраживања су продубљивање већ постојећих сазнања о кодификацијским подухватима, али и понеко сасвим ново откриће.

Кључне речи: мемоари, Српски грађански законик (1844), Полицијски законик (1850), Законик о судском посудику у грађанским парницама (1853), Кривични законик (1860), Законик о судском посудику у грађанским парницама (1860), Трговачки законик (1860), Законик о судском посудику у кривичним делима (1865).

* Рад је настао у оквиру истраживања на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови”, који се финансира из средстава Правног факултета у Новом Саду.

1. НЕКОЛИКО УВОДНИХ НАПОМЕНА

Између 1844. и 1865. у Србији су кодификовани прописи фундаменталних грана права, при чему се у потрази за „добитном комбинацијом” за кодификацију грађанског поступка дуго лутало, па је Кнежевина добила чак три законика из те области (1853, 1860. и 1865). За 22 године донето је чак осам законика, на основу чега би се математичком рачуницом могло извести да је у том периоду издаван један законик на две године и девет месеци. Због тога би се раздобље од средине четрдесетих до средине шездесетих година XIX века с пуним правом могло назвати ером кодификације.

Већина кодификација није настала за кратко време. На кодификацији грађанског и кривичног материјалног и процесног права радило се још од краја двадесетих година XIX века. То је разлог због којег би наведено време требало узети за почетак ере припремних радова, која је потрајала до издавања Српског грађанског законика (1844). Ако се томе дода податак да је од прве званичне иницијативе за израду трговачког законика до његовог објављивања прошло 11 година² и да су законици о грађанском поступку 1853–1865. у просеку доношени на четири године, никако не би требало да зачуди што се међу темама у мемоаристици појављује и кодификација права у Кнежевини Србији. Само по себи се разуме да изненађења не би смело да буде ни због значаја који кодификација права има за изградњу правног поретка као стуба државе.

У тексту који следи пред читаоцима ће се наћи подаци из мемоарских списа о процесу настанка српских кодекса, рашчлањени по гранама права за које су законици доношени. После мемоарских записа о мотивима за покретање кодификаторског рада, пред читаоцима ће се наћи сећања о кодификацији права. Читаоци ће најпре имати прилику да се упознају са записима о настанку законика из области приватног, а затим и кодекса који по садржини припадају јавном праву.

2. ЗАШТО ЗАКОНИЦИ?

Пре упуштања у излагање о кодификацији права у Кнежевини Србији, нужно је одговорити на једно претходно питање: зашто је кодификаторски рад уопште почео? У историографији конкретног одговора на њега нема. С обзиром на то да је кнез Милош наложио да се набаве књиге свих европских

² Детаљније вид. у Гордана М. Дракић, Урош Н. Станковић, „Кодификација трговачког права у Кнежевини Србији (1849–1860)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ЗРПФНС) 4/2018, 1577–1594.

закона већ 1826, не би било неумесно претпоставити да је владара на то подстакла неуспела Ђакова буна, која је избила годину дана раније.³

У успоменама савременика на израду српских законика има бележака о разлозима започињања кодификаторског „предузећа”, али они делују, благо речено, неуверљиво. Тако Бартоломео Куниберт, лекар кнеза Милоша, разлог за почетак рада на кодексима види у одсуству писаних закона због којег су судијама у Кнежевини често владали „ћуд или страст”. Ова тврдња у доброј мери подсећа на нека места из говора кнеза Милоша скупштини одржаној 1. фебруара 1829 – да ће, између осталог због „пристрасности и напрасности” судија, Српски општенородни суд послати комисију за преглед рада магистрата и да ће у том тренутку још незавршени кривични законик снабдети судове законским основом за пресуђивање.⁴ Осведочено наклоњен кнезу Милошу, Куниберт је његове изјаве за јавност о разлозима за кодификацију представио као објективну датост.

О кнезу Милошу као *spiritus movens*-у кодификације не говори се само у *Српском усџанку*. Себе је као покретача израде законика представио и сам кнез Милош у својим аутобиографским казивањима. Његов навод да је на законцима почело да се ради јер је он зажелео да Србија добије законе није, наравно, нимало зачуђујући. Међутим, за чуђење је то што кнез уопште не спомиње кодификаторски рад пре доласка Јована Хаџића и Василија Лазаревића у Кнежевину, већ само каже да за тај посао није имао способне људе.⁵ Из тога се може закључити да Милош раније неуспешне покушаје кодификаторских комисија није ни посматрао као писање законика. С тим

³ У писму од 20. I 1825. којим судије пожаревачког суда и пожаревачка општина обавештавају Милосава Здравковића Ресавца, кнеза Ђупријске нахије, о преласку неких побуњеника из Смедеревске у Пожаревачку нахију, наводи се да је циљ бунтовника тражење неке „правице” или „узакоњенија”. Вид. ДАС, Збирка Мите Петровића, 3357.

⁴ Љубомир П. Ненадовић, *Прилози за србску исџорију I*, Београд 1858, 30–31; Бартоломео Куниберт, *Српски усџанак и ѿрва владавина Милоша Обреновића I–II*, Београд 1988; I, 343–344.

⁵ „Кнез Милош прича о себи” (приредио Милан Ђ. Милићевић), *Сџоменик Срџске краљевске академије* 21/1893, 21. Кнез не каже експлицитно због чега су баш Хаџић и Лазаревић одабрани за писце законика, већ само да су њих двојица били „најпристојнији”. У томе се можда крије алузија да су у избору били и други, мање пристојни, попут ритмајстора Крсте Хаџића Његова стручност није била упитна, али морална својства јесу. Хаџић пак вели да се кнез с Лазаревићем познавао одраније, а да су код његовог (Хаџићевог) ангажовања пресудили добар „општи глас” и похвале Милошеве околине. Кнез је заиста у то доба већ увелико имао контакте с Лазаревићем. Земунски градоначелник појављује се у протоколу кнеза Милоша већ 1825, а одиграо је кључну улогу у томе да се код аустријских власти одбаци тужба земунских трговаца Димитрија Ратковића и Милоша Урошевића против Србије због наводног дуга по основу зајма учињеног током Првог српског устанка. Кнез Милош обавестио је Лазаревића о добијању наследног кнежевског достојанства и даривао га новцем и дивљачи. Хаџића је кнезу Милошу препоручио конзул Михановић, а према М. Кићовићу и Давидовић. Вид. М. Кићовић, 71; А. С. Јовановић (1911), 16; Василије Крестић,

у вези намеће се питање да ли је то кнежев став у моменту настанка његовог аутобиографског списка или у време првих покушаја израде законика? Ако је у питању ово друго, то би дало за право уверењу појединих личности из кнежеве околине (Димитрију Давидовићу и Ђорђу Протићу) да Милош прижељује неуспех кодификаторског подухвата.⁶

3. ЗАПИСИ О НАСТАНКУ ЗАКОНИКА ИЗ ОБЛАСТИ ПРИВАТНОГ ПРАВА

Према за сада познатим подацима, најранији покушаји израде грађанског кодекса могу се сместити у 1827⁷, када су Димитрије Давидовић и Аврам Гашпаровић покушавали да израде грађански законик црпећи грађу претежно из *Институција угарској приватној права (Institutiones iuris hungarici privati*, прво издање 1814), дела мађарског правника Имреа Келемена (Kelenmen), и, мање, француског, аустријског и пруског грађанског законика. Тај податак говори да на самом почетку кодификаторског рада није узет један страни законик као (главни) извор одредаба будућег српског кодекса и он не би противречио тврдњи чувеног немачког путописца кроз Србију Дубислава Ота Пирха (Pirch) да је као могући узор српске кодификације разматрано неколико страних грађанских законика, међу којима је одабран француски.⁸

Никола Петровић, *Пројекат кнеза Милоша Обреновића 1824–1825*, Београд 1973, 156, 192, 236, 326, 476; ДАС, КК, VI/42, 46, 49, 51, 55, 63, 76; IX/763.

⁶ Јован Хаџић, „Спомени из могга дневника”, *Одлегалo србско* (ОС) 3/1864, 72; Радош Љушић, *Србија 19. века: изабрани радови* II, Београд 1998, 322, 327. Већина аутора поводи се за тим судом, а аргументи у прилог супротног закључка понуђени су у Sima Avramović, „The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions”, *Konflikt und Koexistenz: Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert* (ed. Thomas Simon), 402. Ако се узме у обзир Милошево понашање приликом, рада на законикима из шездесетих година, када је несумњиво желео што скорије окончање процеса кодификације, немогуће је отети се утиску да се Давидовић и Протић ипак нису преварили. Вид. Божидар В. Марковић, *О доказима у кривичном процесу*, Београд 1908, 104–105; Слободан Јовановић, *Друџа влада Милоша и Михаила (1858–1868)*, Београд 1923, 66; Василије Крстић, „Аутобиографија Димитрија Матића”, *Споменик Српске академије наука и уметности СХХII – Одељење историјских наука* 1 (1981), 204, 206; Никола Крстић, *Дневник: приватни и јавни животи* I (приредио Александар Вулетић и Милош Јагодић), Београд 2005, 81;

⁷ Да ли због неупућености или става да је кодификаторски рад једино онај који доведе до издавања законика, тек Димитрије Маринковић почетак рада на кодификацији грађанског права ставља у 1838, „кад је Светић тога ради позван у Србију”. Вид. *Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића* (приредио Драгослав Страњковић), Београд 1939, 90.

⁸ Ото Дубислав Пирх, *Путовање по Србији у години 1829* (превео Драгиша Т. Мијусковић), Београд 1899, 175; Гордана М. Дракић, Урош Н. Станковић, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији (1827–1837)”, *ЗРПФНС* 1/2020, 143. У науци је недовољно обрађена пажња на податак Нићифора Нинковића, пу-

Када се, и како, то догодило, прилична је непознаница. Оповргавајући гласину која је допрла до Јернеја Копитара да је Француски грађански законик препоручио „неки Пољак”, Вук Караџић је 3. фебруара 1830. писао словеначком слависти да се на Код сивилу ради „већ има две године”. Вуково писмо упућивало би на то да је на ФГЗ као модел за српски грађански законик избор пао у првим месецима 1828, али у писму не стоји изричито да је поменута кодификација тада изабрана као **једини** узор. Осим тога, Вуковим датирањима треба приступити уз доста опреза, јер у преписци с разним личностима 1831–1832. час говори да је у првој кодификаторској комисији провео две, а час три године.⁹

У покушају уклањања непознаница у вези с одабиром ФГЗ, мемоарски списи не би били од нарочите помоћи. Присећајући се записа из свог неповратно изгубљеног дневника, Јован Хаџић је представио својим читаоцима разговор са Лазаром Зубаном, једним од чланова прве кодификаторске комисије, у којем је овај последњи казао да он и његове колеге нису ништа знали о француским законима, већ су само чули да су најслободоумнији и зато се определили за њих.¹⁰ Под условом да Хаџића сећање није преварило – да му је Зубан управо тако испричао околности опредељивања за ФГЗ – датација одабира Наполеоновог кодекса је погрешна, јер је он засигурно превођен и пре него што је Зубан ушао у прву кодификаторску комисију.¹¹

Слободоумност француских кодификација као мотив за њихову рецепцију у Србији помиње се и код других аутора. Н. Попов тврди да њу треба ставити у заслугу Димитрију Давидовићу, чије је „васпитање у новинарској радњи” било разлог љубави према либерализму, док је Ж. М. Шопен (Chopin), француски путописац, записао да је кнез Милош показивао велико дивљење према ФГЗ, не схватајући да он није подобан за преузимање у Србији.¹²

столова и берберина кнеза Милоша, да је чуо како се Вук Караџић и Цветко Рајовић објашњавају преведећи „права... која су добили: русијска, немечка, маџарска и француска”. Пошто се Цветко Рајовић као члан прве кодификаторске комисије помиње тек 1830, ваљало би испитати могућност да се она није кретала само у оквирима решења ФГЗ, него и других страних законика. Вид. Нићифор Нинковић, *Жизнописанија моја* (приредио Тома Поповић), Београд 1988, 259; Вук Стефановић Караџић, *Прејиска I–XIII*, Београд 1987–2014; IV, 245.

⁹ В. С. Караџић, *Прејиска IV*, 202, 205, 517, 539, 545, 548, 551, 568.

¹⁰ Ј. Хаџић (1864), 37. Вук пише да је Зубан оставио записе о раду на законцима. Из њих би се сасвим сигурно могла добити драгоцена сазнања о почетку рада на законцима, али ти записи, барем колико је до сада познато, нису сачувани. Вид. Вук Стефановић Караџић, *Вуков одговор на лажу и ојдагање у Србском улаку*, Беч 1844, 14, фн. 4.

¹¹ В. С. Караџић, *Прејиска IV*, 183–184.

¹² Jean-Marie Chopin, Abdolomyne Ubcini, *Provinces danubiennes et roumaines I*, Paris 1856, 397; Нил Попов, *Србија и Русија од Кочине крајине до Свејтоандрејске скујицијине I*, Ниш 2022, 301. Разматрања о одабиру француских законика вид. и у Томица Никчевић, *Посћанак и јокуцај ѿрераге Грађанској законика Кнежевине Србије*, Београд 1971, 16–17.

Као чланове кодификаторске комисије, не прецизирајући о којој је реч, Хаџић наводи Ђорђа Протића, проту Радојицу Жујовића, Лазара Теодоровића, Вука Стефановића Караџића и Лазара Зубана.¹³ Поред закључка да су или мемоариста или Зубан, који му је био извор сазнања о законописцима, спојили две кодификаторске комисије у једну, овај запис је значајан и по томе што је једини у којем се Жујовић спомиње као учесник у писању закона. (Не)веродостојност тог записа за сада није утврђена.¹⁴

Према Кунибертовом запису, кнез Милош је 1834. на неким скуповима са „првим кметовима и најугледнијим чиновницима из народа” обећавао скоро доношење грађанског и кривичног законика. По свој прилици, у питању је „народна скупштина” о чијем је одржавању командант Земунске војне команде Јохан Фојт (Foith) 29. V 1834. известио главнокомандујућег Петроварадинске граничарске регименте барона Димитрија Радошевића, будући да се састав учесника те „скупштине” поклапа с оним из Кунибертових мемоара.¹⁵

У мемоаристици се може прочитати и да су израђени нацрти законика показивани неким телима и личностима.

У прву категорију спада Сретењска скупштина (1835), којој је, према Хаџићевом запису, кнез Милош показао пројекте грађанског и кривичног законика, као и кодекса о судском поступку. Хаџићевом тврђењу, колико смо успели да сазнамо, садржински је релативно блиско само писмо Јована Стејића и Василија Василијевића од 4. III 1835, у којем се штавише тврди да је кнез посланицима објавио ступање кривичног и грађанског законика на снагу. На основу досадашњих сазнања може се рећи да је поузданији извор о законима као теми Сретењске скупштине чак и један новински чланак. Ради се о тексту објављеном у немачком *Алгемајне цајтунг* (*Allgemeine Zeitung*) од 11. III 1835, у којем је писало да се законски нацрти неће наћи пред посланицима јер њихов текст још није одговарајући.¹⁶

Хаџић не спомиње да су Лазар Зубан и Димитрије Давидовић по кнежевој директиви нацрте законика носили британском дипломати на пропутовању кроз Србију Дејвиду Уркварту (Urquhart), већ само да се пронео глас да се Уркварт изјасни против постојања закона. То је подстакло Хаџића да с њим поразговара о кодификацији, па му је дипломата тобоже разјаснио да

¹³ J. Хаџић (1864), 37.

¹⁴ О изворима о саставима кодификаторских комисија вид. Т. Никчевић, 10–13.

¹⁵ Алекса Ивић, „Израда законика за Кнежевину Србију (од 1829–1843)”, *Архив за правне и друштвене науке* (АПДН) књ. III, бр. 3 (1921), 180, фн. I; Куниберт I, 353–354

¹⁶ *Allgemeine Zeitung München*, No 42, 11. III 1835, 335; J. Хаџић (1864), 68; В. С. Караџић, *Прејиска V*, Београд 1988, 491. У странио штампи најављивано је да ће кнез Милош „органске законе” дати на разматрање депутатима Трифунске скупштине (1834). Вид. *Baseler Zeitung*, No 7, 13. I 1834, 28.

то што је поборник патријархалног стања не значи и да је противник доношења закона. У овом случају или је Хаџића издало памћење или га је Уркварт слагао. Зубан и Давидовић су, наиме, 22. V 1837. известили кнеза Милоша да им је Британац казао како би тукао свакога ко тражи законе, да је Наполеонов законик узроковао пропаст тог владара и да је, уколико се већ не може избећи издавање прописа, боље служити се Крмчијом и Душановим закоником. Двојица Милошевих изасланика десет пута су се сусрели са Урквартом и, према сопственим речима, „с њим много мука имали”.¹⁷

Уколико се поклони поверење мемоарским казивањима Хаџића и ондашњег директора Кнежевске канцеларије Јакова Живановића, може се рећи да је на изради законика инсистирала и Русија. У Базису, кратком документу који је представљао основне смернице за будуће устројство Србије по замисли руске дипломатије, као једна од тачака је, према Живановићу, била наведена кодификација кривичног, грађанског и грађанског процесног права. О садржини овог дела Базиса исто говори и Хаџић, с тим што изоставља доношење законика о грађанском поступку.¹⁸

Хаџићеви *Сјомени* су и једини мемоарски извор о садржини нацрта грађанског законика сачињених пре него што су он и Василије Лазаревић прешли у Србију. Сећање творца СГЗ да је нека од кодификаторских комисија приликом превођења ФГЗ претварала „хипотеку” у „апотеку” и „сервитут” у „ропство” издржало је проверу времена, јер се јавља и у извештају аустријског конзула у Србији Антуна Михановића свом претпостављеном – министру спољних послова Метерниху – од 19. VI 1837¹⁹. У погледу садржаја пројекта грађанског законика предатог на преглед Хаџићу и Лазаревићу у мају 1837, *Сјомени* пружају податке да је његов текст сачињен по узору на ФГЗ, уз коментаре из немачког превода те кодификације, да су наследна права супруга и ћерки сужена у односу на изворник, а право својине „поречено”²⁰.

¹⁷ Ј. Хаџић (1864), 72; Радош Љушић, *Кнежевина Србија (1830–1839)*, Београд 2004, 246, фн. 72; Г. М. Дракић, У. Н. Станковић (2020), 153, фн. 52; ДАС, КК, VI/929.

¹⁸ Ј. Хаџић (1864), 195; Јаков Живановић, *Неколико примечанија на књићу Славени у Турској од Киријана Роберта*, Београд 1890, 69. Држање Русије према кодификацији права у Србији је тема која превазилази оквире овог рада. За ову прилику ваља само напоменути да регистар Иностраног одељења Кнежевске канцеларије за 1837. сведочи да је поводом „Кодекса Наполеонова” било преписке са руским вицеканцеларом грофом Неселродеом и двама руским дипломатским представништвима – посланством у Цариграду и генералним конзулатом за Влашку и Молдавију. Вид. АС, КК, регистар И одељења за 1837, одреднице „Неселроде, вице-канцлер росијски у С. Петербургу”, „Руско посланичество у Цариграду”, „Руско посланичество у Цариграду”.

¹⁹ Датуми у раду наведени су према јулијанском календару, изузев приликом навођења докумената аустријске провенијенције.

²⁰ За сопственика непокретности (изузимајући куће, воћњаке и винограде) су, према нацрту, сматрани само они који су на њу имали тапију. Вид. Алекса С. Јовановић, „Рад на ‘торжественим законима’”, АПДН XI/1 (1911), 24.

Хаџић се добро сећао да су он и Лазаревић на то указали кнезу Милошу, мислећи дакако на чувено писмо двојице законописаца од 25. VII 1837. о садржини прегледаних нацрта законика и плановима даљег кодификаторског рада, и да је владалац, да би их уверио у исправност критикованих решења, спровео анкету чији су резултати достављени законописцима.²¹

Текст нацрта грађанског законика који су Хаџић и Лазаревић имали у рукама није пронађен, али се у заоставштини Николе Крстића у Архиву Српске академије наука и уметности чува регистар пројекта који је сачинила друга кодификаторска комисија, формирана 1834. У њему се местимично може наићи на текст који не постоји у ФГЗ, али га има у *Коментару Наполеоновој кодексу (Commentar über den Code Napoleon)*, делу немачког правника Ернста Шпангенберга (Spangenberg).²²

Резултате спроведене анкете Хаџићу је 17. XII 1837. уручио Јаков Живановић, директор Кнежевске канцеларије. Видевши ставове народа о спорним питањима, законописац се дипломатски изјаснио да ће приликом израде грађанског законика поћи од њих и „природног права”. Ово последње врло вероватно је било наговештај да Хаџић неће сасвим одступити од становишта о женском праву на наслеђивање. То се заиста није ни десило, пошто је нацрт грађанског законика који је предао у новембру 1842. по свему судећи био повољнији по слабији пол поводом тог питања.²³

²¹ Ј. Хаџић (1864), 37–38, 132; А. С. Јовановић, 24; Г. М. Дракић, У. Н. Станковић (2020), 144.

²² Г. М. Дракић, У. Н. Станковић (2020), 148, 150, 152.

²³ Мираш Кићовић, *Јован Хаџић (Милош Свејић)*, Нови Сад 1930, 83; Државни архив Србије (ДАС), Књажевска канцеларија (КК), VI/898. Занимљиво је да се у упутству за спровођење анкете издатом средоточном војном команданту Арсенију Андрејевићу 25. X 1837. анкетирање народа доводи у везу с указом кнеза Милоша о неприкосновености приватне својине од 16. X те године, а не с писмом Хаџића и Лазаревића. Да би се знало шта је неповредиво, мора се претходно утврдити шта је чије. Стога је Андрејевић требало да у својој команди из сваког округа окупи неколико кметова и свештеника и једног члана магистрата и од њих затражи одговоре на питања у вези с правом жена на наследство и својинскоправним односима на земљи. Андрејевићу и моравско-подринском команданту Јовану Обреновићу одређени су места и редослед испитивања мишљења народа, док је подринско-савском (Јованчи Спасићу) и дунавско-тимочком команданту (Стефану Стојановићу) с тим у вези остављена слобода. Обављање анкете у Београдском округу кнез је узео на себе. Сви документи о анкети из архиве Кнежевске канцеларије потичу из новембра 1837, а Јованча Спасић је, извештавајући кнеза о анкетирању у својој подручној команди, изразио став да народ нема капацитета за расуђивање о постављеним питањима. Кнезу су слати како извештаји о анкети у појединим окрузима, тако и они у којима су садржани ставови народа с подручја команди у целини. Када су прикупљена мишљења анкетираних, Совјету је наложено да из њих начини извод. Вероватно је управо то акт под сигнатуром КК XV/284 у Државном архиву Србије, у којем су резултати анкете изложени у изводу. Вид. Нина Кршљанин, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?”, *Анали Правној факултету у Београду* 2/2009, 276, 277, 279; ДАС, КК, IX/613; X/701, 707; XIV/1974, 1975; XV/284; XIX/573; XXVII/902; регистар Внутренег оде-

Намеру Хаџића и Лазаревића да пропутују кроз Србију да би се упознали с народним обичајима, на шта су наговарани од конзула Михановића, забележила је међу догађајима од 11. VI 1837. у свој дневник Анка Обреновић, синовика кнеза Милоша. Она је за ту идеју двојице законописаца дознала од Хаџића, који је поменутог дана дошао у госте код њене породице. Кнез Милош није удовољио жељи двојице писаца законика, вероватно због бојазни да се њоме камуфлира шпијунажа. У даљем законодавном раду Хаџић и Лазаревић су неопходна обавештења добијали посредно, преко у ту сврху одређених лица.²⁴

Двојицу кодификатора у Кнежевини је затекао вртлог нерешеног уставног питања. У њега су и сами вољом кнеза Милоша били увучени, па су се 2. II 1838. нашли у комисији за израду устројства Совјета, а средином истог месеца поверено им је и да сачине устав. То их је одвукло од посла ради којег су били позвани у Србију све до 16. III 1838, када је кнез формирао комисију за израду законика, у чији су састав и сами ушли.²⁵ Комисија је, према Хаџићевим речима, од кнеза наилазила на опструкције у облику одвлачења својих чланова од кодификаторског посла. Један од њих наводно је био и прота Матеја Ненадовић, за којег је Хаџић записао да га је кнез већ 19. III послао кући. Месец дана после Милошеве абдикације (1. VII 1839), прота је од Савета тражио накнаду за рад у комисији, и управо је Хаџић посведочио да је он у њој био у својству привременог члана.²⁶

Комисија је радила свакодневно, и на њеним седницама су, поред осталог, читани и резултати анкете. Подела послова између Хаџића и Лазаревића, којом је првом припало у задатак састављање грађанског законика, извршена је – бар тако стоји у *Сјоменима* – почетком маја 1838.²⁷

Време између тог тренутка и закључења уговора о изради грађанског законика између Хаџића и српске владе (29. VII 1840) без сумње се може свртати у најслабије позната доба у историји кодификације грађанског права у Кнежевини. Из тог разлога није неочекивано што се ни у мемоарској грађи не може наћи ништа о кодификаторском раду у том раздобљу. У својој краткој аутобиографији Хаџић говори само о раду на законнику након

љења Кнежевске канцеларије за 1837, одреднице „Арсеније Андрејевић”, „Мајсторовић Ранко, чл. Упр. Совјета”, „Обреновић Јован”, „Продолженије од Управ. совјета – Совјет књажеско-србски”.

²⁴ А. С. Јовановић (1911), 17, 93; М. Кићовић, 78; Радмила Гикић Петровић, *Дневник Анке Обреновић (1836–1838)*, Нови Сад 2007, 66.

²⁵ Ј. Хаџић (1864), 164, 166–167, 198. Препис акта о формирању комисије вид. у ДАС, Поклони и откупи, 98/70.

²⁶ Ј. Хаџић (1864), 198–199; *Проџа Матеја Ненадовић: акџа и џисма* (приредио Велибор Берко Савић), Горњи Милановац 1984, 483–484, 486.

²⁷ Ј. Хаџић, 200, 227.

уговора, наводећи да га је започео „после 1840”, а завршио за две године.²⁸ Из Хаџићеве рачунице произлазило би да је он нацрт предао српској влади најраније 1843, што не одговара истини, јер је законописац то учинио 24. XI 1842. Под прегледом пројекта који помиње, Хаџић вероватно мисли на ради тога састављену седмочлану комисију (Стојан Симић, Паун Јанковић, Лазар Теодоровић, прота Матеја Ненадовић, Стефан Стојановић, Максим Ранковић и Јаков Димшић) и измену главе посвећене наслеђивању.²⁹

О првим покушајима кодификације грађанског поступка постоје само оскудни записи у Хаџићевим мемоарским списима. У *Сјоменима* је забележено да је Хаџићу и Лазаревићу по досласку у Србију на преглед предат нацрт законика о грађанском поступку са коментарима из немачког превода. У Архиву САНУ сачуван је пројекат на којем је Лазар Зубан, према сопственој белешци, почео да ради 11. I 1837. Тај нацрт не садржи коментаре на чланове, али има упућивања на друге одредбе и кратка објашњења неких правних термина.³⁰ Да би се заузео категорички став да је Хаџић направио омашку, потребно је недвосмислено утврдити да су законописци у рукама имали управо Зубанов нацрт.

Насупрот томе, запис у *Сјоменима* да су Хаџић и Лазаревић посетили београдски суд у намери да виде како у Србији изгледају суђења, има скоро сасвим недвосмислену потврду. То је одредница „Теодоровић Лазар” (тада председник београдског суда) у регистру Унутрашњег одељења Кнежевске канцеларије за 1837, под чијим бројем 2237 је записано следеће: „законоиспитатељи доћи ће у суд, да виде како се суди”.³¹

Упознавање законописаца са судским поступком у Србији последњи је тренутак из прве фазе кодификаторског рада присутан у мемоаристици. О наредних седам година рада на законик у грађанском поступку, нимало неважних, јер је током њих настао и један одбачени нацрт те кодификације³², уопште није писано. Празнина се прекида Хаџићевом кратком белешком да је 1845. предао нацрт законика о грађанском поступку. То се догодило 2. августа те године, а у архиви Савета не чува се сам текст пројекта, него записници комисије за његов преглед, на основу којих је могуће реконструисати само неке одредбе.³³

²⁸ „Автобиографија Јована Хаџића у књижевности названог Милоша Светића”, *Сјражилово*, бр. 45, 6. XI 1886, 1563–1564.

²⁹ Слободан Јовановић, *Политичке и њравне расјраве I–III*, Београд 1990, 279–280.

³⁰ Ј. Хаџић (1864), 38; Урош Н. Станковић, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837”, ЗРПФНС 4/2014, 395.

³¹ Ј. Хаџић (1864), 38–39; ДАС, КК, регистар В одељења, под „Теодоровић Лазар”.

³² Сачинио га је Василије Лазаревић; 1843. је предат српској влади, а 1844. је ради његовог прегледа образована комисија, која је одлучила да нацрт преради Хаџић. Непотпуна верзија Лазаревићевог нацрта налази се у Историјској збирци Архива САНУ, под сигнатуром 7966/17.

³³ Ј. Хаџић (1886), 1564; Урош Н. Станковић, „Нацрт законика о грађанском поступку Јована Хаџића (1845)”, ЗРПФНС 2/2013, 498.

Рада на грађанском поступку 1845–1853. у мемоарској литератури готово да и нема. Једини подаци који се из ње о овој теми могу добити потичу од Димитрија Матића, врло присутног у историји кодификације цивилне процедуре. Он је, према сопственом сећању 1850. као професор (између осталог и грађанског поступка) Лицеја послао Министарству правде своје мишљење о двама нацртима законика стављеним на увид јавности средином августа 1849. Кад су они одштампани, лицима с искуством у материји упућен је позив да се у року од једне године о њему изјасне.³⁴ За то од Матића, као предавача на предмету на који су се пројекти односили, није било позванијег. Установи у којој је Матић био запослен нацрти су у осам примерака послати 11. VIII 1849, а свој „мемоар“ Матић је морао предати после 7. II 1850, пошто се неименовани аутор чланка у *Србским новинама* од тог датума жалио да се још нико није одазвао позиву да да свој суд о пројектима.³⁵

Завршивши излагање о свом поднеску Министарству правде, Матић прелази на формирање комисије чији је задатак био да размотри послате примедбе и о њима поднесе извештај Савету. Та комисија формирана је 31. X 1851³⁶, а Матић наводи да је у њој био деловођа. Међутим, Матић каже да је комисија требало и да сачини нов нацрт законика, али поглед на друге изворе открива да је она то учинила на своју руку, јер јој се (оправдано) чинило једноставније да полазећи од двају већ постојећих пројеката и послатих мишљења о њима она сама изради нацрт, него да се у ту сврху образује нова комисија.³⁷

Дугогодишњи рад на кодификацији грађанског поступка коначно је уродио плодом 1853, када је издат Законик о судском поступку у грађанским парницама за Кнежевину Србију (1853). Та кодификација није оправдала очекивања. Дотадашња најслабија тачка српског судства – спорост суђења – то је остала и након њеног доношења. Влада је покушала да је реши умножавањем судског особља, а када ни то није дало резултата, министар правде

³⁴ Вид. *I. њроекѣи Закона о њосѣѣуѣу судейскомѣ у ѣрађанским ѣарницама*, Београд [1849]; *II. њроекѣи закона о њосѣѣуѣу судейскомѣ у ѣарницама ѣрађанскимѣ за Књажесѣѣво србско*, Београд [1849]; *Србске новине* (СН), бр. 89, 1. IX 1849, 341; В. Крестић, 204. Један од нацрта израдила је комисија под председништвом Томе Вучића Перишића, формирана средином марта 1848. Други пројекат је дело професора Лицеја Максимилијана Симоновића, којег је комисија за преглед Хаџићевог нацрта задужила да преради тај текст. Вид. Živomir Stanković, *Petrovska narodna skupština 1848. godine*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984, 515–517.

³⁵ ДАС, Лицеј, 268; СН, бр. 16, 7. II 1850, 53.

³⁶ Њен председник најпре је био саветник Лазар Арсенијевић Баталака, а потом судија Врховног суда Сава Шилић. Поред њих и Матића, комисију су чинили преседник Апелационог суда Јевтимије Угричић и начелник Судског одељења Министарства правде Јаков Димшић. Вид. ДАС, Државни савет (ДС), 412/1853, комисија Савету, Београд, 14. III 1852; Савет кнезу, Београд, 29. VII 1853.

³⁷ В. Крестић, 204; ДАС, ДС, 412/1853, комисија Савету, Београд, 14. III 1852.

Димитрије Црнобарац је у разговорима с колегама „попечитељима”³⁸ дошао на идеју да заједно са Матићем оде у западне земље ради проучавања њиховог грађанског и кривичног поступка.³⁹

Црнобарчева замисао наишла је на разумевање меродавних кругова, премда се у наелектрисаној атмосфери пред Светоандрејску скупштину сумњало да је она параван за политичку мисију у корист кнеза. Познато је да су Црнобарац и Матић кренули пут западне Европе 21. VI 1858. Из тог разлога никако не може да се прихвати запис Радивоја Милојковића, који је узгред тачно забележио циљ њиховог путовања, да су Матић и Црнобарац у Хајделбергу били „на пролеће 1858. године”.⁴⁰

Путешествије двојице правника укратко је препричано у Матићевој аутобиографији. Детаљан извештај о њему поднет Савету 2. августа, којем је Матић посветио један пасус свог животописа, објављен је у чак девет делова у *Србским новинама* (бр. 98–106).⁴¹ С обзиром на то, тачност Матићевог резимеа врло је лако проверити. Састанак с Карлом Митермајером (Mittermaier), Матићевим некадашњим професором, и његови савети српским правницима, у штампаној верзији извештаја изложени су у цела два наставка, која је Матић у аутобиографији сажео у синтагму да им је чувени немачки правник „казао своје мишљење”. Матић је добро запамтио да су места у која им је Митермајер препоручио да наставе путовање била Цирих, Женева и Париз.⁴²

Разговоре са Јакобом Ритиманом (Rüttimann), професором циришког универзитета, Матић је сажео у једнакој размери као оне с Митермајером. Уопште није поменуо да су се Црнобарац и он са сусрета с циришким професором Грађанског поступка вратили богатији за многа сазнања о грађанском поступку у Кантону Цирих и поједина решења из страних законодавстава (попут Велике Британије и Сједињених Америчких Држава). Матић је навео само да их је Ритиман „и у судове тамошње водио”. Међутим, из другог наставка извештаја о боравку у Цириху види се да их је домаћин провео и по другим релевантним местима (нпр. канцеларији циришког нотара).⁴³

Приликом боравка у Женеви саговорник Црнобарца и Матића био је Давид Жид (Gide), професор Грађанског права на тамошњем Правном фа-

³⁸ Вероватно и кнезом, јер је, према једном запису Јеврема Грујића, Црнобарац на седници Савета на којој је одлучивано о новчаним средствима која ће он и Матић имати на располагању за пут, казао да су решење о њиховом одласку донели владалац и „министеријално заседаније”. Вид. *Зайиси Јеврема Грујића (Зайиси)* I–III, Београд 1922–1923; I, 139–140.

³⁹ ДАС, ДС, 329/1858, Министратство правде Савету, Београд, 19. VI 1858.

⁴⁰ СН, бр. 98, 2. IX 1858, 383; *Зайиси* I, 140; Александра Вулетић, Љубинка Трговчевић, „Аутобиографске белешке Радивоја Милојковића”, *Мешовића праћа* 21/2003, 76.

⁴¹ В. Крестић, 204. Савет је 9. IX 1858. донео одлуку да се извештај проследи Министратству правде, како би у будућој реформи грађанског поступку имало у виду у њему изложена сазнања. Вид. ДАС, ДС, 329/1858, извод одлуке Савета од 9. IX 1858.

⁴² СН, бр. 98, 2. IX 1858, 383; бр. 99, 4. IX 1858, 387; В. Крестић, 203.

⁴³ В. Крестић, 202; СН, бр. 100, 6. IX 1858, 391–392; бр. 101, 10. IX 1858, 395.

култету. Матић је своје разговоре с њим описао као „саветовање”. Неки разговори то заиста и јесу били, будући да су двојица српских правника питала Жида за мишљење о увођењу усменог поступка, обиму примене сумарног поступка и поступку на основу јавних исправа. Жидово детаљно излагање о женевском грађанском поступку, с посебним освртом на разлике између њега и француског, Матић је свео на констатацију да је у Женеви у употреби упрошћена француска цивилна процедура.⁴⁴

Матићеве тврдње да су Црнобарац и он у Паризу посебно обилазили мировне судове има и у извештају. Но тамо се наводи само један професор Париског универзитета с којим су успели да се састану – Вале (Valet), док Матић каже да их је било више. У Матићевој аутобиографији помињу се и сусрети са неким судијама виших и нижих судова, чија се имена не помињу. То би врло лако могли да буду судија Апелационог суда Жан-Луј Дозон (Dozon), отац тадашњег француског конзула у Београду Огиста Дозона, и судија париског првостепеног суда Луј Паж-де-Мезонфор (Page de Maisonfort), поменути у извештају.⁴⁵

Излагање о Матићевом и Црнобарчевом путу у аутобиографији овог првог завршава се, као и извештај, одласком њих двојице у Берлин и саветовањима са Рудолфом фон Гнајстом (Gneist), Савињијевим учеником, који је управо 1858. изабран за професора Римског права. И ти разговори су у Матићевим аутобиографским записима сведени на белешку да им је саговорник казао своје мишљење, а извештај открива да су српски правници и берлински професор размењивали мишљења о неким питањима грађанског поступка (позивању странака на суд и колегијалности суђења).⁴⁶

Реформа грађанског поступка за владу је била посао од највећег приоритета. То се види и из чињенице да је, не чекајући доношење новог законика о грађанском поступку, формирала комисију за израду предлога закона о сумарном поступку. О њеном именовану говори и Матић у својој аутобиографији, уз напомену да је он био деловођа и саставио главу „о мандатима”. Именовање комисије објављено је у *Србским новинама*, уз опаску да је за њега подстрек дао извештај Матића и Црнобарца. Матићеве колеге у комисији били су помоћник Министарства правде Јаков Живановић и судија Апелационог суда Живадин Весовић.⁴⁷

Завршни чин преобликовања „поступка судејског у парницама грађанским”, отпочео је 17. фебруара 1859, када је Савет, услед иницијативе коју је Светоандрејска скупштина упутила осам дана раније, образовао комисију

⁴⁴ В. Крестић, 202; СН, бр. 102, 13. IX 1858, 399–400.

⁴⁵ В. Крестић, 202; СН, бр. 103, 16. IX 1858, 403; бр. 104, 18. IX 1858, 407; бр. 105, 20. IX 1858, 410.

⁴⁶ В. Крестић, 202; СН, бр. 106, 23. IX 1858, 413.

⁴⁷ СН, бр. 122, 4. XI 1858, 467; В. Крестић, 203.

за израду новог законика о грађанском поступку.⁴⁸ Састав комисије истоветно је наведен у Матићевој и Грујићевој аутобиографији (њих двојица, Андрија Стаменковић, Панта Јовановић и Живко Давидовић).⁴⁹

Пре него што се упустила у сачињавање самог нацрта нове кодификације, комисија је, тврди Матић, морала да разреши једно претходно питање. Радило се о улози Апелационог суда у грађанском поступку. Ако је веровати Матићу, чланови комисије су веровали да би најбоље било да се установи по један Апелациони суд у сваком округу. Свесни да такав предлог не би прошао, заузели су се за решење према којем би Апелација била суд последњег степена, а поступак пред њом био вођен усмено. За ту идеју било је слуха, па је 12. фебруара 1860. издато ново Устројство Апелационог суда, према којем је он имао овлашћења и да одлучује по жалбама на пресуде и да их поништава (чл. 6 Устројства).⁵⁰

У рекодификацији грађанског поступка живо је учествовао и кнез Милош, пожурујући састављање нацрта законика и позивајући чланове комисије на реферисање о предложеним законским решењима. По Милошевој жељи, учесник у дискусијама о пројекту био је и будући кнез Михаило, а Вук Караџић и Ђура Даничић ангажовани су за језичко дотеривање нацрта.⁵¹ Тако стоји у Матићевом животопису, а таман кад би се могло помислити да је законопишчево сећање варљиво због тврдње београдског дописника *Србских новина* од 9. VI 1859. да ће језичку редакцију иначе „чистог и јасног” текста нацрта обавити само Даничић, у следећем броју истог листа уследио је деманти у прилог Матићу. Непотписани сарадник исправио је вест свог колеге тврдњом да је кнез Милош желео да се Вуку и Даничићу у редиговању придружи Јован Илић, ондашњи судија Касационог суда, али да није било могуће да он одсуствује од редовних дужности.⁵²

Коначан текст нацрта Савету је, пише Грујић, послат 30. V 1859, уз још неке законске нацрте⁵³. Грујићева и Матићева сећања сагласна су да је ко-

⁴⁸ Притисак на Савет свакако је појачао и кнез Милош писмом од 12. II, којим је тражио да се што пре поднесе мишљење како да се изађе на крај с умножавањем парница. Вид. ДАС, Министарство иностраних дела – Внутрено одељење (МИД-В), деловодни протокол за 1859, бр. 280.

⁴⁹ В. Крестић, 204; Јеврем Грујић, *Животопис Јеврема Грујића* (приредила Зорица Петровић), Аранђеловац 2009, 55–56; ДАС, ДС, 18/1859, Светоандрејска скупштина Савету, Београд, 9. II 1859.

⁵⁰ *Сборникъ закона’ и уредба’ и уредбены’ указа’ изданы’ у Княжесѣвѣ Србиѣ* (33У) 13/1861, 13; В. Крестић, 204.

⁵¹ Двојица језикословаца исти задатак имали су да изврше и са нацртом кривичног законика, а обавили су га тако што су исувише „понародили” његов текст на уштрб стручне терминологије. Вид. Драган Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991, 82–83.

⁵² СН, бр. 67, 9. VI 1859, 269; бр. 68, 11. VI 1858, 273.

⁵³ Ради се о нацртима Уводног закона за законик о грађанском поступку, Уредби о судским извршитељима, Закону о преименовању Касационог суда у „Велики народни суд”

начни текст Законика нагоре измењени првобитни нацрт. Њихова казивања се, међутим, не подударaju у погледу тога ко је направио измене. Грујић каже да је пројекат „осакаћен” код кнеза и Савета. Насупрот томе, Матић је забележио да су за кварење нацрта одговорна нека чак и по сопственом признању недовољно квалификована лица, која су одредбе пројекта мењала пошто је већ не само одобрен од кнеза и Савета, него и одштапман. Треба напоменути да је налог да се нацрт да у штампу издат осам дана пре него што га је Савет одобрио (23. X 1859).⁵⁴

На прве идеје о кодификацији трговачког права, и њене прве неуспешне покушаје, у обрађеној мемоарској литератури неће се наићи. Објашњење за то свакако не лежи у томе што почетни радови на трговачком законнику нису крунисани успехом. Из до сада изложеног може се уочити да су мемоаристи писали о свом учешћу у изради нацрта неког кодекса чак и ако он није озакоњен. Кључни разлог за одсуство записа о првим покушајима кодификације трговачког права је то што иза оних који су у њима учествовали нису остали (сачувани) мемоарски списи. Томе се може додати и да они који их јесу оставили о првим кодификаторским покушајима нису писали јер сами нису били учесници у њима, а нису желели да, попут Хацића, критикују рад својих претходника.

Стога мемоарски записи о доношењу трговачког законика почињу са 1856, почетном годином друге, успешне фазе кодификације. Грујићев *Животопис* садржи запис да је његов аутор био један од састављача извештаја Одбора за побољшање трговине, основаног 30. јануара 1856, о мерама за подстицај трговине у Кнежевини. Једно од предложених средстава било је издавање трговачког законика.⁵⁵

Тај предлог био је импулс са осмомесечним одложеним дејством за формирање комисије за преглед нацрта трговачког законика из 1851, готово дословног превода турске кодификације. Та комисија израдила је део новог нацрта који је обухватао материјално трговачко право. Дебата на седници Савета од 31. VIII 1857. поводом жеље да се Грујићу да у задатак састављање пројекта у којем ће се наћи организација трговачких судова и поступак у трговачким споровима, изложена је у Грујићевим записима. Упркос кратком опирању преседника Савета Стефана Стефановића Тенке, Грујићу је ипак одобрено да се прихвати тог посла.⁵⁶

и изменама у Уредби о судским таксама. Јавност је, изгледа, у том тренутку већ почело да издаје стрпљење, па се у једном допису из Горњег Милановца објављеном у *Србским новинама* могло прочитати да „треба једном притегнути, па издати на свет што се израдило о устмености и јавности у судовима, а не одлагати од петка до петка...” Вид. СН, бр. 65, 4. VI 1859, 262; бр. 67, 9. VI 1859, 269.

⁵⁴ ДАС, МИД-В, деловодни протокол за 1859, бр. 4868; В. Крестић, 206; Ј. Грујић, 56

⁵⁵ Г. М. Дракић, У. Н. Станковић (2018), 1586; Ј. Грујић, 36.

⁵⁶ *Зайиси* I, 53.

У Грујићевом *Животопису* постоји само оскудна белешка да је његов аутор обавио поверени задатак и предао сачињени текст Савету. Читалачка публика остала је ускраћена за ток радова на другом делу нацрта трговачке кодификације. Тај недостатак може се надоместити предметом са сигнатуром 143/298 из фонда Поклони и откупи Државног архива Србије. У њему се налазе нацрти другог дела трговачког кодекса, уводног закона за трговачки законик, законског предлога за олакшање суђења код првостепених судова у случају неувођења усменог поступка и записници седница комисије за преглед Грујићевог нацрта⁵⁷.

Грујићев нацрт имао је 143 члана, распоређена у пет делова („Устројење трговачких судова” (чл. 1–55), „О суђењу код првостепених судова (чл. 56–89)”, „О средствима која се употребити могу противу пресуда и решенија у трговачким парницама издати” (чл. 90–103), „О извршавању пресуда” (чл. 104–141), „О забрани и обустави” (чл. 142)” и „Закључење” (чл. 143)”). На конститутивној седници комисије, одржаној 19. II 1858, одлучено је да Грујић прочита свој пројекат, а да се потом приступи његовом разматрању. Пошто је Грујић на другој седници, одржаној 24. II прочитао првих 50 чланова, комисија је на следеће две седнице (25. и 26. II) стигла до члана 41. Истиност те белешке потврђује сам Грујићев нацрт, у којем се интервенције у тексту срећу до члана 40.⁵⁸

Нико од мемоариста не говори шта се на пољу кодификације трговачког права потом збивало до новембра 1859. Радивоје Милојковић, који је у том тренутку био без запослења, наводи да га је Министарство правде 24. XI 1859. именовало у комисију за преглед нацрта трговачког законика, у којој су поред њега били Грујић и београдски трговац Коста Антула. О току рада комисије зна се врло мало. Захваљујући Грујићевом *Животопису* може се сазнати да су се пред комисијом нашли не само нацрт трговачког законика, већ и „пројект устројења Трговачког суда”. Даља истраживања требало би да одговоре на питање да ли је писац под тим подразумевао само део своје претходно сачињене „формалне части” нацрта трговачког законика о организацији трговачког судства или пројекат у целини. Грујићеви *Зачетици* извор су податка да је кнез Милош желео да се трговачки законик што пре донесе, а да је он (Грујић) за рад на пројекту одвајао послеподнева. Милојковић наводи да је комисија завршила са радом 9. XII 1859, што потврђују и други

⁵⁷ Образована је у јануару 1858. усменим закључком Савета; чланови су били министар финансија Јован Мариновић, саветници Алекса Јанковић и Димитрије Црнобарац, председник Апелационог суда Јован Филиповић, начелник Иностраног одељења Кнежевске канцеларије Димитрије Матић, док је Грујић био деловођа. Вид. Алекса С. Јовановић, „О постанку београдског трговачког суда”, АПДН књ. IX, св. 2/1910, 144; ДАС, ПО, 143/298.

⁵⁸ ДАС, ПО, 143/298, нацрт другог дела трговачког законика; записник комисије за преглед Грујићевог нацрта.

извори, а Грујић да је Трговачки законик издат 25. I 1860, а то се заправо догодило дан касније.⁵⁹

4. ЗАПИСИ О НАСТАНКУ ЗАКОНИКА ИЗ ОБЛАСТИ ЈАВНОГ ПРАВА

Најмлађа кодификација из кривичноправне материје, Полицијски законик, донета је 1850. Када се и како тачно родила идеја да се он изда, делимична је енигма. Атанасије Николић, начелник у Министарству унутрашњих дела, записао је у својој аутобиографији да је полицијски законик био потребан због тога што у Србији о реду и поретку „није било појма”. На законик у је, наводно, неколико година радио сам Николић, који не помиње да је ико други осим њега имао удела у настанку Полицијског законика.⁶⁰

Изворе који би потврдили истинитост Николићевог самохвалисавог казивања нисмо успели да пронађемо. Доношење кодификације прекршајног права издалека је наговештено у изводу одлука донетих поводом захтевања Петровске скупштине (1848), објављеним у четвртом броју *Зборника закона*. У вези са захтевом посланика Шабачког округа да се строго кажњава псовање вере, крста и поста, решено је да се за сада на народ делује поукама, али и да се на тај лош обичај не заборави кад буде сачињавана „Уредба о полицијским преступљенијима”.⁶¹

Што се тиче самих почетака рада на прекршајној кодификацији, далеко ближе истини од Николићевих навода делује неколико редова из аутобиографије Владимира Јовановића о тој теми. У њима стоји да је први нацрт полицијског законика настао заједничким радом Николића и министра унутрашњих дела Илије Гарашанина, и то тако што је први читао другом чланове аустријског Законика⁶², а други за сваки од њих процењивао да ли може да уђе у будућу српску кодификацију. Никако се не може узети за веродостојно казивање Николе Христића, у то време председника Суда округа пожаревачког, да је комисија формирана ради прегледа тог пројекта⁶³

⁵⁹ *Записи* III, 53–54; А. Вулетић, Љ. Трговчевић, 79–80; Ј. Грујић, 59–60; Г. М. Дракић, У. Н. Станковић (2018), 1591.

⁶⁰ Атанасије Николић, *Биографија верно својом руком написана* (приредили Милоје Р. Сарић и Александар Ж. Петровић), Београд 2002, 115.

⁶¹ ЗЗУ 4/1849, 191.

⁶² Законик о злочинима и тешким полицијским преступима (*Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibetretungen*), из 1803, чији се други део односи на полицијске преступе.

⁶³ Подаци о њеном саставу могу се добити од Христића и грађе Полицијског одељења Министарства унутрашњих дела. Према тим изворима, комисија је била састављена од Илије Гарашанина, министра правде Лазара Арсенијевића Баталаке, секретара Министарства правде Филипа Христића, начелника Подунавског, среза, Смедеревског и Крагујевачког

имала пред собом текст сачињен по пруском узору. Пруска тада не само што није имала полицијски законик, него је у нормативном регулисању прекршајног права пошла у потпуно обрнутом смеру – ка пребацивању суђења за прекршаје у надлежност редовних судова.⁶⁴

У Христићевом сећању остала је жива полемика међу члановима комисије о улози средског полицијског суда. Он је, како наводи, заступао став да на пресуде ове судске инстанце буде дозвољена жалба са суспензивним дејством, које она према тексту нацрта не би имала. У коначној редакцији пројекта, послатој Савету 10. IX 1849, опстало је решење из његове првобитне верзије. Није усвојен ни Христићев предлог, чије порекло треба тражити у аустријском Законику о злочинима и тешким полицијским преступима (чл. 456 другог дела), да окружна начелства буду искључиво жалбена инстанца у поступку за полицијске преступе.⁶⁵

Првим покушајима кодификације кривичног права у мемоаристици није поклоњена велика пажња. Куниберт Давидовићу приписује наум да се у Србији преузме „кривични законик којем је цар Јосиф II дао силе у Војничкој граници”. То је мемоариста сматрао за умесно, јер је та кодификација издата за српски народ попут оног у Кнежевини.⁶⁶ Ако се за ову прилику и може оставити по страни несагласност Куниберта и других извора о Давидовићевим концепцијама кодификаторског рада, никако се не сме заобићи питање идентитета кодекса који кнежев лекар спомиње. Стилизација из његових мемоара указивала би на неки кривични законик који је важио само на подручју Војне границе, а издат је у време владавине поменутог владара (1780–1790). Кодекс с тим описом није постојао. У Граници се примењивао тзв. Јозефински кривични законик (*Josephinische Strafgesetz*)⁶⁷, који јесте донет у доба о којем Куниберт говори, али за простор свих аустријских наследних земаља.

Мемоаристика, осим до сада већ поменутих, не нуди даља обавештења о кодификацији кривичног права све до предаје нацрта Хаџићу и Лазаревићу.

округа (Јакова Лекића, Антонија Мајсторовића и Ранка Матејића), „начелника Министарства унутрашњих дела” (врло вероватно Атанасија Николића, начелника Полицијског одељења Министарства) самог Христића и неименованог помоћника неког од начелстава. ВИД, ДАС, Министарство унутрашњих дела – Полицијско одељење, деловодни протокол за 1849, бр. 1477–1479.

⁶⁴ Н. Vorberg, *Das Strafverfahren in Preußen*, Berlin 1857, VI, 299; Владимир Јовановић, *Успомене* (приредио Василије Крстић), Београд 1988, 75; Никола Христић, *Мемоари (1840–1862)* (приредио Витомир Христић), Београд 2006, 124.

⁶⁵ *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretungen* II, Wien 1803, 114; Н. Христић, 125; ДАС, ДС 87/1850, нацрт полицијског законика

⁶⁶ Б. Куниберт I, 343.

⁶⁷ Alexander Buczinsky, „Organizacija policije i pravosuda u Vojnoj krajini”, *Povijesni prilozi* 13/1994, 84.

Овај први није добро упамтио садржину текста који су „законоиспитатељи” (назив за њих двојицу у регистру Унутрашњег одељења Кнежевске канцеларије) добили на преглед, пошто се у њиховом писму кнезу Милошу од 25. VII 1837. наводи да се нацрт заснива углавном на аустријском, а мањим делом на грчком кривичном законнику.⁶⁸

Одговарајући на Кунибертове критике да се, за разлику од Лазаревића који је предано радио на послу због кога су позвани у Србију, петљао у политику, Хацић је у *Сјоменима* упоредио исход свог и Лазаревићевог рада. Поређење је, са становишта коначног резултата, истинито: његов нацрт је постао законик, а Лазаревићев „нити је света видио, нити у живот ступио”. Хацић, међутим, пренебрегава чињеницу да је Лазаревић свој пројекат предао чак три године пре њега и да је 1840. било планирано да се он одштампа.⁶⁹ Због чега то није учињено, потребно је тек разјаснити.

Мемоарска литература прати затишје у раду на кодификацији кривичног права, тако да се први следећи податак односи на почетак завршне фазе кодификаторског рада. У изводу из својих сећања и дневника, Грујић се присећао да је у неком тренутку у Савету изнет предлог да се донесе кривични законик, на шта је одговорено да је то непотребно. Ако се испрати хронологија Грујићевих успомена, види се да јун 1855, када је кнез Александар упутио Савету званичну иницијативу за израду кривичног законика, долази тек након горе наведеног предлога. Из тога би следило да је кнежевом предлогу претходио неки ранији, о којем се расправљало само на Савету. Међутим, нешто касније Грујић каже како је Савет „коначно усвојио нови предлог кнеза” и формирао комисију за израду кривичног законика, што представља имплицитну исправку раније омашке.⁷⁰

О комисији Грујић пише и у *Животопису*, исправно казујући да је именована у фебруару 1856. За нацрт који је настао као њено дело каже да су га сачинили он, Филип Христић и Рајко Лешјанин, под руководством председника Савета Стефана Магазиновића (председника комисије).⁷¹ Говорећи у својим *Зайсима* о другим темама (раду на кодификацији кривичног поступка, доношењу Закона о скупштини, укидању казне шибе у војном кривичном праву), Грујић се узгредно дотиче и појединих одредаба нацрта.

Према Грујићевом казивању на седници Савета од 25. јула 1856. у пројекту је усвојена троеоба кривичних дела на „злочинствена, кривична и

⁶⁸ Ј. Хацић (1864), 38; А. С. Јовановић (1911), 20.

⁶⁹ Ј. Хацић (1864), 238; Б. Куниберт II, 200; Радош Љушић, *Прво намесничийво (1839–1840)*, Београд 1995, 69, фн. 70; Урош Н. Станковић, „Неколико напомена о нацрту кривичног законика Василија Лазаревића (1839)”, ЗРПФНС 2/2011, 462

⁷⁰ Д. Николић, 67; Никола Ф. Павковић, *Ејноџрафски зайиси Јеврема Грујића*, Београд 1992, 128, 131.

⁷¹ Ј. Грујић, 35. За члана комисије именован је и Ђорђе Ценић, али он није учествовао у њеном раду. Вид. Д. Николић, 70.

полицајна преступлења”. За извршење првог извршилац се кажњава смрћу, робијом или заточењем од две до двадесет година, другог затвором од једне до пет година, с десет до педесет штапова, лишењем звања или новчаном казном од једног до тристо талира, а за треће затвором од једног до тридесет дана, новчаном казном од једног до тридесет талира или једним до тридесет штапова. Погледом на члан 2 нацрта, који даје одређења свих трију врста кривичних дела, може се утврдити да су се најтежа „преступлења” заправо звала „злочина”, а да су у том члану законски минимум и максимум наведени само за полицијске преступе. За остале две врсте Грујић их је морао извести из поглавља о казнама (чл. 14–38), где су прописани општи минимум и максимум за сваку од санкција.⁷²

На седници Савета од 2. V 1858. предмет расправе је, према Грујићевом сећању, био и предлог Илије Гарашанина о укидању казне трчања кроз шибе за цивиле. Грујић се успротивио том предлогу јер би омражена казна била и надаље задржана у војном кривичном законодавству, уз напомену да ју је комисија изоставила из нацрта кривичног законика. Заиста је и било тако, пошто се већ из члана 14, у којем су набројане врсте казни, види да шибе у пројекту нема.⁷³

Доследни свом слободоумљу, Грујић и његови либерали желели су да у други по реду Закон о народној скупштини (1859) уђе одредба према којој ће свако ко се противи „слободној радњи скупштине” бити сматран за издајника отаџбине. Скупштином мање одушевљени Гарашанин залагао се за умеренију формулацију да се противник (и то „законитог”) рада тог тела оквалификује као „преступник закона”. Грујић је у дискусијама вођеним поводом тог питања чврсто стајао на својим позицијама. Либерали су на „издајнику” инсистирали да би нагласили тежину сагрешења, чему за доказ служи и Грујићева напомена да је издаја према нацрту КЗ из 1857. повлачила смртну казну.⁷⁴ У коначном тексту Закона (чл. 2) усвојен је компромисни текст према којем је противник „слободног и законитог” рада скупштине описан као „највећи преступник закона” и стављена му је у изглед „најстрожа казна”.⁷⁵

Грујић у *Животопису* каже да је нацрт послат Савету 24. IV 1857, али је то оспорила представка комисије датирана на 18. III исте године. Познато је да је Савет 17. XII 1857, због потпуне пасивности Министарства правде у вези са поднетим пројектом, затражио да му се он врати.⁷⁶ Према Грујићевим

⁷² *Зайиси* I, 45; ДАС, ДС, 774/1857, нацрт кривичног законика из 1857.

⁷³ Нацрт КЗ из 1857; *Зайиси* I, 114; Д. Николић, 74.

⁷⁴ Вид. чл. 82 нацрта.

⁷⁵ ЗЗУ 12/1859, I; *Зайиси* II, 92.

⁷⁶ Грујић је забележио да је седница Савета на којој је та одлука донета одржана 18. XII. Вид. *Зайиси* I, 73.

белешкама, повод за то је била вишекратно поновљена изјава министра правде да нацрт у Министарству може да лежи и двадесет година.⁷⁷

Одлука о формирању нове комисије за преглед нацрта кривичног законика донета је 9. V 1858. Ту одлуку Грујић је забележио, али не и чланове комисије. У запису догађаја за 30. V 1858. он само вели да је „Рајко (Лешјанин, прим. аут.) у комисији казнителној”⁷⁸ Једна од њених седница, што се такође да сазнати захваљујући Грујићевим *Зайисима*, одржана је 9. VII 1858.

О самој завршници кодификаторског рада, истина лапидарно, такође говори Грујић. Он каже да је Кривични законик издат тек када је то захтевала Светоандрејска скупштина. С великим степеном вероватноће би се могло претпоставити да мемоариста мисли на молбу Одбора Светоандрејске скупштине влади од 15. I 1859. да се поменута кодификација што пре изда.⁷⁹

Коначан текст Кривичног законика Грујић је описао као „нешто поправљен” нацрт из 1857. Јесу ли неке од измена првобитног пројекта допринеле побољшању првобитног пројекта, могло би се дискутовати. Тако су се, рецимо, уместо општег назива за кривично дело, у коначној редакцији КЗ нашли различити термини за сваку његову врсту, нема дефиниције нужне одбране, законски опис кривичног дела убиства је скроман, а новчана казна за зеленаштво релативно блага (трострука вредност прибављене имовинске користи). У нацрту је, с друге стране, појам нужне одбране детаљно објашњен, убиство исцрпно описано, а зеленашу запређено плаћањем десетоструке вредности суме коју је стекао лихварењем.⁸⁰

Најраније идеје да се кодификује кривични поступак у мемоарским списима нису заступљене. У њима се први подаци о изради законика о кривичном поступку односе тек на кодификаторске покушаје који су довели до настанка првог нацрта. На седници Савета од 25. VII 1856. поменута је иницијатива прве комисије за израду кривичног законика да се истовремено с њим сачини и нацрт кодекса о кривичном поступку. Међутим, већ је Савет приликом формирања комисије за израду нацрта кривичног законика (11. II 1856) донео одлуку да се након окончања тог посла приступи кодификацији кривичног поступка. За састављање пројекта је, према сопственом казивању, у мају 1856 усменим закључком Савета упослен Грујић. Он је радећи на том послу имао извесних недоумица у вези с надлежношћу за суђење за

⁷⁷ *Зайиси* I, 73; Ј. Грујић, 36; Д. Николић, 71, фн. 157.

⁷⁸ За њеног преседника именован је саветник Лазар Арсенијевић Баталака, а за остале чланове саветник Александар Ненадовић, српски представник у Дунавској комисији у Бечу Филип Христић, судија Врховног суда Сава Шилић и председник II одељења Апелационог суда Јован Филиповић (вид. Д. Николић, 75). Да ли је Лешјанин накнадно придружен комисији или у њу долазио као привремена испомоћ, нисмо успели да дознамо.

⁷⁹ Д. Николић, 76–77; Ј. Грујић, 36.

⁸⁰ Нацрт КЗ из 1857, чл. 51 и 165; Д. Николић, 92, 106; Ј. Грујић, 36.

полицијске преступе и жалбама на пресуде у тој материји, које су 31. VIII 1857. изнете пред Савет.⁸¹

Прва дилема тичала се кметова као евентуалне судске инстанце у прекршајном поступку. О томе су у Савету постојала три гледишта. Према првом, које су заступали Грујић и министар унутрашњих дела Радован Дамјановић, кметови би имали судску власт, док се према другом, које су бранили министар финансија Александар Ненадовић и главни секретар Савета Јаков Живановић, то нипошто не би смело дозволити. Саветници Лазар Арсенијевић Баталака и Јеремија Станојевић држали су се средњег пута, дајући за право Грујићу, али истовремено сматрајући да није време за решење које он предлаже. Епилог већања био је једногласно усвојени закључак да се задржи решење из чл. 4 Полицијске уредбе (1850), према којем међу инстанцама надлежним за вођење прекршајног поступка нема кметова.⁸²

Последњи Грујићев запис противречи следећем – да је поводом инстанце надлежне за одлучивање о жалбама на пресуде кметова међу саветницима владала потпуна сагласност. Расправе су, наводно, почеле када је на ред дошло разматрање пресуда среских начелника. Међутим, ни то питање није изазвало превише полемике. Највише (и најжустрије) се полемисало око надлежности за разматрање пресуда окружних начелника и увођења Судског одељења у Министарству унутрашњих дела. Закључци поводом тих тачака (да се жалбе подносе Апелационом суду, односно да се Одељење не уводи) усвајане су прегласавањем.⁸³

Саветници су имали прилике да слушају и друга решења из Грујићевог нацрта, али он експлиците наводи само читање одредаба о пороти. Грујић је имао утисак да су чланови Савета са задовољством слушали његова разлагања да је у питању древна српска установа.⁸⁴ У доба о којем је реч већ је постојала литература на српском у којој се то могло прочитати, а често је наглашавано и касније, при чему је идеализација пороте као такве врхунац достигла у делима Јована Авакумовића.⁸⁵

⁸¹ *Зайиси* I, 45; Зоран С. Мирковић, „О постанку српскога кривичног поступка 1865. године: цртица из повести српских рецепција”, *Сиварање љрава: ѿрећи скуј Јуѿословенској удружења за ѿеорију, филозофију и социологију ѿрава*, Београд 2000, 223; Ј. Грујић, 36.

⁸² ЗЗУ 5/1853, 188; *Зайиси* I, 45–46.

⁸³ *Зайиси* I, 47–48.

⁸⁴ *Зайиси* I, 49.

⁸⁵ Егземпларно наводимо неке од наслова: Фрања Палацки, *Законикъ цара србскоѿ Сѿефана Душана Силноѿ, сравнѿнѿ са сѿтаримъ земаљскимъ уредбама у Чешкој* (превео Милош Поповић), Београд 1849, III, 35, 48; Никола Крстић, *Образи из обшѿе исѿоріе*, Нови Сад 1860, 286; Владимир Јовановић, *За слободу и народ*, Нови Сад 1868, 100; Милан С. Убавкић, *Исѿорија Срба ѿо домаѿим и сѿтарим изворима и ѿисцима* I, Београд 1886, 217; Пантелија Славков Срећковић, *Исѿорија срѿскоѿ народа* II, Београд 1888, 935–936; Јован Ђ. Авакумовић, „Стара српска порота поређена са енглеском поротом”, *Глас Срѿске краљевске академије* 44/1894, 10–13.

Излагање о мемоарским записима у вези с овом фазом рада на законнику о кривичном поступку закључују Грујићева белешка да је предао нацрт 1. VII 1857⁸⁶, уз навођење деловодног броја под којим је он био заведен у архиви Савета (и испоставио се као тачан), и опаска да му је рад на кодификацији кривичног поступка био „занимљив”.⁸⁷

У мемоаристици се, како за сада ствари стоје, могу наћи подаци о даљем току рада на законнику, али не и његовом окончању. Грујић је забележио да је његов нацрт послужио као материјал за рад будућих комисија. У историји кодификације кривичног поступка познате су три комисије – две формиране 1860. и једна образована 1865. Ниједна од њих није прегледала Грујићев нацрт. Прве две имале су да размотре пројекат судије Касационог суда Јована Филиповића, прегледан 1860, а трећа онај који је сачинио министар правде Рајко Лешјанин. Да ли су се аутори тог нацрта, и колико, служили ранијим Грујићевим текстом, остаје да се установи. Завршетку кодификације временски најближи запис потиче од Николе Крстића, који је забележио да је 10. IV 1864. Филип Христић у одговору на изјаву италијанског конзула Никола Скoваса (Scovasso) да је у Србији невоља што не постоји законик о кривичном поступку указао на постојање нацрта тог кодекса који ће бити узакoњен.⁸⁸

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Мемоарски списи с подацима о кодификацији права у Кнежевини претежно су дела ученика у кодификаторским подухватима. Од седамнаест цитираних наслова из мемоарске литературе, десет су написала лица која су учествовала у изради неког од законика. Ако се њима додају још двојица које би, иако нису писали неки од нацрта, као правнике по природи ствари кодификација занимала (Никола Крстић и Димитрије Маринковић), може се закључити да израда законика међу мемоаристима-неправницима није сматрана за тему од већег значаја.

Поред тога, мемоаристи – састављачи законика готово да никад не пишу о изради пројеката у којој сами нису учествовали. То се може навести као једна од небројених потврда субјективности мемоарске грађе, извора у којем се по правилу (пре)наглашавају сопствене заслуге. С овим закључком немало се, бар на први поглед, коси податак да неки од аутора мемоарских списа не говоре о свом учешћу у изради неких пројеката за које се може сазнати из других извора. С обзиром на структуру личности неких од мемо-

⁸⁶ Тада је предата само композиција законика. Вид. З. С. Мирковић, 224.

⁸⁷ Н. Ф. Павковић, 131; Ј. Грујић, 36.

⁸⁸ Б. В. Марковић, 103–107; Никола Крстић, *Дневник: јавни животој* I (приредио Милош Јагодић), Београд 2005, 10; Ј. Грујић, 36.

ариста и/или значај дела која им се приписују, скоро да је искључено да такве појединости не би ни поменули. Због тога би било одвећ потребно преиспитати кредибилност извора који им приписују више кодификаторских заслуга од мемоарске грађе.

На излагање из претходног пасуса згодно се надовезује запажање да је Трговачки законик изузетак од праксе да о доношењу неке од кодификација пишу и мемористи који је нису састављали/прегледали. То је помало необично, будући да би се пре могло очекивати управо супротно – да због материје коју је регулисао он буде честа тема и оних који се не би могли похвалити уделом у његовом настанку.

По обиму заступљености података о изрази сваког од законика, мемоаристика се само делимично подудара са стручном литературом. У обема је СГЗ „најпопуларнији” кодекс, али се зато из мемоарске грађе о кодификацији грађанског поступка (нарочито појединим њеним фазама) може сазнати више него из научних радова. То би се можда могло објаснити чињеницом да су састављачи и прегледачи нацрта закона о грађанском поступку написали највише мемоарских списа (шест, наспрам, примера ради, само два потекла од састављача нацрта Полицијског законика).

Ниједна кодификација не може да се подичи тиме да је историјат њеног настанка у мемоаристици потпуно расветљен. Код сваке од њих, макар нека од фаза у њиховом по правилу дугогодишњем настајању потпуно је нерасветљена.

У мемоарским списима ретка су појава подаци којих нема у другим изворима. Уз то, подвргавање мемоарске грађе провери релативно често обелодани њену непоузданост. Међутим, без обзира на све њене недостатке, мемоаристика је незаобилазан извор за изучавање историје настанка српских кодификација, посебно тамо где су други извори затајили. Према њеној употребној вредности треба се односити одмерено – нити је прецењивати, нити је потцењивати.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори

1) Необјављени извори

Државни архив Србије

Државни савет

Збирка Мите Петровића

Књажевска канцеларија

Лицеј

Министарство иностраних дела – Внутрено одељење

Министарство унутрашњих дела – Полицајно одељење
Поклони и откупи

2) *Објављени извори*

- „Автобиографија Јована Хаџића у књижевности названог Милоша Светића”,
Сѣражилово, бр. 45, 6. XI 1886, 1561–1568;
- Вулећић Александра, Трговчевић Љубинка, „Аутобиографске белешке Радиво-
ја Милојковића”, *Мешовића траћа* 21/2003, 61–87;
- Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretungen II*, Wien 1803;
- Гикић Петровић Радмила, *Дневник Анке Обреновић (1836–1838)*, Београд 2007;
- Грујић Јеврем, *Живојосиис Јеврема Грујића* (приредила Зорица Петровић),
Аранђеловац 2009;
- Живановић Јаков, *Неколико љримечанија на књију Славени у Турској од Кијри-
јана Роберџа*, Београд 1890;
- Зайиси Јеврема Грујића I–III*, Београд 1922–1923;
- Јовановић Владимир, *Усиомене* (приредио Василије Крестић), Београд 1988;
- „Кнез Милош прича о себи” (приредио Милан Ђ. Милићевић), *Сјоменик Срп-
ске краљевске академије* 21/1893, 1–33;
- Крестић Василије, „Аутобиографија Димитрија Матића”, *Сјоменик Српске
академије наука и уметности СХХII – Одељење историјских наука* 8 (1981);
- Крестић Василије, Петровић Никола, *Пројокол кнеза Милоша Обреновића
1824–1825*, Београд 1973;
- Крстић Никола, *Дневник: јавни живоји I* (приредио Милош Јагодић), Београд
2005;
- Исти, *Дневник: љривајни и јавни живоји I* (приредили Александра Вулећић и
Милош Јагодић), Београд 2005;
- Куниберт Бартоломео, *Српски усјанак и љрва владавина Милоша Обреновића
I–II*, Београд 1988;
- Ненадовић Љубомир П., *Прилози за србску историју I*, Београд 1858;
- Николић Атанасије, *Биографија верно својом руком најисана* (приредили Ми-
лоје Р. Сарић и Александар Ж. Петровић), Београд 2002;
- Нинковић Нићифор, *Жизнојисанија моја* (приредио Тома Поповић), Београд
1988;
- Павковић Никола Ф., *Ејнојграфски зайиси Јеврема Грујића*, Београд 1992;
- Пирх Ото Дубислав, *Пујовање љо Србији у јодини 1829* (превео Драгиша Т.
Мијушковић), Београд 1899;
- Проја Мајшеја Ненадовић: акџа и јисма* (приредио Велибор Берко Савић),
Горњи Милановац 1984,
- Стефановић Караџић Вук, *Прејиска IV–V*, Београд 1988;
- Усиомене и доживљаји Димитрија Маринковића* (приредио Драгослав Страња-
ковић), Београд 1939;
- Хаџић Јован, „Спомени из моџа дневника”, *Ојледало србско* 2/1864, 36–42; 3/1864,
65–72; 5/1864, 129–138; 6/1864, 161–170; 7/1864, 191–207; 8/1864, 236–239;
- Христић Никола, *Мемоари (1840–1862)* (приредио Витомир Христић), Београд
2006.

3) Штампа

Allgemeine Zeitung München;

Baseler Zeitung;

Сборникъ закона' и уредба' и уредбены' указа' изданы' у Княжесѣвѣ Србиѣ;

Србске новине;

Литература

- Авакумовић Јован Ђ., „Стара српска порота поређена са енглеском поротом”, *Глас Српске краљевске академије* 44/1894;
- Avramović Sima, „The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions”, *Konflikt und Koexistenz: Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert* (ed. Thomas Simon), Frankfurt am Main 2017, 379–482;
- Buczinsky Alexander, „Organizacija policije i pravosuđa u Vojnoj krajini”, *Povijesni prilozi* 13/1994, 77– 109;
- Дракић Гордана М., Станковић Урош Н., „Кодификација трговачког права у Кнежевини Србији (1849–1860)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2018, 1577–1594;
- Исти, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији (1827–1837)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, 141–157;
- Ивић Алекса, „Израда законика за Кнежевину Србију (од 1829–1843)”, *Архив за правне и друштвене науке* књ. III, бр. 3 (1921), 177–197;
- Јовановић Алекса С., „О постанку београдског трговачког суда”, *Архив за правне и друштвене науке* књ. IX, св. 2/1910, 144–145;
- Исти, „Рад на ‘торжественим законима’ ”, *Архив за правне и друштвене науке* књ. XI, св. 1 (1911), 11–25;
- Јовановић Владимир, *За слободу и народ*, Нови Сад 1868;
- Јовановић Слободан, *Друа влада Милоша и Михаила (1858–1868)*, Београд 1923;
- Исти, *Политичке и правне расправе I–III*, Београд 1990;
- Кићовић Миращ, *Јован Хаџић (Милош Свећкић): књижевна ситуација*, Нови Сад 1930;
- Крстић Никола, *Образи из опште историје*, Нови Сад 1860;
- Кршљанин Нина, „Наслеђивање земљишта у нововековној Србији пре Српског грађанског законика: женско право наслеђивања?”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 273–288;
- Љушић Радос, *Кнежевина Србија (1830–1839)*, Београд 2004;
- Исти, *Прво намесничтво (1839–1840)*, Београд 1995;
- Исти, *Србија 19. века: изабрани радови II*, Београд 1998;
- Марковић Божидар В., *О доказима у кривичном процесу*, Београд 1908;
- Мирковић Зоран С., „О постанку српског кривичног поступка 1865. године: цртица из повести српских рецепција”, *Сиварање права: ирећи скуј Јуџословенској удружења за теорију, филозофију и социологију права*, Београд 2000, 221–240;
- Николић Драган, *Кривични законик Кнежевине Србије*, Ниш 1991;
- Никчевић Томица, *Посијанак и покушај ирераде Грађанског законика Кнежевине Србије*, Београд 1971;

- Палацки Фрања, *Законикъ цара србскоѣ Сѣефана Душана Силноѣ, сравнѣнь са сѣаримъ земальскимъ уредбама у Чешкой* (превео Милош Поповић), Београд 1849;
- Попов Нил, *Србија и Русија од Кочине крајине до Свѣтоандрејске скуѣицине* I, Ниш 2022;
- Срећковић Пантелија Славков, *Историја србскоѣ народа* II, Београд 1888;
- Stanković Živomir, *Petrovska narodna skupština 1848. godine*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Beogradu 1984;
- Станковић Урош Н., „Неколико напомена о нацрту кривичног законика Василија Лазаревића (1839)”, *Зборник радова Правноѣ факултѣиѣ у Новом Саду* 2/2011, 459–472;
- Исти, „Нацрт законика о грађанском поступку Јована Хаѣића (1845)”, *Зборник радова Правноѣ факултѣиѣ у Новом Саду* 2/2013, 495–513;
- Исти, „Српски превод француског Законика о грађанском поступку (1806) из 1837”, *Зборник радова Правноѣ факултѣиѣ у Новом Саду* 4/2014, 391–407;
- Стефановић Карацић Вук, *Вуков одговор на лажи и ойдање у Србском улаку*, Беч 1844;
- Убавкић Милан С., *Историја Срба њо домаћим и сѣраним изворима и ѡисцима* I, Београд 1886;
- Vorberg H., *Das Strafverfahren in Preußen*, Berlin 1857;
- Chopin Jean-Marie, Ubcini Abdolomyne, *Provinces danubiennes et roumaines* I, Paris 1856.

Gordana M. Drakić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakić@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-3548-3025

Uroš N. Stanković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9511-0453

The Creation of Serbian Codes (1827–1865): Memories of the Contemporaries

Abstract: *The article puts forth the information on drafting Serbian codes introduced up to 1865 inclusive existing in memoir literature. The contemporaries' memories on code-creating are given in two chapters – records on codification of private law and notes on codification of public law. Each of these divisions contain memoir-writers's notes in relation with the codes belonging to respective fields of law. The authors examined credibility of the records and used them as the basis for further research on certain scarcely known details from Serbian code-drafting history. The research resulted in deepening already existing knowledge on the subject, but also in some new revelations.*

Keywords: *memoirs, the Serbian Civil Code (1844), the Police Code (1850), the Code on Procedure in Civil Lawsuits (1853), the Criminal Code (1860), Code on Procedure in Civil Lawsuits (1860), the Commercial Code (1860), the Code on Procedure in Criminal Matters (1865).*

Датум пријема рада: 30.10.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Маџа М. Кулаузов
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Милан М. Милућин
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

ОПШТЕ ОДРЕДБЕ И СУДСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ПО ЗАКОНИКУ О ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ ИЗ 1865. ГОДИНЕ*

Сажетак: Аутори у раду врше историјскојравну анализу одредаба грађанско процесне кодификације из 1865. године о ошћиним правилима и судској организацији. Законски пројекат израдио је 1864. године министар правде Рајко Лещјанин и поднео га Државном савету на одобрење. У делу који се односи на основна правила кодекса и организацију судске мреже нацрт није усвојен у изворном облику, већ након извесних измена и дојуна, о чему нам грађоцено сведочанство јружа архивска грађа сачувана у фонду Државни савет Архива Србије. Посебна пажња у раду је посвећена и неозакоњеном пројекту измена и дојуна појединих законских решења који је 1872. године израдио шадацњи министар правде Сшојан Вељковић. Иако он никада није сшуйио на снагу, конструкиивна дискусија која се развила између аутора шекста, Комисије Државној савета и окружних судова позованих да размојре њејове одредбе послужила је као основа за делимичну ревизију извесних законских норми, од којих је најзначајније увођење двостејеној судској одлучивања у поледу јресуда ошћинских судова (чл. 15). Сам шекст законској нацрту није сачуван, али се у фонду Министарство правде Архива

* Рад је настао као резултат научног ангажовања на пројекту Правног факултета у Новом Саду под називом „Правна традиција и нови правни изазови” у 2024. години.

Србије налазе мишљења Савейске комисије и окружних судова која су нам приликом писања рада послужила као прворазредан историјски извор.

Кључне речи: Грађански судски поступак, опшће одредбе, судска организација, законски пројекат, Законик из 1865. године.

1. УВОД

За разлику од процеса кодификације материјалног грађанског права који је дао трајне резултате већ 1844. када је донет дуговечни *Законик грађански за Књажество Србију*, рад на унификавању процесног права је у приватноправној материји бележио успоне и падове. Мада прва вест о грађанско процесној кодификацији датира још из средине 1829. године,¹ кодекс је усвојен тек 1853. године али, с обзиром на то да је, предвидевши превелик број судских инстанци и редовних правних лекова учинио судски поступак исувише скупим и компликованим, није издржао испит времена.² Убрзо је замењен новим (1860), који је у стручној јавности оцењен као прекрatak, нејасан, и уопште неподесан за домаће правне прилике, те је стога министар правде Рајко Лешјанин 1864. године израдио нови законски пројекат.³ Као ни остали делови нацрта, ни опште одредбе ни правила о судској организацији нису усвојени у изворној верзији.

2. РАСПРАВА О ЗАКОНСКОМ НАЦРТУ

На Лешјанинов пројекат процесне кодификације Савет је промптно реаговао. Тако је већ на заседању одржаном 26. новембра, три дана након подношења законског текста, именовао четворочлану комисију са задатком да претресе пројектоване одредбе и мишљење о њима поднесе Совјету. Комисију су чинили државни саветници Димитрије Црнобарац, Филип Христић, Ђорђе Ценић и секретар Совјета Димитрије Матић.⁴

У погледу општих одредаба о обиму примене законика и материје коју он уређује, саветници су имали примедбу на стилизацију норме члана 3. која је у изворном облику гласила: „Само на захтевање парничара, суд ће

¹ Урош Станковић, „Први покушаји кодификације грађанског поступка у Србији (1829-1844)”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 2/2012, 491.

² Маша Кулаузов, „Редовни правни лекови по одредбама парничног законодавства из 1853. и 1860. године”, *Зборник радова ПФНС* 3/2016, 862.

³ Рајко Лешјанин Државном савету 23. новембра 1864. године, Архив Србије (у даљем тексту: АС), фонд *Државни савей* (у даљем тексту: ДС), 1865, док. бр. 53, л. 1.

⁴ *Ibid.*

спор у поступак предузети.” Чланови Комисије су сматрали да је у језичком смислу јасније и прецизније формулисана одредба истоветне садржине у кодексу из 1860. године него у законском нацрту, и да треба задржати одредбу из, у том тренутку важеће кодификације, са чим се и министар сагласио. Тако у коначној верзији чл. 3. гласи: „Где нема тужитеља, не може бити ни суђења.” Оваква формулација била је, по мишљењу совјетника, краћа и једноставнија, док је смисао остајао исти.⁵

За разлику од члана 3. поводом којег су се састављачи финалне верзије нацрта задовољили језичком и стилском интервенцијом, првобитној редакцији наредног законског члана упутили су крупне садржинске примедбе. Наиме, саветници су се сложили са формулацијом ст. 1, чл. 4. по којој би се, у случају мешовитих спорова Срба и странаца, као и међусобних парница странаца у Србији везаних за случајеве изложене у §§ 45, 46. и 47. грађанског законика примењивали прописи грађанско процесне кодификације, али су инсистирали да се ст. 2, чл. 4. у целости избрише из разлога нецелисходности.⁶ У другом ставу спорног параграфа аутор је навео: „Но ако су обе парничне стране поданици или заштитници оних држава, које у Србији имају своје заступнике, онда ће им судити србски судови само ако обе парничне стране на то пристану, у смислу § 63 овог законика.”⁷ Комисија је, напротив, заузела став да је потпуно неоправдано да се, мимо случајева већ наведених у цивилном кодексу, а изложених у претходном ставу 4. параграфа, српски судови непотребно оптерећују суђењем страним држављанима.⁸

Министар Лешјанин пак остао је доследан да је овакво законско опредељење нужно због постојећих околности, јер су се већ дешавале такве ситуације у пракси, и стога их је било потребно законским путем уредити.⁹ На крају је прихваћено компромисно решење да се ст. 2, чл. 4. задржи, али уз извесна ограничења. Тако је у коначној редакцији пројектоване законске одредбе предвиђена могућност да домаћи судови суде странцима и мимо случајева прописаних у *Српском грађанском законуку*, али само уз дозволу њихових конзуларних власти.¹⁰

Комисија је имала замерке и на рачун члана 5. у коме су набројани судови актуелни у судском систему Кнежевине. Наиме, у тач. 3. министар је навео

⁵ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 100.

⁶ *Ibid.*, л. 100-101.

⁷ Законик о поступку судском у грађанским парницама (у даљем тексту: Пројекат Законика о судском поступку), АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 3.

⁸ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 100-101.

⁹ Пројекат Законика о судском поступку, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 3.

¹⁰ Законик о поступку судском у грађанским парницама од 26. јануара 1865. године (у даљем тексту: Коначна верзија Законика о судском поступку), АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 141.

Главну контролу која, по мишљењу државних саветника, није редовни већ специјални рачунски суд, што је и законски опредељено у устројству тог *надлештва* (курзив М. К.). Сходно томе, резоновали су саветници, њој није било место у основној одредби о судовима опште надлежности.¹¹ Индикативно је да чланови Комисије Контролу зову *надлештвом*, јер она то и јесте будући да се налази у саставу Државног савета и, ако и има судску власт, свакако не спада у судове генералне јурисдикције. Стога је ни претходни законици о грађанском судском поступку не помињу.¹² Наиме, Главна контрола је основана 1843, док је први Закон о њеном устројству донет наредне, 1844. године, са задатком да прегледа и проверава све државне рачуне прихода и расхода надлештава, општина и свих осталих јавних установа, са завршним рачунима.¹³ У питању је заправо одељење Савета а не судски орган, чијим је оснивањем врховна контролна власт прешла у његове руке где се и задржала све до доношења Устава из 1889. године, којим је Главна контрола постала независна институција изузета из надлежности Државног савета.¹⁴

У законском нацрту је било предвиђено тростепено судство; у улози судова прве инстанце налазили су се општински – примирителни и првостепени – окружни судови, суд вароши Београда, као и трговачки суд у Београду. Жалбени суд био је Апелациони, Врховни суд је Касациони суд, а постојала је и могућност да у извесним случајевима судска власт припадне и изабраном суду.¹⁵ Овако пројектовано законско решење представљало је значајно одступање од аналогне одредбе претходног процесног законика који је, у улози највише судске инстанце предвиђао Апелациони суд (чл. 5).¹⁶ По Устројству из 1860. године у парницама мање вредности (до 1.000 гроша) Апелација је била искључиво разматрајући суд, док је у крупнијим споровима и парницама у којима се тужбени захтев није односио на потраживање у новцу (питања пунолетства, усвојења, оглашења неког лица за распикућу, права службености) поступала као судећи суд (чл. 223).¹⁷ Оваква, крајње

¹¹ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 101.

¹² Вид. чл. 8. Законика о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Београд 1853. и чл. 5. Законика о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1860.

¹³ Милош Јагодић, „Главна контрола у Кнежевини Србији; оснивање и први период рада (1843-1858)”, *Историјски часопис LXIII* (2014), 77-81; Мита Петровић, *Финансије и услове обновљене Србије до 1842. с једним погледом на ранији историјски развој финансиској уређења у Србији, књига I – Од доласка Срба на Балканско пољосије до 1842.*, Београд 1897, 846-848.

¹⁴ Јасмина Милановић, „Главна контрола (1860-1914)”, *Српске студије* 4/2013, 122.

¹⁵ Пројекат Законика о судском поступку, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 3.

¹⁶ Законик о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1860.

¹⁷ *Ibid.*

неуобичајена двојака судска надлежност иначе по правилу жалбене инстанце произвела је низ практичних проблема, унела конфузију и, у крајњој линији, пољуљала поверење грађана у правосудни систем тако да је већ 1865. године враћена ранија судска организација.¹⁸

Саветска комисија је, претресајући нацрт, спочитала министру Лешјанину, његовом аутору, недоследну примену правне терминологије у члановима 36, 41. и 75. пројекта који се односе на првостепени суд, односно правно лице у улози парничне странке.¹⁹ Редактори финалне верзије текста су ову његову мањкавост приписали еклектичком приступу који је састављач кодекса приликом његове израде применио, реципирајући туђа решења из различитих страних извора што је неминовно морало довести до термилошке неуједначености.²⁰ Министар је усвојио комисијске примедбе и, колико год је то било могуће, језички дотерао и прецизирао спорне одредбе у складу са сугестијама стручног тела.²¹

Осврћући се на последњи став чл. 5. који је посвећен судској организацији, у овом случају конкретно изабраном суду, Комисија је стала на становиште да је неопходно ревидирати чл. 26. који је у вези са ст. 5, чл. 5, а односи се на састав изабраног суда, односно број судија које странке постављају. Наиме, по слову пројекта, свака парнична странка има право да изабере од једног до троје судија, али се тај број саветницима учинио претераним. Како, по мишљењу Комисије, већи број судија не доприноси квалитетнијем суђењу, а за парничаре, узевши у обзир природу изборног суда представља додатни трошак,²² редактори кодификације су предложили да се њихов број

¹⁸ Слободан Јовановић, *Друџа влада Милоша и Михаила (1858-1868)*, Београд 1923, 66-68.

¹⁹ Пројекат Законика о судском поступку, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 9, 10. и 16.

²⁰ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 99.

²¹ *Ibid.*, л. 103-104. У стручној књижевности је утврђено да је законски текст писан под превалентним утицајем Аустријског Општег законика о грађанском поступку (1781), мада је у извесној мери реципиран и Пруски Општи законик о грађанском поступку (1795). Више о томе вид. Никола Крстић, *Јавни животи Николе Крстића (Мемоари) од 11. јула 1865. године*, л. 59, Архив САНУ, *Заоставштина Николе Крстића 7198*; М. Кулазов, *Поступак прег Апелационим и Касационим судом по Законнику о грађанском судском поступку из 1865. године*, Нови Сад 2015, 38-51; Matthias Neumayr, Alexander Wilfinger, „Verfahrensgrundrechte juristischer Personen in Zivilprozess“, *Journal für Rechtspolitik* 29, Heft 4/2021, 397; Walter H. Rechberger, „Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa“, *Ritsumeikan Law Review* 25/2008, 101; Mauro Cappellitti, „Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe“, *Michigan Law Review* 5/1971, 854-855.

²² Вид. чл. 440. Законика по коме сваком судији плаћају парничари заједно по један талир на дан, поред путног и подвозног трошка, ако су са стране. Гојко Никетић, *Грађански судски поступак Краљевине Србије пројумачен одлукама Државнога савета и оштите сегнице и одељења Касационога суда*, Београд 1921, 368. Законско решење да странке снесу трошкове судија разумљиво је ако се има у виду недржавни карактер изборног судства.

ограничи на два по избору сваке странке, а да пети судија буде председник суда. Министар је ову примедбу оценио као умесну те се са њом сагласио.²³

Саветници су имали и једну структуралну замерку да одредбама о изборном суду није место у глави II како стоји у пројекту,²⁴ већ да их треба изложити након одредаба о поновљењу парнице, како је то учињено у важећем процесном кодексу.²⁵ Аутор нацрта је и ову сугестију усвојио тако да је изборно суђење регулисано у глави XVI (чл. 433–488) којој претходи поглавље о поновљењу парнице.²⁶ Тиме су исцрпљене комисијске примедбе које су се односиле на основна правила кодекса и општа одређења о судској организацији.

3. ЗАКОНСКИ ПРОЈЕКАТ СТОЈАНА ВЕЉКОВИЋА (1872)

Министар правде Стојан Вељковић предложио је 1872. године парцијалне законске реформе, између осталог и да се новелира чл. 15. кодекса по коме се жалбе против пресуда општинских судова изјављују полицијским властима.²⁷ Ресорни министар је сматрао како би било целисходно увести инстанциону контролу и ових судских одлука и предвидети двостепеност суђења, што је, уосталом, било предвиђено већ чл. 14. Привременог устројства Примирителних судова из 1839. године.²⁸ У том смислу Вељковић се залагао за законско решење по коме би се жалилац, против пресуда и решења општинских судова, обраћао првостепеним судовима као жалбеној инстанци.²⁹

Комисија коју је именовано Државни савет са задатком да прегледа поднете законски нацрт се позитивно изјаснила о пројектованој законској измени,

Наиме, изборне судије су лица од страначког поверења која би парничари уговорним путем овластили да реше њихов спор мимо редовних судова, те сходно томе, како странке у том случају не би остваривале правну заштиту својих повређених или угрожених субјективних грађанских права у редовном судском поступку, логично је да саме снесо трошкове изборног суђења. Ранко Кеча, Боривоје Старовић, *Грађанско процесно право*, Београд 2004, 465–476.

²³ Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 102.

²⁴ Вид. Глава II, чл. 24–39, Пројекат Законика о судском поступку, АС, ДС, 1865, док. бр. 53, л. 6–10.

²⁵ Глава XVII *Избрани суд*, чл. 281–290, Законик о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1860.

²⁶ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1865.

²⁷ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1865.

²⁸ Привремено устројеније, и круг дејателности Примирителни судова, *Сборник закона и уредба и уредбени указа издани у Књажеском Србском*, бр. 1/1840.

²⁹ Оригиналан текст Вељковићевог нацрта није сачуван, али се његова садржина може у доброј мери реконструисати на основу изјашњења Комисије Државног савета и окружних судова о предложеним изменама и допунама.

али је уједно и скренула пажњу на њене практичне импликације. Наиме, саветници су указали на лоше саобраћајне везе између општина и окружних вароши, као и на чињеницу да општине по правилу немају поште, те да је стога немогуће остварити кореспонденцију општинских са окружним судовима. Стаће би се, по мишљењу државних саветника, нарочито усложњавало ако би се предложена законска измена односила и на ситуацију о којој се говори у чл. 11. Законика о грађанском поступку. Наиме, у чл. 11. је прописано да општински суд, на захтев повериоца, може задржати од пута сваког путника који не измири дуг, или не пружи потребне гаранције да је у могућности да намири повериоца.³⁰ Имајући у виду све наведено, Комисија се ипак залагала да се предложена измена не прихвати или да се, ако Државни савет нађе да је ипак целисходна, овласти само председник првостепеног суда да ствар разматра у другом степену, уместо да се то право даје целом суду.³¹

Ставови које су окружни судови заузели поводом наречене законске измене крајње су опречни.³² Тако, док је Неготински окружни суд стао на становиште да је предложена измена добродошла, чак и уколико би одлучивање по жалби припало у надлежност целом првостепеном суду,³³ Смедеревски окружни суд је био одсудно противан било каквој интервенцији у садржини чл. 15. Законика. Наиме, судије ове правосудне институције су одрицале сваки вид ингеренције првостепеним судовима у општинским споровима, не прихватајући ни опцију да се инстанциона надлежност додели само председнику првостепеног суда, уз аргументацију да би се народ изложио огромном трошку и дангуби. Ово стога што многи парничари живе врло далеко од окружних вароши а број предмета у којима би пројектованом изменом било могуће уложити жалбу вишој судској инстанци је веома велик.³⁴ Њихово мишљење делиле су и судије Ужичког окружног суда, али уз нову аргументацију. Они су истакли да би решавање првостепених судова у другом степену, поред трошка и дангубе за парничне странке, проузроковало и огромно оптерећење за судове који би били затрпани новим предметима. Ипак, судије окружног суда су биле конструктивне и предложиле да се у свакој локалној самоуправи формира општински одбор који би чинила петорица

³⁰ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1865.

³¹ Комисија Савету Државном 22. септембра 1872. год., АС, фонд *Министарство њавде* (у даљем тексту: МП), 1872, док. бр. 6, л. 2-3.

³² Министар правде је својим расписом од 28. октобра 1872. године позвао и све судове да размотре нацрт и пошаљу му евентуалне примедбе до краја марта идуће године. Вид. Министар правде свима судовима 28. октобра 1872, АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 12.

³³ Мишљење судије Симића о предложеним допунама и изменама у поступку судском за грађанске парнице од 1865. год., Неготин, 30. март 1873. г., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 30.

³⁴ Председник Окружног суда у Смедереву господину Министру правде 29. марта 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 10.

судија са једногодишњим мандатом. Они би одлучивали поводом изјављених жалби, што би, став је окружних судија, остваривање заштите повређених права процесним путем учинило брзим, лаким и јефтиним.³⁵

Уколико би њихов предлог био усвојен, требало је, по мишљењу ужичких судија, изменити и чл. 20. који се односи на поступање полицијских власти поводом изјављене жалбе,³⁶ и усагласити га са чл. 15. Законика у том правцу да чл. 20. уређује поступак пред петочланим одбором. Одбор би, даље елаборирају судије, имао право да пресуду преиначи или пак жалбу одбаци коначном и извршном пресудом или решењем против којих не би било дозвољено улагање даљих правних лекова. Како одборници, за разлику од полицијских кметова не би примали никакву награду за свој рад, жалиоци би били дужни да плаћају таксу из које би се исплаћивале дневнице судијама. То би, став је Ужичког суда, уједно и одвратило несавесне парничаре од подношења злонамерних и неоснованих жалби, што би, у крајњој линији, водило и смањењу опструкције правосуђа.³⁷

Судије Пожаревачког суда су се залагале за компромисно решење, по коме је инстанциону контролу требало доделити првостепеном суду како је, уосталом, предлагао и министар Вељковић, али не целом правосудном органу већ његовом председнику, који би могао да делегира надлежност поједином судији.³⁸

Како Вељковићев пројекат никад није озаконен, и новелирање одредбе чл. 15. процесне кодификације је одложено. Мада, иако је саветска Комисија изразила скептицизам у погледу пројектоване измене, она је ипак уследила 1882. године у правцу у коме је то десет година раније предлагао аутор законског пројекта. Додуше, двостепено одлучивање правосудних органа уведено је уз извесне резерве. Ограничено је само на пресуде општинских судова донете у споровима вредности преко 20 динара, док је у споровима мање вредности задржана надлежност полицијских власти. Поврх тога, одлучивање није поверено судским већима већ инокосном судском органу, то јест председнику суда или неком од судија по његовом избору.³⁹ Ипак, принцип вишестепености је изузетно важан у процесу контроле правилности и зако-

³⁵ Примјетбе Ужичког окружног суда на Предлог закона о измјенама и допунама законика о пост. судском у грађанскијем парницама од 12. фебруара 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 13.

³⁶ Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1865.

³⁷ Примјетбе Ужичког окружног суда на Предлог закона о измјенама и допунама законика о пост. судском у грађанскијем парницама од 12. фебруара 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 13-14.

³⁸ Примедбе на предлог закона о изменама и допунама Законика о поступку судском у грађ. парницама, Пожаревац, 2. фебруара 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 2.

³⁹ Замена од 28. јуна 1882. године, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији*, бр. 37/1882.

нитости одлука нижих судских власти,⁴⁰ и зато га је, макар и у ограниченом обиму, законодавац увео и у вези са чл. 15. кодекса.

Државни саветници су се, говорећи о правним реперкусијама увођења двостепеног одлучивања осврнули и на чл. 11. Законика којим се овлашћује општински суд да, на повериочев захтев, задржи сваког путника који није измирио дуг, а не може ни да гарантује да ће га измирити. Чачански окружни суд је нашао за сходно да се ова одредба допуни тако што би се прецизирало да се ради о „трошку који је путник учинио за време бављења у меани, гди је био на квартиру, а не би зато дао за себе сигурно јемство, или другу какву сигурност.”⁴¹ Чл. 11. остао је непромењен за све време важења грађанско процесне кодификације.

Министар Вељковић је у свом нацрту углавном определио јурисдикцију првостепених судова на исти начин као што је то учињено у законском тексту. Тако је он у свој пројекат интегрисао и допуну чл. 27, тач. в. по којој су првостепени судови надлежни да решавају и спорове чија вредност не прелази 250 гроша пореских, и за које би иначе редовно били надлежни општински судови, али се у наведеним случајевима у улози повериоца налази правосудна каса или управа Фондова.⁴² Судије Чачанског окружног суда нису сматрале да треба интервенисати у садржини наведене одредбе, али да је потребно унеколико је допунити формулацијом да ће за процену да ли вредност спора износи 250 гроша пореских служити новчана тарифа којом је одређена вредност монете.⁴³ Поменута норма никад није прецизирана у правцу у ком су то 1873. године предлагале чачанске судије. Само је незнатно измењена 1878. године проширењем листе привилегованих поверилаца, ради чије су оптималније правне заштите спорови вредности до 250 гроша и потпали под јурисдикцију првостепених судова, и на државну касу.⁴⁴

Судије Пожаревачког окружног суда нису коментарисале допуну одредбе чл. 27. већ су се генерално осврнуле на бројне процесне злоупотребе које се дешавају у судској пракси јер тужиоци често намерно изигравају закон тако што наводе већу вредност спорне ствари само да би првостепени суд примио тужбу и огласио се стварно надлежним, па макар касније досудио и мање него што је у тужби тражено. Стога су судије сматрале целесходним да се у извесним случајевима тужилац обавезе да, вештачењем или

⁴⁰ Андра Ђорђевић, *Теорија грађанској судској пракси I*, Београд 1924, 16-17.

⁴¹ Приметбе учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама Закона о пост. судском у грађанским парницама, Чачак, 2. април 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 35.

⁴² Допуна од 26. новембра 1865., *Зборник закона и уредба изданих у Књажевићу Србији*, бр. 18/1865.

⁴³ Приметбе учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама Закона о пост. судском у грађанским парницама, Чачак, 2. април 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 35.

⁴⁴ Измене и допуне од 14. јула 1878. год., *Зборник закона и уредба изданих у Књажевићу Србији*, бр. 33/1878.

заклетвом, докаже како вредност спорне ствари износи преко 250 гроша пореских, рачунајући притом да је 28 гроша еквивалентно једном дукату.⁴⁵

4. ЗАКЉУЧАК

Иако Законик из 1865. године није био оригинална творевина српских законописаца већ компилација различитих правних извора, заправо у највећој мери прерада аустријског Општег законика о грађанском поступку (1781), рецепција страног модела је успешно извршена и кодекс је важио пуне 64 године. Он је нормирао судски поступак на начин да странкама гарантује економично и ефикасно остваривање њихових повређених или угрожених субјективних грађанских права пред правосудним органима. Најзначајнију новину у односу на претходну грађанско процесну кодификацију из 1860. године представљало је поновно увођење тростепеног судства. И током расправе о законском пројекту Стојана Вељковића знатан број судија је указао на целисходност двостепеног судског одлучивања поводом жалби изјављених против пресуда општинских судова (чл. 15). На крају је законска измена у том правцу и уследила 1882. године. Што се тиче осталих одредаба о општим правилима Законика и судској организацији оне су, као уосталом и сам кодекс, издржале испит времена и примењивале се у готово изворној верзији за све време важења кодификације.⁴⁶ Наравно, када је уместо гроша уведен динар као национална монета у Кнежевини Србији, сходно промени средства плаћања промењена је и надлежност судова свих инстанци, али те измене нису задрале у саму садржину законских решења.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори

1. Необјављени извори

1.1. Фондови Архива Србије

Државни савети:

Рајко Лешјанин Државном савету 23. новембра 1864. године, 1865, док. бр. 53.

Законик о поступку судском у грађанским парницама, 1865, док. бр. 53.

Извештај Комисије Државном савету од 14. децембра 1864. године, 1865, док. бр. 53.

⁴⁵ Примедбе на предлог закона о изменама и допунама Законика о поступку судском у грађ. парницама, Пожаревац, 2. фебруара 1873. год., АС, МП, 1873, док. бр. 4, л. 2-3.

⁴⁶ О поступку пред првостепеним судовима, Апелационим и Касационим судом вид. М. Кулаузов, *Посебан извештај пред Апелационим и Касационим судом по Законику о грађанском судском поступку из 1865. године*, Нови Сад 2015, 53-91.

Законик о поступку судском у грађанским парницама од 26. јануара 1865. године, 1865, док. бр. 53.

Министарство правде:

Комисија Савету Државном 22. септембра 1872. год., 1872, док. бр. 6.

Министар правде свима судовима 28. октобра 1872, 1873, док. бр. 4.

Примедбе на предлог закона о изменама и допунама Законика о поступку судском у грађ. парницама, Пожаревац, 2. фебруара 1873. год., 1873, док. бр. 4.

Примјетбе Ужичког окружног суда на Предлог закона о измјенама и допунама законика о пост. судском у грађанскијем парницама од 12. фебруара 1873. год., 1873, док. бр. 4.

Председник Окружног суда у Смедереву господину Министру правде 29. марта 1873. год., 1873, док. бр. 4.

Мишљење судије Симића о предложеним допунама и изменама у поступку судском за грађанске парнице од 1865. год., Неготин, 30. март 1873. г., 1873, док. бр. 4.

Приметбе учињене противу штампаног предлога о изменама и допунама Закона о пост. судском у грађанским парницама, Чачак, 2. април 1873. год., 1873, док. бр. 4.

1.2. Фондови Архива САНУ, Београд

Заоставштина Николе Крстића:

Јавни живот Николе Крстића (Мемоари) 7198-7199.

2. Објављени извори

Привремено устројеније, и круг дејателности Примирителни судова, *Сборник закона и уредба и уредбени указа издани у Књажесћиву Србском*, бр. 1/1840.

Законик о судејском поступку у парницама грађанским за Књажество Србију, Београд 1853.

Законик о поступку судејском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1860.

Законик о поступку судском у грађанским парницама за Књажество Србију, Београд 1865.

Допуна од 26. новембра 1865., *Зборник закона и уредба изданих у Књажесћиву Србији*, бр. 18/1865.

Измене и допуне од 14. јула 1878. год., *Зборник закона и уредаба изданих у Књажесћиву Србији*, бр. 33/1878.

Замена од 28. јуна 1882. године, *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији*, бр. 37/1882.

Литература

Ђорђевић Андра, *Теорија грађанској судској процесујика I*, Београд 1924.

Јагодић Милош, „Главна контрола у Кнежевини Србији; оснивање и први период рада (1843-1858)”, *Историјски часопис LXIII* (2014), 77-100.

Јовановић Слободан, *Друја влада Милоша и Михаила (1858-1868)*, Београд 1923.

Кеча Ранко, Старовић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Београд 2004.

- Кулаузов Маша, *Посиуџак њред Аџелационим и Касационим судом њо Законику о грађанском судском посџуџу из 1865. године*, Нови Сад 2015.
- Кулаузов Маша, „Редовни правни лекови по одредбама парничног законодавства из 1853. и 1860. године”, *Зборник радова ПФНС* 3/2016, 861-876.
- Милановић Јасмина, „Главна контрола (1860-1914)”, *Српске сџудије* 4/2013, 119-147.
- Neumayr Matthias, Wilfinger Alexander, „Verfahrensgrundrechte juristischer Personen in Zivilprozess”, *Journal für Rechtspolitik* 29, Heft 4/2021, 395-405.
- Никетић Гојко, *Грађански судски посџуџак Краљевине Србије џроџумачен одлукама Државноџ савџџа и опшџџе седнице и одџељџа Касационоџа суда*, Београд 1921.
- Rechberger Walter H., „Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa”, *Ritsumeikan Law Review* 25/2008, 101-110.
- Петровић Мита, *Финансије и усџанове обновљене Србије до 1842. с једним џољедом на ранији исџориски развој финансискоџ уређења у Србији, књџџа I – Од доласка Срба на Балканско џолуосџрво до 1842*, Београд 1897.
- Станковић Урош, „Први покушаји кодификације грађанског поступка у Србији (1829-1844)”, *Зборник радова Правноџ факулџџџџа у Новом Саду* 2/2012, 489-508.
- Cappellitti Mauro, „Social and Political Aspects of Civil Procedure – Reforms and Trends in Western and Eastern Europe”, *Michigan Law Review* 5/1971, 847-886.

Maša M. Kulauzov
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-2805-7773

Milan M. Milutin
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-4025-5222

General Provisions and Judicial Organization According to Code of Civil Procedure of Serbia from 1865

Abstract: *In the paper authors give legal history analysis of provisions of legislation on civil procedure regarding general rules and judicial organization. Minister of Justice Rajko Lešjanin prepared the draft and consigned it to State Council for approval. Part of draft concerning common provisions and organization of courts was not accepted in its original version, only after certain changes and supplements. Valuable source for aforementioned amendments is archival material stored in the fond of the State Council, in the State Archive of Serbia. In the article special attention was given to unenacted draft consisting of changes and supplements of some code provisions, prepared by then minister of justice Stojan Veljković in 1872. Although above-mentioned draft never came into force, constructive discussion that had developed between the author of the draft, State Council's Commission and district courts served as a base for partial revision of certain provisions of Code of Civil Procedure, among which the most important one is introduction of two-stage decision making in municipal courts (par. 15). Original text of the draft has not been preserved, but in the fond of the Ministry of Justice in The State Archive of Serbia one can find opinions of State Council's Commission and district courts that were used as a key historical source for writing the article.*

Keywords: *Civil proceedings, general provisions, judicial organization, draft, Code from 1865.*

Датум пријема рада: 14.03.2024.

Датум прихватања рада: 23.05.2024.

Валенти́на В. Цветко́вић-Ђорђевић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0009-0007-1830-7464

ДЕКОНСТРУКЦИЈА РИМСКОГ ПРАВА И КОНСТРУКЦИЈА ПОЗИТИВНОГ ПРАВА*

Сажетак: *Тумачење римскоправних извора непосредно утиче на стварање позитивне правне пореџке. У историји су се до сада издвојила два основна тумачења римског права која су прећочена у два кодекса: француски Грађански законик из 1804. године и немачки Грађански законик из 1900. године. Два кодекса на суштински другачији начин утврђују природу колектива и уређују његово делање у правном промету. По немачком Грађанском законнику колектив има аустрактину природу због чега добија сјајус правне лица које не поседује сопствену вољу већ у правном промету учествује преко засиуника. Алтернативно решење поимања колектива и његовог делања присујно је у француском Грађанском законнику које се темељи на изворном римском схватању да колектив (народ) има конкретну природу и да га чине конкретни појединци који учествују у формирању јединствене воље колектива. Две различите концепције колектива и његовог делања одразиле су се на схватање индивидуалне правне делања када се посао предузима посредством групе.*

Кључне речи: *римско право, тумачење, немачки Грађански законик, француски Грађански законик, засиујање.*

1. УВОД

Различита судбина Источног и Западног римског царства одразила се и на различит развој римског права и његовог изучавања. Доношење Јустинијанове кодификација у 6. веку представљало је преломну тачку у будућем развоју права континенталне Европе. У Источном римском царству на темељу Јустинијанове кодификације развија се византијско право превасходно

кроз законодавну активност царева.¹ Римско право на територији Западног римског царства након његовог пада 476. године доживљава кризу. У условима натуралне привреде и феудалног партикуларизма карактеристичним за варварске државе поникле на рушевинама Западног римског царства могле су наћи примену само неке од институција римског права и то у свом упрошћеном облику.² Јустинијанова кодификација пада у заборав јер су се као извори права примењивали само њени скраћени и прерађени преписи.³ Занимање за оригиналан текст Јустинијанове кодификације оживљава у 11. веку са појавом глосатора који, примењујући схоластички метод, настоје „само“ да га протумаче и систематизују.⁴ Критичко изучавање Јустинијанове кодификације јавља се тек у 16. веку у Француској где представници школе елегантне јуриспруденције, користећи се методом *mos gallicus*, реконструирају класично римско право које представља највеће домете римске јуриспруденције.⁵ Њихова немерљива заслуга је установљење правне историје као научне дисциплине. Потоњи развој науке о римском праву углавном је ишао узлазном путањом. Процват изучавања римског права настаје у 19. веку са

¹ * Рад је настао као резултат истраживања у 2024. години у оквиру стратешког пројекта „Проблеми стварања, тумачења и примене права“ са подтемом „Историјски, социолошки и језички контекст изазова у стварању, тумачењу и примени права“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Spyros Troianos, *Le fonti del diritto bizantino*, Traduzione a cura di Pierangelo Buongiorno, G. Giappichelli Torino 2014.

² На територији Западног римског царства непосредно након његове пропасти римско право је наставило да се примењује у квалитативно другачијем облику него до тада. У највећем делу те територије примењивало се такозвано вулгаризовано римско право садржано у варварским зборницима римског права (*Leges Romanae barbarorum*) у које спадају: *Edictum Theodorici*, *Lex Romana Visigothorum* и *Lex Romana Burgundionum*. Реч је о зборницима које су доносили варварски владари а који су садржали упрошћено римско право које се према персоналном принципу примењивало на покорено римско становништво. Вид. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Ујоредна правна традиција*, Службени гласник, Београд 2007, 204-206.

³ Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 1952, 25.

⁴ Глосатори су својим научним тумачењем Јустинијанове кодификације у виду коментара (глоса) створили темељ за нормативну рецепцију римског права која почиње у 13. веку заслугом коментатора (постглосатора). Рецепцијом римског права стварао се нов правни систем који је важио на територији Западне Европе све до доношења првих модерних грађанских кодификација и који је стога добио назив опште право (*ius commune*). Он је обухватио не само рецепирано право из Јустинијанове кодификације већ и елементе канонског и обичајног права. Вид. Jelena Danilović, „Болонска школа и ренесанса права“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1967-1968, 381-395; Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I: Die Glossatoren, C.H.Beck, München 1997; Marc Loth, *Private Law in Context – Enriching Legal Doctrine*, Edward Elgar, Cheltenham 2022, 43-48.

⁵ Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, C.F.Müller, Heidelberg 2005, 68-76.

појавом немачке историјскоправне школе.⁶ Из ње је поникла пандектна наука (пандектистика) чији представници су, на темељу римских извора, створили појмовни апарат и изградили систем који античко римско право није познавало. У оквиру система савременог грађанског права налазе се установе које су настале у римском праву. Међутим, у систему су нашле места и установе које античко римско право није познавало али којима се данас приписује римско порекло.⁷ Романисти 20. века претежно су наставили да изучавају римско право у оквирима које су поставили пандектисти. У 21. веку преиспитује се рад правника протеклих векова с покушајем поновног враћања изворном римском праву а све с циљем целисходног решавања актуелних правних проблема.

2. ДВА СУШТИНСКИ РАЗЛИЧИТА ГРАЂАНСКА ЗАКОНИКА: BGB И CODE NAPOLÉON

Последњи векови обележени су радом романиста на реконструкцији римског права и конструкцији позитивног права. Те две активности налазе се у сталној интеракцији са резултатима који се драстично мењају током времена о чему сведоче два показатеља. Први је поређење два најзначајнија модерна грађанска законика – немачког (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) из 1900. године и француског Грађанског законика (*Code civil* – CC) из 1804. године. Други показатељ су тумачења римског права која претходе доношењу тих законика.

Сличност BGB и CC огледа се у чињеница да су оба законика заснована на римском праву. С друге стране, разлика међу њима произлази из тога што је CC плод нововековног природноправног учења, док је BGB резултат пандектне науке. Доношење грађанског законика био је један од циљева Француске буржоаске револуције. Када је Наполеон дошао на власт 1799. године, уставотворна скупштина већ је одбацила два нацрта законика. Комисија коју је именовано Наполеон састојала се од четири члана од којих су се двојица бавила обичајним правом, а двојица писаним правом.⁸ Комисија је, радећи на састављању законика имала при руци корисно помоћно средство – дело Јозефа Поттијеа (Joseph Pothier), који је био човек старог режима, али

⁶ Hans-Peter Haferkamp, *Die Historische Rechtsschule*, Klostermann, Frankfurt am Main 2018.

⁷ Вид. Giovanni Lobrano, Pietro Paolo Onida, “Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, *Diritto@Storia* 14/2016, 5-48.

⁸ Peter Stein, *Rimsko pravo i Europa* (prev. Nikola Petrak), Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb 2007, 127.

који је обавио важне предрадње нужне за састављање кодификације приватног права. На почетку свог рада Поттије је имао за циљ да доведе римско и обичајно право у један практично примењив поредок.⁹ Поттије је отпочео рад на Пандектама тако што се придржавао њихових изворних титулуса. Унутар сваког титулуса одломке је довео у логичан распоред при чему је титулус садржао увод и прелазне текстове који су повезивали поједине одломке.¹⁰ Након што је именован за професора француског права на Универзитету у Орлеану, Поттије се од тумачења римског права окренуо обради француског обичајног права. Наставак његовог рада састојао се у писању радова о свима важним подручјима приватног права, повезујући римске елементе с обичајним. Најчувенији од његових трактата био је *Traité des Obligations*, који је у основи садржао римско право. Комисија која је састављала СС у великој мери се ослањала управо на Поттијеов трактат о облигацијама.

BGB представља производ пандектистичке мисли која је поникла из немачке историјскоправне школе. Немачки романисти су настојали да открију унутрашње теоријске структуре у римскоправним текстовима.¹¹ Савињи (Savigny), најпознатији представник немачке историјскоправне школе, желео је да покаже како је научне појмове изведене из Дигеста још увек могуће употребити за решење проблема свог времена.¹² Стога је стремио да на темељу римског права изгради „систем најновијег грађанског права“. У ту сврху настојао је да прикаже чврсту везу између античког и савременог права.¹³ За разлику од немачке историјскоправне школе, пандектна наука постала је мање „историјска“, а више је кренула у смеру науке о позитивном праву.¹⁴ Половином 19. века пандектистима постаје јасно како се римско право мора открити изнова, по други пут, ако се уопште жели да оно има неку важност у Немачкој.¹⁵ Отуда је античко римско право требало ревидирати у духу материјалистичких вредносних схватања немачког грађанског друштва. Потреба несметане трговине и тежња ка уједињењу немачких држава проузроковала је доношење Општег немачког трговачког законика (*Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs* – ADHGB) 1861. године. Он није почивао на римском праву већ на старим трговачким обичајима. Разлог томе било је што римско право, као право које је настало у робовласничком дру-

⁹ *Ibid.*, 128.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, 132.

¹² *Ibid.*, 133.

¹³ Вид. Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Немачка историјскоправна школа и српска романистика у XIX веку“, Научни скуп са међународним учешћем *Право у функцији развоја друштва*, мај 2019, Том I, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 213 и даље.

¹⁴ P. Stein, 135.

¹⁵ *Ibid.*

штву, није регулисало односе модерног трговачког друштва. Након Трговачког законика, било је неопходно донети грађански законик. Пандектисти су били мишљења да треба поћи од римских концепата али да их треба „очистити“ од елемената који су карактеристични за неиндустријско друштво у којем је оно настало. Отуда је римска решења требало ревидирати у складу са потребама модерног грађанског друштва. Највећи утицај на садржину BGB-а остварио је Виндшајд (Windscheid) који је у периоду од 1862-1870. написао капиталан уџбеник пандектног права (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) који је до његове смрти 1892. године доживео седам издања. По значају који је остварио на доношење BGB-а његов уџбеник упоређује се са Акурзијевом Великом глосом.¹⁶

Суштинска разлика између немачког и француског Грађанског законика уочава се, између осталог, и у начину на који је уређен општи правни проблем одређивања природе и режима унитарног правног деловања колектива.¹⁷

У римском праву најважнији колектив представљао је народ (*populus*). Римски правници употребљавају појам *corpus* (тачније *corpus ex distantibus*) да означе скуп неживих и живих ствари. Најважнији скуп живих ствари представља народ (*populus*) схваћен као конкретна заједница конкретних појединаца.¹⁸ Било да је реч о народу као категорији јавног права (*populus Romanus* или *populus* у муниципијама) или народу као категорији приватног права (*societates* и *collegia*) увек је присутан елемент заједничке користи (*communio utilitatis*) око које су сагласни његови чланови.¹⁹ Како би популус могао да ступа у правне односе (та његова улога изражене је речима *personam habere*), мора бити схваћен као јединствена целина за коју се употребљава термин *corpus* (тело).²⁰ Притом, корпус народа схвата се конкретно – као конкретна заједница конкретних појединаца. За разлику од римског схватања популуса, савремена доктрина народ претежно поима као апстрактан колектив. Ступање колектива у правне односе претпоставља артикулација његовог гласа као целине. Будући да је популус конкретна заједница, по римском схватању у стању је да изрази своју јединствену вољу у скупштини својих чланова а својим сарадницима, који су му подређени, налаже путем мандатума предузимање правних аката чиме се успоставља веза између

¹⁶ P. Stein, 137.

¹⁷ Вид. Giovanni Carlo Seazzu, „Due, opposti “diritti civili” romani(sti): BGB e Code Napoléon”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), EDES, Sassari 2022a, 12.

¹⁸ Вид. D.41.3.30 pr.

¹⁹ Giovanni Carlo Seazzu, “Corpus habere e personam habere. Una nota”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), Sassari 2022b, 126.

²⁰ *Ibid.*

воље популуса и воље других учесника.²¹ Такав облик сарадње колектива као целине и његових мандатара представља партиципативни режим који је у основи демократски. Ако се, пак, колектив поима апстрактно (што је данас најчешће случај), он није у стању да изрази сопствену вољу због чега су му потребни заступници на које се преноси власт да изразе сопствену вољу којом замењују хипотетичку вољу колектива. На тај начин заступници постају надређени колективу који заступају. Режим изражавања воље апстрактног колектива одговара установи заступања која се у суштини своди на туторство у коме је колектив штићеник а заступници татори.²²

Потије, отац француског Грађанског законика, остао је веран римском схватању колектива који је по природи конкретна целина која у праву учествује на основу партиципативног режима. С друге стране, Виншајд (отац немачког грађанског законика) одступа од римскоправних извора већ их (намерно?) креативно тумачи тако да колективу као целини приписује апстрактну природу и режим заступања у правном промету.

3. РАЗЛИЧИТО ТУМАЧЕЊЕ РИМСКОПРАВНИХ ИЗВОРА КАО УЗРОК РАЗЛИЧИТИХ РЕШЕЊА НЕМАЧКОГ И ФРАНЦУСКОГ ПРАВА

Схватање о природи и режиму правног делања колектива проширено је и на индивидуално правно делање када се посао предузима посредством другог.²³ У римском праву пословно способно лице могло је поверити извршење посла другом лицу на два начина. Уколико се извршење посла поверава својевласном лицу (*sui iuris*), закључивао се уговор о налогу (*mandatum*). Извршење посла се могло наложити и лицу унутар породице (сину *alieni iuris* или робу) у ком случају је патерфамилијас односно господар одговарао за обавезу коју је преузело потчињено лице по преторској тужби *quod iussum* (D.15.4). Решења римског права произлазе из робовласничког карактера римског друштва и устројства римске породице у којој приватну правну способност има само патерфамилијас. С друге стране, интензиван робно-новчани промет имао је за последицу немогућност патерфамилијаса да послове обавља сам већ је њихово извршење поверавао синовима *alieni iuris* и

²¹ *Ibid.*, 132.

²² Савремена установа заступања води порекло из 13. века и одликује се заменом воље заступаног вољом заступника због чега заступани престаје бити господар посла већ то постаје заступник. Установа заступања производ је три чиниоца: теократског, феудалног и „Хобсовог“, који су наступали сукцесивно. Вид. Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Да ли је римско право познавало установу заступања?“, Међународни научни скуп *Правни систем у времену нове реалности*, септембар 2021, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 333-347.

²³ G. Carlo Seazzu (2022a), 13.

робовима. За разлику од мандатума на темељу кога је патерфамилијас налагао извршење посла слободном лицу ван породице, *actiones adiecticiae qualitatis* представљају тужбе које је створио претор на основу којих је патерфамилијас одговарао за обавезе из правних послова које су склопили његов син *alieni iuris* или роб (Gaius, *Inst.* IV,70–74). Једна од тих тужби била је *actio quod iussu* која се примењивала када је патерфамилијас дао налог сину или робу да склопи правни посао.

Немачка романистика 19. века је, тумачећи термин *iussum*, римским изворима приписала значење које нису имали али које се уклопило у тадашњи тренд одвајања пуномоћја од мандатума.

За Савињија термин *iussum* остаје у значењу које му је придавано у римском праву. Тако он у свом грандиозном делу „Систем данашњег римског права“ за *iussum domini* употребљава немачку реч *der Befehl* која има значење наредбе коју господар упућује особи под његовом влашћу или особи која није под његовом влашћу али која је на основу уговора о налогу преузела обавезу да изврши одређен правни или фактички посао.²⁴ Воља наредбодавца (господара посла) супериорна је у односу на вољу извршиоца наредбе који је дужан да је поштује.

Две деценије након Савињија, познати пандектиста Виндшајд (Windscheid) мења тумачење римског појма *iussum*. За њега он више нема значење наредбе односно налога, већ упутства (*die Verweisung, Anweisung*) за заступање.²⁵ Штавише, он је мишљења да су Римљани познавали концепт пуномоћја али да је он био обухваћен уговором о налогу (*mandatum*).²⁶

Година 1866. значајна је из два разлога. Те године Виндшајд је објавио други део другог тома свог уџбеника пандектног права. Исте године немачки правни позитивиста Лабанд (Laband) објавио је коментар Општег немачког трговинског законика из 1861. године. Коментаришући одредбе Законика о заступању приликом склапања правних послова Лабанд износи став да су пуномоћје (тачније опуномоћавање) и налог два одвојена правна посла која имају различите претпоставке, садржај и правне последице.²⁷ Иако полази од норми Трговачког законика, своје схватање пуномоћја Лабанд не ограничава на трговачке односе већ истиче да свако пуномоћје треба разликовати од основног правног посла (најчешће уговора о налогу). Истовремено

²⁴ Вид. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin 1840, 93 фн. f.

²⁵ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866, § 482, 391, фн. 6.

²⁶ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887, § 74, 211. фн. 1a.

²⁷ Paul Laband, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183 и даље.

постојање налога и пуномоћја није неопходно јер може постојати налог без пуномоћја као и пуномоћје без налога.²⁸

Пре Лабанда однос пуномоћја и основног правног посла није био предмет научног интересовања већ су се пуномоћје (*die Vollmacht*) и мандат (*das Mandat*) сматрали синонимима односно два странама истог правног односа. Резултат дискусије немачке пандектистике на тему пуномоћја преточен је у немачки Грађански законик који у чл. 167, ст.1 прописује: „Пуномоћје се даје изјавом воље лицу које се овлашћује за заступање или трећем лицу према којем треба вршити заступање“²⁹. Из те одредбе произлази да пуномоћје (*die Vollmacht*) настаје на основу једностраног правног посла којим властодавац овлашћује пуномоћника да га заступа. Тај посао одвојен је од основног правног посла на темељу којег се пуномоћје даје, што произлази из чл. 168 BGB-а: „Престанак пуномоћја се одређује према правном односу за који је оно дато. Пуномоћје је опозиво и када правни однос настави да траје, уколико из овог односа не произлази другачије. На изјаву о опозиву сходно се примењује одредба § 167 ст. 1.“³⁰

Дискусија на тему опуномоћавања у немачкој науци у 19. веку произвела је схватање по коме воља пуномоћника приликом склапања правног посла који му је поверен замењује вољу властодавца. Наиме, немачки аутори су, у оквиру дискусије о непосредном заступању разматрали питање изјаве воље пуномоћника који склапа правни посао са трећим лицем. Склапајући правни посао пуномоћник изјављује вољу. Поједини аутори сматрају да је то воља властодавца, а други су мишљења да је у питању воља пуномоћника. Тако Савињи тврди да се иза воље коју је изјавио заступник (пуномоћник) налази воља заступаног (властодавца).³¹ Као потврду свог става истиче да, иако је уговор склопио заступник, није он уговорна страна већ његов властодавац. Заступник је само гласник који преноси вољу заступаног трећем лицу.³² Из тог разлога Савињијево мишљење назива се „теорија господара посла“ (*Geschäftsherrentheorie*). Ту теорију нису прихватили пандектисти. Они прихватају Виндшајдову „теорију представљања“ (*Repräsentationstheorie*)

²⁸ Ruth Doerner, *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humbolt, Berlin 2018, 48.

²⁹ “Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.“

³⁰ “Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs. 1 entsprechende Anwendung.”

³¹ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München 1989, 456.

³² R. Doerner, 37.

која изражава мисао да заступник изјављује своју вољу а не вољу заступаног у чије име иступа.³³ Савремена наука прихватила је „теорију представљања“ која генерише став да при непосредном заступању воља заступника замењује вољу заступаног.³⁴

За разлику од немачког права у коме је дошло до осамостаљивања пуномоћја од уговора о налогу као основног правног посла, у француском праву важи другачије решење. Француско право не раздваја пуномоћје од налога. Тако у чл. 1984 СС стоји: „Мандат или пуномоћје је акт којим једно лице даје другом моћ да нешто учини за рачун и у име властодавца (ст. 1), Уговор настаје тек када пуномоћник прихвати овлашћење (ст. 2)“³⁵.

Француско право у основи остаје у оквирима римског уговора о налогу. Основна заједничка карактеристика римског и француског решења огледа се у томе да у уговору о налогу (*mandatum*) коегзистирају два елемента (који су у немачком Грађанском законнику раздвојени): први елемент је наређење или упутство које мандант даје мандатару, а други елемент је пренос власти за извршење тог наређења односно за поступање по упутствима. Због тога су у француском Грађанском законнику пуномоћје и налог нераздвојни, а често се употребљавају и као синоними.³⁶

4. ЗАКЉУЧАК

У правном животу колектив иступа као јединствена целина али остају упитни природа и правни режим тог иступања. Одговор на питање о режиму унитарног правног делања колектива проширује се у приватном праву

³³ Истакнути представници ове теорије су и: Унгер (Unger), Бринц (Brinz), Јеринг (Jhering) и Лабанд (Laband). Вид. Н. Coing, 457.

³⁴ Те теорије не представљају различито тумачење исте установе већ објашњавају две установе које су различите по својој суштини и које су настале у различито време. Предузимање посла за туђ рачун може се заснивати на два механизма. Први механизам представља установа заступања која води порекло из средњег века и која се одликује тиме што воља заступника (лица које дела) замењује вољу заступаног (лица за чији рачун се дела). Отуда заступник долази у први план те он постаје господар посла. Други механизам је настао у римском праву при чему у савременом праву не постоји посебан његов назив већ се он објашњава описно – као делање посредством другог. Друго лице, посредством кога се дела, не постаје господар посла већ има кооперативну улогу на основу које је подређено у односу на лице за чији рачун дела. Вид. G. Lobrano, P. P. Onida, 10.

³⁵ (1) “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en se nom.” (2) “Le contrat ne se forme que par l’acceptation du mandataire.”

³⁶ Валентина Цветковић-Ђорђевић, „Опуномоћавање као самосталан правни посао“, *Перспективе имплементације европских сјандарда у правни систем Србије*, књига 9 (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, стр. 211-220.

на индивидуално правно делање „за другог“ или „преко другог“.³⁷ Полазећи од уређења правног делања колектива чију парадигму представља народ уређује се и предузимање правног посла физичког лица посредством другог. Начини тог уређења различити су у немачком и француском Грађанском законнику.

Немачка романистика 19. века је дала одговор на питање о режиму унитарног правног делања колектива који је преточен у немачки Грађански законик, а који се током читавог 20. века некритички прихвата. Тај одговор почива на два преписама. Прва полази од постојања категорије лица неспособних за делање у коју се, поред физичких лица којима право не признаје пословну способност, сврставају и колективи који добијају статус правних лица. Да би та лица могла да учествују у правном промету, прибегава се режиму заступања који чини другу премису. Тај режим проистекао је из установе туторства (*potestas in capite libero* [D.26.1.1.pr.]) на штету установе налога (*mandatum*). Физичка лица која немају правно-релевантну вољу у правном животу заступа тутор односно старатељ. Слично њима ни колектив као апстрактан субјекат (правно лице) који је одвојен од својих чланова не поседује правно-релевантну вољу, већ уместо њега вољу изјављују његови представници.

Романистика 18. века дала је другачији одговор који је преведен у француски Грађански законик. Он почива на конкретном схватању колектива и партиципативном режиму његовог делања.³⁸ Конкретно схватање огледа се у томе што се избегава категорија „правно лице“ већ се појам „лице“ везује само за појединце који у правном промету могу наступати појединачно или у групи – колективу.³⁹ У овом другом случају колективу се не одузима могућност правног делања. Оно се остварује посредством партиципативног режима који се темељи на налогу који чланови колектива дају сарадницима колектива да поступају за његов рачун. Притом, колектив се не сматра апстрактним субјектом (као што је случај са правним лицима) који је одвојен од његових чланова већ је конкретна заједница појединаца.⁴⁰ У француском моделу кључна установа је налог (*mandatum*) код кога воља мандатара не замењује вољу манданта.

Доношењу немачког и француског Грађанског законика претходила је деконструкција римског права која се огледа у одређеном тумачењу римско-правних извора, које је потом употребљено за стварање позитивног права. Потије, отац француског Грађанског законика, тумачећи римске изворе није

³⁷ Вид. Pietro Paolo Onida, "Aggire per altri" o "aggire per mezzo di altri": appunti romanistici sulla „rappresentanza“, Napoli 2018.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ G.C. Seazzu (2022a), 23 и даље.

⁴⁰ *Ibid.*, 25.

се удаљио од њиховог изворног значења. Виндшајд, отац немачког Грађанског законика, у складу са потребама немачког грађанског друштва 19. века, креативно је тумачио римске изворе приписујући појединим установама римског права значење које оне изворно нису имале. На тај начин у 19. веку, делатношћу пандектне науке, извршена је ревизија римског права на начин да су се прогласиле римским модерне установе које античко римско право није познавало или их није познавало у значењу које оне данас имају. Утицај пандектне науке превладао је и у савременом праву. Једна од установа којима је приписано римско порекло управо је установа заступања која има широку примену не само у приватном већ и у јавном праву. Проблеми које данас узрокује установа слободног мандата у политичкој пракси наводи на размишљање о поновном враћању изворном римском праву и његовим механизмима попут партиципативног режима јединственог правног делања колектива односно делања посредствог другог.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори

Гај – *Институције*, Београд 1982 (превод Обрад Станојевић).
Digesta Iustiniani, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>
Немачки Грађански законик.
Француски Грађански законик.

Литература

Аврамовић Сима, Станимировић Војислав, *Упоредна правна прагматика*, Службени гласник, Београд 2007.
Danilović Jelena, „Bolonjska škola i renesansa prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1967-1968, 381-395.
Цветковић-Ђорђевић Валентина, „Да ли је римско право познавало установу заступања?“, Међународни научни скуп *Правни систем у времену нове реалности*, септембар 2021, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 333-347.
Цветковић-Ђорђевић Валентина, „Немачка историјскоправна школа и српска романистика у XIX веку“, Научни скуп са међународним учешћем *Право у функцији развоја друштва*, мај 2019, Том I, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 209-233.
Coing Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, Verlag C. H. Beck, München 1989.
Doerner Ruth, *Abstraktheit der Vollmacht*, Duncker&Humbolt, Berlin 2018.

- Haferkamp Hans-Peter, *Die Historische Rechtsschule*, Klostermann, Frankfurt am Main 2018.
- Laband Paul, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, Bd. X, 1866, 183-241.
- Lange Hermann, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band I: Die Glossatoren, C.H.Beck, München 1997.
- Lobrano Giovanni, Onida Pietro Paolo, “Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà ‘per’ o/e ‘per mezzo di’ altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo”, *Diritto@Storia* 14/2016, 5-48.
- Loth Marc, *Private Law in Context – Enriching Legal Doctrine*, Edward Elgar, Cheltenham 2022, 43-48.
- Onida Pietro Paolo, “*Aggire per altri*“ o “*aggire per mezzo di altri*“: appunti romanistici sulla “*rappresentanza*”, Napoli 2018.
- Schlosser Hans, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext*, C.F.Müller, Heidelberg 2005, 68-76.
- Seazzu Giovanni Carlo, „Due, opposti “diritti civili” romani(sti): BGB e Code Napoléon”, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), EDES, Sassari 2022a, 11-26.
- Seazzu Giovanni Carlo, “Corpus habere e personam habere. Una nota“, *Pandette di Pothier o di Windscheid. Code Napoléon o BGB. Quale “diritto romano”?* (a cura di Giovanni Carlo Seazzu), Sassari 2022b, 123-134.
- Stein Peter, *Rimsko pravo i Europa* (prev. Nikola Petrak), Golden marketing-Tehnička knjiga, Zagreb 2007.
- Troianos Spyros, *Le fonti del diritto bizantino*, Traduzione a cura di Pierangelo Buongiorno, G. Giappichelli Torino 2014.
- von Savigny Friedrich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III, Veit, Berlin 1840.
- Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. II, Zweite Abtheilung, Düsseldorf 1866.
- Windscheid Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I, Sechste Auflage, Frankfurt am Main 1887.
- Wieacker Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck&Ruprecht, Göttingen 1952.

Valentina V. Cvetković-Đorđević
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
valentina_cvetkovic@ius.bg.ac.rs
ORCID ID: 0009-0007-1830-7464

Deconstruction of Roman Law and Construction of Positive Law

Abstract: *The interpretation of Roman legal sources directly affects the creation of a positive legal order. In history, two basic interpretations of Roman law have been distinguished so far, which were translated into two codes: the French Civil Code from 1804 and the German Civil Code from 1900. The two codes determine the nature of the collective in a fundamentally different way and regulate its actions in legal transactions. According to the German Civil Code, the collective has an abstract nature, which is why it gets the status of a legal entity that does not have its own will but participates in legal transactions through representatives. An alternative solution to the concept of the collective and its actions is present in the French Civil Code, which is based on the original Roman understanding that the collective (the people) has a concrete nature and that it is made up of concrete individuals who participate in the formation of the collective's unique will. Two different conceptions of the collective and its action reflected the understanding of individual legal action when work is undertaken through another.*

Keywords: *Roman law, interpretation, German Civil Code, French Civil Code, representation.*

Датум пријема рада: 21.11.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 11.12.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Саво Д. Манојловић

Институти за уредно право у Београду

savomanojlovic1986@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-6017-1544

СПЕЦИФИЧНОСТИ УПРАВНОГ СПОРА И ПОСТУПКА ПО УСТАВНОЈ ЖАЛБИ

Сажетак: Рад се бави исцртавањем јединствених карактеристика два важна правна института: управне тужбе и уставне жалбе. Иако се ови правни механизми могу описати уопштено, њихова примена у пракси захтева суштинско разумевање које превазилази пуко теоријско знање. Циљ рада је да продуби теоријско и практично разумевање ових института кроз анализу њихових специфичних унутрашњих структура које их издвајају од осталих правних средстава.

Основна теза рада додуше је са три погледа, које истичу специфичности института који се иницирају управном тужбом и уставном жалбом. Оне укључују њихов над-институционални карактер, предмет контроле, и дубину анализе која се сироводи у процесу одлучивања. Рад се нарочито фокусира на правне системе у којима су централизовани управни и уставни судови засебне институције, док се истовремено разматрају и системи у којима су ове функције распршене у оквиру општег судства.

Закључак рада је да управна тужба, која историјски прелази уставној жалби, дели значајан „правни ДНК“ са њом, што их чини посебним у односу на друга правна средства и институције. Ова веза налаже да управну тужбу као прелазну уставне жалбе у системима са централизованим уставним судовима.

Кључне речи: Уставна жалба. Управна тужба. Уставни суд. Управни суд.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА И ТЕРМИНОЛОШКЕ НАПОМЕНЕ

Тужба за покретање управног спора и уставна жалба, посматране одвојено, представљају изузетно занимљиве, контроверзне и, на неки начин, увек

недокучиве правне институте. Њихови основни обриси могу се донекле описати. У пракси, међутим, оба ова института захтевају дубље, суптилније правно разумевање, које подразумева не само знање, већ и интуитивно осећање права. Њихова теоријска суштина често остаје недокучива загонетка, која се своди на поједностављене дескрипције.

Оба наведена инсйййууа имају сйецифичну унутрашњу сйруктуру која их издваја од осталих йравних средсйава и лекова. Основна сврха овог рада јесте да аргументовано прикаже и анализира постојање ове тезе, доприносећи бољем теоријском и практичном разумевању института уставне жалбе и управне тужбе. Примарна теза рада ослања се на три стуба (подтезе). Специфичности поступака који се иницирају уставном жалбом и управном тужбом огледају се у њиховом *над-инсйййуиционалном карактеру, йредметиу контроле, и дубини анализе* која се врши приликом одлучивања о њима.

Несумњиви домети овог рада односе се на правне системе у којима се поступци пред уставним, односно управним судовима покрећу уставном жалбом или управном тужбом, при чему ови судови постоје као одвојене, централизоване институције. Ипак, указаћемо и на неке специфичности правних система са дисперзованим уставним и управним судством, где уставну, односно управно-судску контролу врши редовно судство или судство опште надлежности.

У овом раду, ако није другачије наведено, следећи термини су коришћени у датом контексту: *уйравно судоввање/уйравносудски йосйуйкак* подразумева поступак/суђење пред управним судом, које се води по управној тужби којом се оспоравају појединачни, пре свега управни акти. Иако је наведени термин углавном стандардан, у појединим правним системима, управно судство врши и оцену законитости подзаконских општих аката ниже правне снаге. Такво је решење у Француској¹, као и у Немачкој.² Француска је зачетник овог модела где специјализовано управно судство олично у Управном савету (Conseil d'État) оцењује законитост општих аката, а одатле је трансплатирано и у Немачкој, Аустрији, Италији, Шпанији.³ *Усйавно судоввање/усйавносудски йосйуйкак* подразумева поступак који се води по уставној жалби изјављеној против појединачних аката. Коришћење наведеног термина није уобичајено, јер поступак пред централизованим уставним

¹ Члан 47. Закона о управним судовима Немачке (§ 47 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Bundesgesetzblatt Teil I, BGBl. I 1960; geändert durch BGBl. I 1978; BGBl. I 1982; BGBl. I 1986; BGBl. I 1990; BGBl. I 1996; BGBl. I 2001; BGBl. I 2006; BGBl. I 2013; BGBl. I 2016.).

² Члан L. 311-1. Кодекс управног правосуђа (Code de justice administrative, art. L. 311-1 (version en vigueur au 1er janvier 2024)).

³ René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4th edition, Dalloz, Paris 1992, 346-348.

судом подразумева, пре свега, оцену уставности (и законитости) закона и других општих аката.⁴ Шта-више, оцена уставности и законитости општих аката је примарна функција и због ње је и дошло до централизације уставног судства у Аустрији, када је заживела, теоријска конструкција чувеног Ханса Келзена из његове *чисте теорије права*.⁵ Такође у системима који не познају централизовано уставно судство (нпр. у САД) контрола уставности, како појединачна, тако и општа врши се у поступцима пред редовним судовима.⁶ Но, имајући у виду сврху овог рада, ради једноставности изражавања ћемо означени термин користити на овде наведени начин. Термини *ујравно* и *уставно судство* односе се на специјализовани управни суд и централизовани уставни суд који их разликује у односу на системе где су ове функције поверене судовима опште надлежности. Синтагму *редовно судство* користимо правећи разлику између свеокупне судске организације у односу на централизовано уставно судство. Иначе наведени израз се некад користи у жељи да се направи дистинкција између судова опште надлежности (кривичних и парничних) и специјализованих судова (за организовани криминал, привредних, управних...).

2. РАЗМАТРАЊА О СЛИЧНОСТИМА И РАЗЛИКЕ

2.1. Иницирање надинституционалне контроле

За разлику од класичне другостепене, апелационе надлежности по жалби, контрола која се иницира управном тужбом и уставном жалбом представља не само инстанцијско, већ *институционално* вишу супервизију. Инстанцијска контрола постоји када у оквиру исте институције (управе или редовног судства), инстанцијско више тело – другостепени орган или суд врши контролу првостепеног акта. Институционална супервизија подразумева да контрола долази од стране друге институције. Тако у управносудском поступку контрола долази од друге, неуправне институције,[□] односно код уставносудског поступка ван „шињела“ редовног судства.[□] Такође је битно истаћи да је реч о квалитативно новој, додатној контроли. Она долази након што је у оквиру управе и(ли) судства већ извршено ауторитативно решавање одређеног правног питања. Управо је у томе специфична разлика што акт којем се суди долази као ауторитативно решен од стране надлежног,

⁴ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, 23-45.

⁵ Hans Kelsen, „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ (1929), *Die Justiz*, Vol. 6, 576-628.

⁶ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd edition, Foundation Press, New York 2000, 9-36.

меродавног, али не и правно моћнијег органа. Наиме у првом случају управа је најпозванија да (раз)реши управну ствар. Управни суд се јавља као орган који долази из друге (судске) гране власти. Ова осебеност не постоји код осталих, посебних специјализованих судова (привредни, специјални кривични судови итд.) у оквиру редовног судства. Њихова специфичност се превасходно установљава због посебности или значаја материје којом се баве, али нема суштинских, квалитативних разлика у односу на редовне парничне, односно кривичне поступке. Такође у наведеним поступцима не долази до контроле над актима у којим је управа ауторитативно решила одређено питање, већ се пред њима иницира прво решавање одређеног правног питања.

Слично разликовање можемо уочити и код централизованог уставног судовања. Питање да ли је уставни суд, заправо одвојена грана власти превазилази опсег овог рада. Укратко, оно се у одређеним уставним текстовима установљава у делу судског система власти (Немачка), док се у другим регулише у посебној одељку (Француска).⁷ Такође постоји други критеријуми који су од значаја за ову дилему.⁸ Но, несумњиво је да уставно судство има специфичну логику одлучивања и улогу у односу на редовно судство, те је реч о свакако институционалном, организационом и функционалном разликовању које повлачи и специфичан вид контроле. Тако и у теорији није спорно да је Савезни уставни суд Немачке, заправо сепцифична институција, иако се у Основном закону Немачке формално наводи као део судске власти.⁹ На линији наведеног становишта, а и самог термилошког разврставања, налази се и пракса Уставног суда Србије. Тако у бројним одлукама по уставној жалби, Уставни суд је у сијасет својих решења, којима је утврдио да се од њега тражи да поступа као „инстанциони суд“ одбацивао уставне жалбе.¹⁰

И управно, и уставно судство имају свој особени резон који се суштински разликује од класичне инстанционо више контроле. Поред питања целисходности, које је типично за надлежност управне гране власти; другостепени управни орган контролише и питање законитости. Но, контрола управе у управном спору је управо и уведена, јер је очигледно да питање

⁷ Paul Craig, *Administrative Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London 2016, 1-45.

⁸ Саво Манојловић, „Правна природа и положај уставног суда у систему поделе власти”, *Правни живот* 14/2013, 684.

⁹ Одељак VII Устава Француске (Constitution de la Cinquième République, Titre VII: Le Conseil Constitutionnel, articles 56-63).

Ginsburg, Tom. “Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment,” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, 2007, pp. 61-81 Немачки устав (Основни закон) рад уставног судства регулише у поглављу IX „Судство“. У Уставу Србије од 2006 (VI део) и Уставу Хрватске (део V), у одељцима “Уставни суд“ посебно је регулисан положај уставног судства.

¹⁰ Више о томе: С. Манојловић (2013), 684 и шире.

законитости – и поред најбоље воље и жеље управе – знатно делотворније контролише неко меродавнији, а то је (управно) судство. Слична је ситуација и са односом уставног судства према судовима. Несумњиво је да регуларни судови, према слову Устава¹¹, сами такође суде на основу Устава и закона. Иако у поступцима пред редовним судовима у праву Републике Србије у случају сумње у сагласност закона или дугих општих аката са прописима више правне снаге, они могу „ако оцене основаним“ застати са поступком и покренути поступак пред Уставним судом,¹² ми смо присталице тумачења да би редовни судови могли и да у појединачном случају директно да примене одређену уставну норму у случају њене контрадикције у односу на закон. Но, сам институт уставне жалбе је несумњиво уведен, јер је уставно судство позваније да контролише питање уставности у појединачним судским споровима. Исто тако у управном поступку можемо разлучити питање целисходности и законитости, где ово друго утврђује и вануправно тело – управно судство.

Mutatis mutandis, и упоредној литератури се истиче да се уставно судство бави питањима које морају имати „уставноправни“ значај.¹³ Такође, Уставни суд Србије у својој пракси истиче да наводи о повреди уставом зајемчених права морају садржати „уставноправно прихватљиве разлоге“ (Решење Уставног суда Уж – 3198/10 од 15. децембра 2011. године), као и да „не може оцењивати утврђено чињенично стање и примену материјалног права (...), нити преиспитивати правилност закључака редовних судова о изведеним доказима, уколико из разлога наведених у уставној жалби не произлази да је закључивање суда у оспореној судској одлуци било очигледно произвољно“ (Решење Уставног суда Уж – 2849/10 од 10. марта 2011. године). На линији наведеног је и пракса Европског суда за људска права, који се такође бави заштитом основних права, где се истиче да је потребна „огромна нелогичност, неразумност или самовољност“, односно „нешто упадљиво и опипљиво“.¹⁴ Пример Европског суда за људска права истичемо како би поткрепили да је реч о логици која је иманентна за над-институционалну контролу, каква несумњиво постоји када један међународни суд контролише одлуке националног судства.

¹¹ Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed., Duke University Press, 2012, 17-22.

¹² Видети примера ради Решење Уставног суда у Уж 2564 од 9. септембра 2010. године, Решење Уставног суда Уж 2751 од 10. марта 2011. године и Решење Уставног суда Уж 3240 од 12. јула 2011. године.

¹³ Члан 142. став 2. Устава Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006 и 115/2021

¹⁴ Чл. 63. Закона о Уставном суду, Службени гласник РС, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015, 40/2015, 10/2023 и 92/2023).

Такође, битна карактеристика која показује над-институциону контролу видљива је што се контролишу акти који су по правилу извршни. Управни акт је акт ауторитативног карактера, акт власти, заповест заснована на закону, која мора да се спроведе и онда када странка то не жели.¹⁵ У теорији се истиче како једна група француских аутора, чак ове акте назива ”извршивом одлуком”.¹⁶ Слична је ситуација са судским одлукама чија се институционална заокрежност по правилу огледа у извршивости њихових одлука.¹⁷

Другостепено одлучивање у оквиру истих власти или органа нема ове институционално квалитативне разлике. Другостепени суд или управни орган са једнаких позиција контролишу првостепене акте својих инстанци- оно, али не и институционално нижих тела.

2.2. Предмет контроле

Уставном жалбом, као и тужбом којом се покреће управни судски спор, у суштини, се *оспорава појединачни акт којим је одређени орган (власт) ауторитативно, меродавно решио одређену ствар*. У оба случаја „мета која се гађа“ наведеним правним средствима јесте управни (и)ли судски акт; и не постоји заправо класично страначко суочељавање две супротстављене стране.

Сврха целог поступка се углавном своди на укидање егзистенције појединачног акта, који се заправо или жели (само) елиминисати из правног поретка или након тога подносилац управне тужбе/уставне жалбе жели исходovati позитивно решавање правне ствари, дакле доношење новог појединачног акта најчешће дијаметрално супротне садржине. Такође, могуће је да подносилац наведене уставне жалбе, односно управне тужбе жели исходovati само утврђујућу одлуку о повреди права, накнаду штете итд. Но, најбитнија разлика је да је у тим случајевима мета оспоравања одређени појединачни акт, ауторитативно доносен од стране, не ниже инстанце, већ друге институције. Предмет контроле најчешће може представљати одређени правни акт или чак (што је ређе случај) материјални акт (радњу), али су акта изражена у вршењу јавних овлашћења од институције чији се акт оспорава.

Предмет управног судовања представља, пре свега, управни акт.¹⁸ Затим су ту и сви други појединачни акти којима се одлучује о праву, обавези или на другом законом заснованом интересу. Према новом уставном кон-

¹⁵ Jan Komárek, “Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity.” *International Journal of Constitutional Law* 7.3 (2009), 475.

¹⁶ Карел Рид, *Европска конвенција о људским правима – водич за практичаре*, Београд 2007, 70.

¹⁷ Paul Craig, *Administrative Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 135. Драган Милков, *Појам управног акта* (докторска дисертација), Нови Сад 1983, 137.

¹⁸ *Ibid.*, 129

цепту судска заштита се прострла над свим појединачним актима којима се тангира нечији правни интерес. Тај уставни концепт је законски разрађен одустајањем од ранијег издвајања одређених појединачних (тзв. политичких) аката ван домета судске власти.¹⁹ Формулацијама важећег ЗУС-а је разрађен уставни налог²⁰ и предупређена свака могућност да одређени акт управе (формално одређење), управни акт (материјално одређење), појединачни политички акт или било који други несудски акт носиоца јавног овлашћења измакне судској контроли.

У поступку по уставној жалби, предмет испитивања су „појединачни акти или радње државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћа.“²¹ Дакле, првенствено се опет може говорити – и у домаћем праву и у упоредним системима која познају институт уставне жалбе – о појединачним актима, који подразумевају управне акте и судске одлуке. Изузетак представља Аустрија где контроли по уставној жалби подлежу само акти извршне власти,²² што се правда традиционална великим угледом који судије уживају у овој земљи.²³ Имајући у виду да је пре подношења уставне жалбе потребно исцрпети сва правна средства, а да, као што смо рекли, сви појединачни акти подлежу судском, пре свега управно судском преиспитивању, то заправо подразумева да уставно судство, да би „продрло“ до управног акта мора проћи кроз судску одлуку којом је завршен поступак оцене законитости управног акта.

Уставна одредба спомиње и радњу чиме се максимализује заштита од аката (у генеричком смислу) државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења. Над ким год се спроводи одређена радња или се правним актом задире у његова права, обавезе или интересе, има могућност

¹⁹ Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989, 195.

²⁰ *ibid.*

²¹ „Управни спор се не може водити против аката донесених у стварима о којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучује Савезна скупштина, председник Републике, скупштина републике чланице или председник републике чланице.“ Члан 9. став 1. тачка 3) Закона о управним споровима („Службени лист СРЈ”, бр. 46/96). Више о политичким актима: *Саво Манојловић, Појединачни политички акти (разграничење од управних аката)*, мастер рад, Београд 2008, (доступно на Правном факултету Универзитета у Београду), 1-3 и шире.

²² „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону.

Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.“ Чл. 198. Устава Републике Србије

²³ Чл. 170. Устава Републике Србије.

заштите својих Уставом зајемчених права и слобода. Углавном се, пре свега, ради о појединачним акту, јер већина радњи мора – као последица услова претходно исцрпљивања свих правних средстава – проћи кроз одређени судски поступак. Тако је рецимо у предмету у коме је подносилац уставне жалбе тврдио да му је радњом Основног суда у Бору којом је одстрањен из судског ходника повређено људско достојанство и право на слободу кретања, Уставни суд решио да је морао пре тога да потражи заштиту права у редовном судском поступку којим ће се одлучити о евентуалној одговорности Републике Србије за последице оспрене радње, на темељу одредбе члана 172. став 1. Закона о облигационим односима²⁴ којом је прописана одговорност правног лица за штету коју проузрокује његов орган²⁵. У истом решењу се наводи да тек након правноснажног окончања судског поступка, односно ако би такав поступак евентуално био искључен, стичу се услови за подношење уставне жалбе.

Дакле ту би оцена одређене радње до Уставног суда могла доћи само као судском одлуком (појединачни акт) правно решена ствар. У другим случајевима одређена радња представља заправо део, мозаик из одређеног судског поступка, па се и њена уставност цени преко оцене појединачне коначне одлуке. Изузетак би дакле представљале одређене радње које не познају судску заштиту, а то су изузетно ретки случајеви. Но, апсолутни квантитавни примат имају појединачни акти, и то судске одлуке.

Занимљиво је повући паралелу и између одлучивања по уставној жалби којом се тражи заштита права на суђење у разумном року у случају када поступак није окончан и одлучивања управног судства по управној тужби поднетој против ћутања управе. Реч је о суштински идентичним предметима. У оба случаја предмет је овог пута радња, односно њен изостанак – радња нечињења. Посебност, везана за специфичност коју смо истицали да се у наведеним поступку заправо суди акту, би се још јаче истицала у светлу теорије која је тужбу против ћутања управе посматрала као тужбу против акта којим је негативно решено о праву подносиоца – фикција да је донет акт неповољан по тужиоца. Но, склонили смо да се приклонимо теорији која тужбу посматра као средство којим се жели иницирати само одлучивање у управном поступку.²⁶

И управном тужбом против ћутања управе и уставном жалбом против повреда суђења у разумном року се жели исходovati позитивна одлука ко-

²⁴ Christoph Grabenwarter, *Verfassungsrecht: Allgemeines Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 6. izdanje, Facultas Verlag, 2018. 235.

²⁵ E. Melichar, „Nadležnost ustavnog suda Austrije“, *Prva konferencija evropskih ustavnih sudova*, 1973, 18.

²⁶ Службени лист СФРЈ, број 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Службени лист СРЈ, број 31/93 и Службени гласник РС 18/2020.

јом ће се са институционално јаче позиције извршити притисак на процесноправно решавање одређеног правног питања. Уосталом уставна жалба у поступцима који нису окончани јер је дошло до повреде суђења у разумном року су ништа друго до „ћутање“ државних органа; углавном судова и у случају ћутања управног судства на ћутање и управе.

Извесну дисхармонију у наведеним сличностима уноси одлучивање по уставној жалби за повреду права на суђење у разумном року, када је сам поступак окончан. Ту се не може говорити о типичном суђењу акту. Уставни суд ту цени радње, пре свега пропуштања, али и радње органа којима су судови и(ли) управа допринели да одређени поступак траје (не)разумно дуго. Но и у том случају се ствар везује за последњи акт. Заправо оспорава се што он није донет на време, односно сама процедура доношења акта. Но мимо ових изузетака, где поред акта можемо сретати одређене радње, суштина специфичности у предмету оцењивања је да се *цени акти (материјални или њравни) који долази ван друге институције, којим је донилац или вршилац одређеног њравног акта, односно радње вршено одређено јавно овлашћење и био у њравно моћнијем, њравно ауторитативном њоложају њрема њодносноцу њравне њужбе, односно уставне жалбе*. У свим наведеним ситуацијама, осим приликом одлучивања управног судства о „ћутању управе“, односно уставног судства о повреди права на суђење у разумном року, када није донета судска одлука, ми можемо одговорити о надинституционалној контроли акта (у генеричком смислу), који обухвата ауторитативно заокружени правни и материјални акт инстанционог органа. У наведеном изузетку се одлучује о оправданости изостанка правног акта, што се, на крају крајева, такође, уклапа у образложену подтезу.

Наведеним образложењем се подупире и подтеза (о посебности њиховог предмета), јер иако контрола долази од суштинске друге институције (ван судске организације, односно ван управне гране власти) предмет контроле је, најчешће, ауторитативно решен предмет. Управни акт је коначан, а судски правноснажан, док су оба извршна. Предмет контроле стога су углавном правно уобличени акти који већ представљају заокружену правну чињеницу, за разлику од акта који се утврђује у парничном поступку и где суд примарно треба да реши спор. У кривичном поступку, такође већ постоји акт једног државног органа, одељеног од судства – тужилаштва, али он свакако није заокружена правна чињеница. Иако наравно не треба негирати значај оптужних аката који садрже сумњу да је неко извршио кривично дело, они нису заокружене правне чињенице, већ правне индикације. Само начело претпоставке невиности управо указује да с правног аспекта оптужени није крив, док суд то не утврди. У том смислу читав механизам кривичног процесног права се устројава тако да заправо постоји процесни баланс и једнакост између тужилаштва и одбране. У управном поступку такође ваља

нагласити, чест је случај непостојања друге стране, већ се налази само једна страна и управа која ауторитативно разрешава одређено питање, али пре тога није постојао ауторитативан правни акт којим је нека друга институција заокружила и решила одређено питање.

Овде је значајно истаћи разлику у односу на системе који не познају специјализован управносудски поступак, односне оне који не познају централизовано уставно судство. Тако рецимо право САД не познаје институт специјализованог управног судства, већ се заштита од управних аката остварује у класичном грађанском судском поступку.²⁷ Такође слично је у системима у којима не постоји ни централизован уставни суд, већ сами судови врше контролу уставности.²⁸ Првонаведено разликовање, поред осталих специфичности, првенствено је узроковано системским разликама између англосанског концепта владавине права (*rule of law*) и евроконтиненталног концепта правне државе (*Rechtsstaat*),²⁹ као и у америчком стриктном концепту поделе власти и његовој флексибилнијој варијанти. Тако је у англосаксонском концепту владавине права, зачетом у Енглеској и пренетом у САД, дубоко укорееен принцип да сви спорови између грађана и владе, односно јавноправних тела не могу бити под надлежношћу неких специјализованијих, уместо редовних грађанских судова. Таква концепција је, како је истицао један од најрепрезентативнијих теоретичара владавине права – А. Дајси, потпуно непозната праву Енглеске и у дубоком нескладу са њиховом традицијом и обичајима.³⁰ Управо супротно концепт правне државе (*Rechtssta-*

²⁷ Решење Уставног суда Уж 1233/2009

²⁸ Наиме, у случају да другостепени орган управе „ћути“ након што је првостепени орган донео акт неповољне садржине по тужиоца, како вели З. Томић, „судска контрола у управном спору би, у ствари преузела функцију редовне управне контроле у жалбеном поступку(...) Тиме би се негирало начело двостепености и неоправдано осиромашила целина правне контроле над управним актима. Такође је тачна тврдња да у случају „коначног ‘ћутања’ првостепеног органа или кумулативног ‘ћутања’ оба управна степена (...) претходно описана теоријска поставка би се још теже могла бранити. Јер ни посредно не постоји акт о чијој би се законитости суд изјашњавао.“ (З. Томић, стр. 355). Аргументацији З. Томића, би смо додали да је сама хипотеза о „акту неповољне садржине“ у другонаведеном случају још теже бранљива, јер иако се изрека неповељне садржине још и да замислити, сам управни акт чини и образложење, које треба да пружи и *raison d'être* одређене изреке. Постојање образложења је део корпуса права на правично суђење (а оно се односи и на управни поступак); и они је не само део правног, већ цивилизацијског стандарда. Без образложење управно судство нема шта да цени! Такође, шта је са правом на (делотворно) правно средство? Последња инстанца је у ствари прва која решава управну ствар. Сама одлука са образложењем отуда није била предмет никаквог преиспитивања које се иницира одређеним правним средством, већ управни суд представља, суштински првостепену инстанцу решавања.

²⁹ Stephen G. Breyer, et al. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 7th edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2011, 1-15.

³⁰ Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, and Pamela S. Karlan. *Constitutional Law*. 7th ed., Aspen Publishers, 2013, 45.

at) изникао у Немачкој и трансплантиран у евроконтиненталне системе, у једној фази свог развоја је као један од услова – од кога се касније одустало као *sina qua non* елемента – подразумевао је специјализовано управно судство које ће ценити законитост рада управе.³¹ Но и у системима који не познају централизовано управно судство, већ супервизију врши јудикатура опште надлежности, ова специфичност предмета је уочљива. И ту предмет спора у суштини, додуше мање изражено заправо представља ауторитативно заокружен акт јавне власти. У системима који не познају централизовано уставно судство ова специфичност, међутим, не постоји, јер је уставно судовање стопљено са класичном јудикатуром, те оба процеса истовремено спроводи редовно судство.

У односу на специфичност коју смо уочили везану за непостојање типичног страначног суочељавања у централизованом управном и уставном судовању, ваља истаћи да су они само индикатори ове специфичности. Такође, процес глобализације и англосаксонски утицај на људска права и правно процесне институте у великој мери су утицале на специфичности управносудског поступка и донекле разблажиле ову специфичност. Тако се може приметити тенденција појачавања, чак и њена обавезност страначког суочељавања у тзв. јавној расправи и у централизованим управносудским поступцима. Немачко право познаје обавезу одржавања јавне расправе приликом мериторног одлучивања (доношења пресуде), осим у случају да се странке у спору сагласе о непотребности расправе.³² У Аустрији је јавна расправа обавезна уколико странка или заинтересовано лице то траже, али и уколико председник већа или само већа сматрају да је јавна расправа потребна ради решавања спора.³³ И нови Закон о управним споровима Хрватске је на линији ове тенденције, па је тако јавна расправа правило, осим у пар случајева – од којих је за мериторно решавање битан једино изузетак – да суд не мора заказивати јавну расправу, када су чињенице неспорне, а странке не траже јавну расправу. И према решењу новог Закона о управним споровима Србије, где је суочељавање странака у управносудском поступку правило,³⁴ које није заживела у пракси.³⁵ Узрок ове тенденције је свакако директна имплементација члана 6. права на правично суђење из Европске конвенције за заштиту људских права и слобода, којом је, поред осталог зајемчено да

³¹ О разликовању владавине права (*rule of law*) и правне државе (*Rechtsstaat*) више: Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, 119-138.

³² Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1889, 181.

³³ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1895.

³⁴ Дарио Ђерђа, “Нека рјешења новог уређења управног спора у Хрватској”, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2010, 81-88.

³⁵ *ibid.*

“свако има право на правичну и јавну расправу“. На линији изложеног става је и пракса Уставног суда Хрватске, али и хрватска теорија која указује да је претходно законско решењу, где је суд сам одлучивао о потреби заказивања јавне расправе, било у супротности са чланом 6. Европске конвенције о људским правима и слободама.³⁶

У поступку по уставној жалби, Уставни суд одлучује о појединачном акту не заказујући јавну расправу. Према Закону о уставном суду он то може учинити, када оцени да је одржавање потребно,³⁷ али у поступку по уставној жалби у досадашњој пракси, колико је нама познато, није никада учињено. Такође у прилог изражене специфичности везано за непостојање класичног страначног суочеловања странака, а која се рефлектује на подтезу о специфичности предмета, важно је истаћи да класично суочеловање нема утицаја, па ни значај који оно има у осталим (кривичним и грађанским) поступцима. Наиме, имајући у виду да је мета уставне жалбе, односно тужбе, углавном егзистенција акта који се оспорава, опстанак самог акта везан је за образложење које је саставни део акта. Наиме ваљаност образложење акта основни је део корпуса права на правично суђење. Отуда, ако је образложење неадекватно, сама одлука је неуставна. Наведени принцип и више је него јасно исказан у пракси Европског суда за људска права. Тако је утврђена повреда права на правична суђење уколико се доносилац одлуке није бавио јасним и благовременим поднеском подносиоцима; затим непостојање детаљног објашњења у образложењу; непозивање на одређени основ итд.³⁸ На линији изложеног је и пракса Уставног суда Србије.³⁹ Суштински иста логика се може применити и на управносудски поступак. У том смислу присуство доносиоца акта не може у страначком суочеловању спасити егзистенцију самог акта, уколико је он мањкав у своме образложење. Сама јавна расправа заправо представља још једну гаранцију лицу које оспорава акт доносиоца да заштити своја права. Сврха доносиоца акта у том страначком суочеловању, заправо, је ефикасна само приликом расправљања неког компликованијег правног питања. Такође, правило је да изјашњавање представник органа у наведеним поступцима, што због наведене специфичности, што због инерције, углавном се своди на пуко вегетирање на јавној расправи.

Посебно разматраних поступака и у томе што само лица на која се одnose оспорени акти могу иницирати управносудски, односно уставносудски поступак. Тако, првостепени доносилац управног акта не може иницирати поступак пред управним судством подношењем управне тужбе против другостепеног акта. У светлу ових разматрања применљива је подела З. Томи-

³⁶ *ibid.*

³⁷ *ibid.*

³⁸ *ibid.* 85.

³⁹ Члан 37. Закона о Уставном суду.

ћа на праву двостепеност, парадвостепеност, квазидвостепеност и једностепеност.⁴⁰ Тако се као *йрава двосйейеносйй* дефинише када је другостепени орган који одлучује о жалби на првостепено решење ван организационе структуре првостепеног органа. *Приближна* или *йарадвосйейеносйй* постоји када, примера ради, министар решава о жалби на одлучивање органа, који се налази у саставу министарства, те дакле имамо два различита органа, али се један налази у саставу другог. *Квазидвосйейеносйй* би била када о жалби првостепеног органа који представља подручну јединицу, одлучивао министар или директор тог истог органа. На крају једностепеност имамо у случајевима када је искључена могућност изјављивања жалбе у управном поступку. Прилично неспорно делује немогућност да у поступцима приближне или квазидвостепености, нижестепени орган оспорава другостепени акт. Тако је Решењем Врховног суда Србије одбачена тужба инспектора Министарства здравља, као првостепеног органа, против решења министра здравља донетог у другом степену.⁴¹ Такође, чак и код органа код којих можемо говорити о правој двостепености и где постоји извесно институционално раслојавање између другостепеног и првостепеног органа, као што је случај код другостепеног одлучивања Повереника за информације од јавног значаја, не постоји могућност да првостепени орган који је ускрати информацију буде активно легитимисан у управносудском спору, што потврђује и судска пракса.⁴²

Такође, доносилац акта који је поништен у управносудском поступку, није активно легитимисан за подношење уставне жалбе, којом оспорава касирајућу, односно преиначујућу пресуду управног судства.⁴³

У том смислу специфичност предмета се огледа у контроли најчешће ауторитативно уобличеног правног акта или радње коју је одређени орган јавне власти учинио у вршењу својих овлашћења. Затим у чињеници да у току саме расправе не постоји класичан спор, у смислу две равноправне супротстављене стране, што се манифестује и немогућност да доносилац акта буде активно легитимисан за оспоравање одлуке донете у поступку контроле.

2.3. Дубина захвата

Интервенције које уставно, односно управно судство врше у поступку контроле можемо класификовати. Поводом управног спора најбитније је

⁴⁰ Упреди: К. Рид, 196.

⁴¹ Одлука Уставног суда Уж 2689/2012 од 21. фебруара 2013. године.

⁴² Зоран Томић, „Сукцесивност управне и управно-судске заштите“, *Правни живоић*, бр.10/2007, 537.

⁴³ Преузето из: Зоран Томић, *Коментар закона о уйравним сйоровим са судском йраксом*, Београд 2010, 331.

истаћи да постоји *сјор ојраничене јурисдикцију* коме суд оцењује законитост управном тужбом оспореног акта, односно основаност „*ћутања управа, али и сјор ѿуне јурисдикције*, када управно судство поред оцене законитости оспораваног акта одлучује о мериторно решавајући о одређеним правима подносиоца управне тужбе. Ту је најзначајније свакако решавање када пресудом реши управну ствар, чиме у потпуности замењује акт управе. Он тиме поступа и као суд, и као управа. Управни суд тада, како се истиче, решава „два повезана, из истог животног догађаја израсла правна питања“, две правне ствари: „судску, спорну – поништавајући акт чију је незаконитост поводом утврдио“ и „управну начелно ванспорну – као предмет при чијем је правном регулисању настао спор, не враћајући после поништавања акта исту ствар матично надлежном органу управе на поновно решавање“. ⁴⁴ У спорове пуне јурисдикције у домаћем праву спадају одлучивање пресудом и о захтеву подносиоца управне тужбе за накнаду штете, односно за повраћај ствари; накнадно судско решавање управне ствари пресудом по тужби против управног акта донетог у извршењу правноснажне пресуде о поништењу првобитног управног акта; као и непосредном судском извршавању пресуде у случају неизвршења правноснажне управносудске пресуде од стране органе управе. ⁴⁵

Уставни суд одлуком уставну жалбу усваја или одбија као неосновану. Уставни суд, када утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода зајемчена Уставом, *може* поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којим се отклањају штетне последице или ускраћивање зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења. ⁴⁶ Такође, одлуком којом се усваја уставна жалба, Уставни суд одлучује и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете. ⁴⁷

Имајући у виду потребе овог рада, али и чињеница да се у разматраним управносудском и уставносудским поступцима углавном жели укинути егзистенција оспореног акта, нас, превасходно, интересује интервенција, дубина захвата коју уставно, односно управно судство врши на оспорене акте. О интервенцији на оспорени акт, можемо говорити, дакле, само у случају, макар делимично, позитивног одлучивања о уставној жалби, односно управној тужби. Дубина захвата би се могла класификовати на три врсте. *Први* захват би представљао најплиће могуће задирање; и ту се заправо сам оспорени акт не дира, иако се *уиврђује да је оспореним акциом повређено*

⁴⁴ Решење Врховног суда Србије У. 6748/05 од 1. фебруара 2005. године.

⁴⁵ Решење Уставног суда 3/2012 од 21. фебруара 2012. године.

⁴⁶ Зоран Томић, Опште управно право, Београд 2009, 342.

⁴⁷ *Ibid.*

йраво йодносиоца, уз евентуалну накнаду штете. Реч је о „стразбуршкој“ врсти контроле оспорених врста аката, јер Европски суд за људска права из Стразбура својим одлукама може утврдити повреду права из Европске конвенције и евентуално досудити накнаду штете, док сама држава потписница Конвенције утврђује начин отклањања повређеног права. У нашем праву, тако утврђујуће одлуке Европског суда представљају *моућносїй* за понављање судских поступака. Исто тако повреда одређених права се може отклонити овом врсте интервенције. Уколико неко истиче повреду права на суђење у разумном року, она се може отклонити само констатовањем ове повреде, објављивањем одлуке и евентуално накнадом штете, али је јасно да нема сврхе задирати у егзистенцију одређеног акта. Овде дакле можемо приметити да у првој ситуацији орган који врши контролу је лимитиран да врши ову врсту интервенције, те не може ићи даље. Друга ситуација је када се по природи ствари, овај правни проблем може отклонити искључиво овом врстом интервенције, те је нецелисходносно посезати за дубљом интервенцијом. *Друїу* групу представљају касаторни захвати, који су доминирајући у управној судској и уставној судској контроли. И они се огледају у констатовању одређене повреде и правној егзекуцији оспореног акта, који се враћа на поновно одлучивање доносиоцу. *Трећу їруїу*, представљају захвати *їуне јуридикције* у којима поред касације контролор преузима, улогу матичног доносиоца акта који је укинуо, те својим актом истовремено укида претходни акт и замењује га решавајући суштину правног спора.

Веома је битно подвући да је сама дубина захвата, поред условљености моделом надинституционалне контроле који се врши, условљена и самом природом спора. Тако примера ради у случају да пред управном тужбом оспорава управни акт којим се намеће одређена обавеза или одузима одређено право, примера ради дозвола за рад, управно судство самим поништавањем или потврђивањем управног акта окончава предмет. Управни суд у тој ситуацији не може мериторно решити ствар јер самим укидањем тај акт не постоји, док у случају остваривања одређених права, нпр. када управним актом странка није добила дозволу за обављање неке делатности управни суд, уколико је то дозвољено, може својом пресудом поред укидања у спору пуне јурисдиције и издати спорну дозволу. И као што смо већ истакли, Уставни суд усвајајући уставну жалбу којом се истиче повреда права на суђење у разумном року, може само утврдити повреду (уз евентуалну накнаду штете), док у поступцима у којима се истиче неправично суђење оспорени судски акт може поништити.

Последица претходно разматране ван, односно надинституционалне контроле је од утицаја и на дубину захтева. Дакле, не само што су они из своје институционалне позиције позванији да цене питања законитости односно уставности појединачних аката, већ та правна надмоћ и вануправна,

односно неklasично судска позиција их истовремено ограничавају на бављење искључиво правно вишим питањима који су сама есенција њихове надинституционалне позиције. Тако Управни суд, превходно, оцењује питање законитости, док питање целисходности остаје углавном ван домета управе. У правима која познају централизоване управносудски спор, у поменутом спору пуне јурисдикције суд у након судског решавања, преузима и улогу управе, те својом одлуком (пресудом) у потпуности замењује акт управе. Примена наведеног спора пуне јурисдикције је изузетак, како се истиче у теорији, „*спорођо законски условљена*, а у пракси прилично ретка“.⁴⁸ У поступку по уставној жалби, Уставни суд оцењује да ли је одређеним појединачним актом дошло до повреде (уставности), дакле Уставом зајемчених права или слобода Наведена суздржаност је управо последица две претходно разматране специфичности, околности да се оцењује акт друге институције, чак и гране власти; и специфичности предмета контроле, јер се врши контрола акта који је друга институција донела у свом ауторитативном вршењу јавних овлашћења. Стога је трећа специфичност извесна *уздржаносиј у дубини захвайта приликом иншвервенције на оспорени актиј*.

Два подпитања заслужују посебан осврт. Прво, чињеница да и у оквиру управе и судства можемо наћи изузетке, чак и правила да инстанционо више тело има искључиво касаторна овлашћења у односу на нижестепени акт. Врховни касациони суд примера ради не може утврђивати чињенице,⁴⁹ осим уколико то није одређено посебним законом, у случају да је другостепени суд преиначио првостепену одлуку и одлучио о захтевима странака и ако је усвојио жалбу, укинуо првостепену одлуку и одлучио о захтевима странака; већ само уколико су оне утврђене а материјално право погрешно примењено може донети преиначујући одлуку којом ће у пуном судском капацитету решити одређено питање. Шта-више присталице смо становишту да ли је сам придев касациони у његовом називу који је Уставом⁵⁰ утврђен, заправо ограничавајућег карактера, те самим ти његова улога није таква да у другачијем капацитету сем касирајућем може преиспитивати одлуке нижестепених судова. Код управе такође можемо наћи примере где другостепени орган не може одлучивати у пуном капацитету. Узрок ове појаве је, међутим, посве другачији од ограничења које се јавља у управносудском и уставносудском одлучивању. Код Врховног касационог суда ово ограничење се правда питањем ефикасности и немогућношћу да последња инстанца претреса сва питања што за последицу има и њено свођење на касаторну улогу. Код управног и уставног судовања, по тужби, односно уставној жалби, ово пита-

⁴⁸ Члан 89. став 1. и 2. Закона о Уставном суду.

⁴⁹ Члан 89. став 3. Закона о Уставном суду.

⁵⁰ 3. Томић (2009), 347.

ње је последица већ наведене институционалне разлике која повчлачи другачију логику и улогу преиспитивања претходно ауторитативно донетих одлука. Ово ограничење у дубини захвата заправо је последица тога да улога управног судства није бављење управним детаљима, као што ни одлука у одлучивању по уставној жалби није бављење судским нијансама.

Друго подпитање које отвара озбиљне дилеме је чињеница да ипак у одређени случајевима, што на основу изрчитих законских овлашћења, што креативним тумачењем, што практичним поступањем, управно и уставно судство у одређеним случајевима продубљују своје контролне захвате и својим актима замењују акте чију уставност/законитост цене. Таква поставка њихове контроле садржана је у идеји да њихов институционално виши капацитет довољан да искључиво касаторном одлуком и образложењем утре пут институцијама судства и управе да у поновном поступку уважи аргументе и пут које му је скицирало уставно, односно управно судство и не понови своје погрешке. А с друге стране, они треба да ублаже ту флексибилност концепта поделе власти, који би требали да спрече превелики утицај једне гране власти, односно институције од контроле друге. Врло често судови или органи управе, на другачија становишта контролних институција не гледају благонаклоно и истрајавају на претходним позицијама. У том случају долази до институционалног надгорњавања који врло често одређено питање доводи у пат позицију. Тако управа и(ли) судови истрајавају на садржински идентичним одлукама, док управно и уставно судство поништавају њихове одлуке чиме долази до „пинг-понг“ ефекта, па тако сам спор улази у „врзино коло“. Овај судар институционалне надлежности у коме управа и судство желе да одбране сувереност свог одлучивања, изазивао је одговоре у којима су управно и уставно судство кроз законско, али и самопроширење сопствених овлашћења желели да потврде и максимализују своју институционалну јачу позицију. Уколико би ствари остале на почетним позицијама управно и уставно судство би имало донекле празну контролу, без могућности да до краја наметну своје виђење ствари.

Занимљив пример надгорњавања управног судства и доносиоца управног акта, био је у случају „Астро банке“ 2002. године, када је тадашњи Савезни суд СРЈ упорно поништавао решења Народне банке која је (исто тако упорно) настављала да доноси решења о одузимању дозволе за рад и ликвидацију „АСТРА БАНКЕ“ занемарујући примедбе Савезног суда о пропустима учињеним у поступку доношења решења.⁵¹ На крају Савезни суд пресудом поништава решење о одузимању дозволе и „решава управну ствар“ (пуна јурисдикција!) покушавајући да пресудом регулише *profuturo* ситуацију и спречи

⁵¹ Закон о парничном поступку (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023).

даље одузимање дозволе (*sic!*). Без обзира што према тадашњем закону, право на управни спор пуне јурисдикције, није било искључено, *prima facie* је уочљиво да сама природа спора нипошто не дозвољава решавање у пуној јурисдикцији. Чим се решење о одузимању дозволе поништи, више не постоји управна ствар која би се могла решити! Понашање оба органа је крајње проблематично: Народна банке игнорише пресуде Савезног суда (па чак наставља да доноси решења о одузимању дозволе, и након карикатурне пресуде Ус 779/2002 од 3.12.2002. године којом је Суд одлучио у пуној јурисдикцији); а Савезни суд решава у спору пуне јурисдикције тамо где природа ствари то апсолутно не дозвољава. Наведена сага је завршена законодавним изменама које су забраниле могућност управног суда да у управносудском поступку одузимања дозволе банкама одлучује у спору пуне јурисдикције.⁵²

Степен интолеранције редовних судова на задирање уставног судства у њихове одлуке је био још већи. Тако се у Србији отворило као спорно питање да ли Уставни суд уопште може да контролише одлуке редовног судства или је његова контрола Уставом заправо била намењена само контроли управе. Друга озбиљнија дебета водило се око тога да ли Уставни суд може укидати одлуке судства или заправо у поступку по уставној жалби он може само констатовати повреду Уставом зајемченог права, која би могла представљати основ за понављање поступка.⁵³ Овај сукоб мишљења са теоријске расправе, пренео на нормативни терен, када је новелирањем Закона о уставном судству,⁵⁴ законодавац прописао да Уставни суд, поред осталог, „може поништити појединачни акт *осим судске одлуке*.“ Уставни суд је међутим врло лако прескочио ову нормативну препреку, па је тако уместо ранијег поништавања судских одлука⁵⁵, *налајао* суду да понови поступак и то само последњој инстанци⁵⁶, чиме је заправо степен његове интервенције на одлуке редовног суда суштински остао непромењен. Врло брзо Уставни суд је у одбрани своје надлежности посегнуо и за механизмом из арсенала нормативне контроле општих аката, па је *ex officio* покренуо поступак и наведени део законске одредбе прогласио неуставним,⁵⁷ чиме је вратио ствари на почетну нормативну позицију. Устав-

⁵² Члан 143. став 4. Устава.

⁵³ Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 1093/2001 и Ус 1094/2001 од 15. 4. 2002. године, Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 307/2002 од 18.7.2002, Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 704/2002 и 705/2002 од 24. 9. 2002. године, Ус 779 и Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 780 од 3.12. 2002. године.

⁵⁴ Више: Саво Манојловић, „Право на делотворне правно средство и члан 9. Закона о банкама“, *Избор из судске праксе*, 11/10, 13-17 и исти рад у: *Право и привреда*, 4-6/10, 197-208.

⁵⁵ Предраг Трифуновић, „Судска одлука и уставна жалба“, *Билијен судске праксе Врховној суда Србије 3/2009*, 164-170.

⁵⁶ Члан 33. Закона о изменама и допунама Закона о Уставном суду (Службени гласник РС, број 99/11).

⁵⁷ Видети нпр. Одлуку Уставног суда Уж – 3024/10 од 17. фебруара 2011. године.

но судство има веома моћан механизам у спровођењу својих одлука који се огледа у могућности да сам „својом одлуком уређује начин њеног извршавања, када је то потребно“.⁵⁸ Такође, „свако је дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда“⁵⁹, које су „коначне, извршне и општеобавезујуће“.⁶⁰ Управом коришћењем ових механизма, Уставни суд је показао значајну имуност на законодавне промене, којима је покушана да се сузбије дубина његове интервенције на одлуке редовног судства.

Можемо отуда закључити да је непотпуност захвата у уставносудском и управносудском поступку, такође повезана са специфичношћу предмета контроле које долази ван њиховог институционалног атара. Иницијална замисао је отуду свакако била касаторно овлашћење, које је подразумевало једну вишу правну контролу која не задире у потпуности у све сегменте одлуке која се контролише, нити се у наведеним поступцима уставно, односно управно судство бави свим питањима као и редовно судство, односно управа. Како су контролисани субјекти у појединим сегментима остајали на претходним становиштима, наведени органи су сами креирали или им је законодавац (у случају спора пуне јурисдикције) додељивао механизме којима би дубље, чак и у потпуности решавали одређена спорна питања.

Но, овај пример иако изузетак у односу на прво наведену сличност не само што не нарушава изложену подтезу о специфичности поступака, него је заправо потврђује. Тако и у *управносудском* и у *уставносудским институцијама проширење дубине контролног захвата се јавља као механизам пресацања природне ограничениости касирајућег дејства и открива нам отпор који показују различите институције и власти приликом задирења у њиховој деловања.*

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Основна теза рада је детектовање сличности поступака који се воде по управној тужби и уставној жалби и истицање разлика у односу на поступке по осталим правним средствима. Три су нивоа на којима је приказана посебеност.

Први је иницирање надинституционалне посебености, која се огледа у контроли друге институције, која долази из оквира – у управносудском поступку то можемо са сигурношћу, а у уставносудском са резервом рећи – друге власти, односно друге организационе структуре, са различитом или макар појачаном улогом контроле. Отуда се то институционално другчије разлико-

⁵⁸ Одлука Уставног суда Уж – 2618/10 од 7. фебруара 2013. године.

⁵⁹ Одлука Уставног суда IУз – 97/12 од 20. децембра 2012. године.

⁶⁰ Члан 171. став. 2. Устава.

вање врши у односу након што су органи управе, односно редовно судство већ ауторитативно решили одређено правно питање, а саме одлуке које се контролишу су правно већ формиране и заокружени акти, са углавном изразитим правним прерогативима (коначност, правноснажност, извршност...).

Предмет контроле је *групи ниво особености, који нам указује да се заправо суди појединачном ауторитативно донесеном акту*, те за разлику од осталих судских поступака нема класичног страначког суочавања. Сам поступак можемо посматрати као, условно речено, спор између судства, односно органа управе који су ауторитативно решили одређено питање и, са друге стране, подносиоца уставне жалбе, односно управне тужбе. У том случају битно је уочити да наведене „стране“ под контролу долазе из вертикалне позиције где је орган који је доносилац акта претходно одлучивао о судбини подносиоца уставне жалбе, односно управне тужбе. Мешање утицаја различитих система, као и практични изазови благо разводњавају јачину овакве теоријске конструкције дозвољавајући и практикујући суочавање подносиоца уставне жалбе, односно управне тужбе и доносиоца акта.

Трећи ниво који карактерише касирајућа интервенција према одлукама управе и судства, као последица нормативне ограниченост и практична суздржаност уставног и управног судства, такође је узроковано посебношћу поступака, где се врши надинституционална контролаиша предмета који примарно решавају управа и судство. Управно и уставно судство примарно остварују контролу законитости и уставности, а она је знатно краћег домета на целокупно правно питање. Посебну пажњу треба обратити на околност да је приликом управног и уставног судовања дошло у одређеним случајевима до потребе за знатно обухватнијом интервенцијом над одлукама управе и редовног судства. Отпори који су имали управа и редовно судство, према управном и уставном судовању, манифестовале су се на нормативном плану али и у практичном поступању.

Ови изузетци само су још један аргумент у прилог основној тези која показује да правна средства уставне жалбе и управне тужбе који се по њима воде имају у великој мери идентичан „правни ДНК“ који их издваја из групе осталих правних средстава и поступака, као и да је управна тужба, чија је логичка структура трансплатирана у систем централизованог уставног судства, заправо претеча уставне жалбе.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Извори права:

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, број 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Службени лист СРЈ, број 31/93 и Службени гласник РС 18/2020;

- Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду (Службени гласник РС, број 99/11);
- Закон о парничном поступку (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023);
- Закон о Уставном суду (Службени гласник РС, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013, 103/2015, 40/2015, 10/2023 и 92/2023);
- Закон о управним судовима Немачке (Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), Bundesgesetzblatt Teil I, BGBl. I 1960; geändert durch BGBl. I 1978; BGBl. I 1982; BGBl. I 1986; BGBl. I 1990; BGBl. I 1996; BGBl. I 2001; BGBl. I 2006; BGBl. I 2013; BGBl. I 2016.);
- Кодекс управног правосуђа (Code de justice administrative, (version en vigueur au 1er janvier 2024));
- Одлука Уставног суда Уж 2689/2012 од 21. фебруара 2013. године;
- Одељак VII Устава Француске (Constitution de la Cinquième République, Titre VII: Le Conseil Constitutionnel);
- Одлука Уставног суда Уж – 3024/10 од 17. фебруара 2011. године;
- Одлука Уставног суда Уж – 2618/10 од 7. фебруара 2013. године;
- Одлука Уставног суда IУз – 97/12 од 20. децембра 2012. године;
- Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 1093/2001 и Ус 1094/2001 од 15. 4. 2002. године;
- Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 307/2002 од 18.7.2002. године;
- Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 704/2002 и 705/2002 од 24. 9. 2002. године;
- Пресуда Савезног суда СРЈ Ус 780 од 3.12. 2002. године.
- Решење Врховног суда Србије У. 6748/05 од 1. фебруара 2005. године;
- Решење Уставног суда 3/2012 од 21. фебруара 2012. године.
(Решење Уставног суда Уж 1233/2009);
- Решење Уставног суда Уж 2564 од 9. септембра 2010. године.
- Решење Уставног суда Уж 2751 од 10. марта 2011. године;
- Решење Уставног суда Уж 3240 од 12. јула 2011. године;
- Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006 и 115/2021;
- Устав Француске (Constitution de la Cinquième République, Titre VII: Le Conseil Constitutionnel);

Референце

- Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1889;
- Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000;
- Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004;
- Donald P. Kommers, Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd ed., Duke University Press, 2012;
- Дарио Ђерђа, “Нека рјешења новог уређења управног спора у Хрватској”, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 1/2010, 81-88;
- Драган Милков, *Појам управног акција* (докторска дисертација), Нови Сад 1983;
- Е. Melichar, „Nadležnost ustavnog suda Austrije“, Prva konferencija evropskih ustavnih sudova, 1973;

- Карел Рид, *Европска конвенција о људским правима – водич за практичаре*, Београд 2007;
- Christoph Grabenwarter. *Verfassungsrecht: Allgemeines Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 6. izdanje, Facultas Verlag, 2018;
- Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, and Pamela S. Karlan. *Constitutional Law*. 7th ed., Aspen Publishers, 2013;
- Hans Kelsen, „Wer soll der Hüter der Verfassung sein?“ (1929), *Die Justiz*, Vol. 6, 576-628.
- Jan Komárek, “Constitutional Courts in Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity.” *International Journal of Constitutional Law* 7.3, 2009;
- Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd edition, Foundation Press, New York 2000;
- Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989;
- Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1895;
- Paul Craig, *Administrative Law*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London 2016;
- Philip Bobbitt, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*, Oxford University Press, 2011
- Предраг Трифуновић, „Судска одлука и уставна жалба“, Билтен судске праксе Врховног суда Србије 3/2009, 164-170.
- René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 4th edition, Dalloz, Paris 1992, 346-348.
- Саво Манојловић, ”Правна природа и положај уставног суда у систему поделе власти”, *Правни живот* 14/2013;
- Саво Манојловић, *Појединачни политички акци (разграничење од управних акција)*, мастер рад, Београд 2008, (доступно на Правном факултету Универзитета у Београду);
- Саво Манојловић, „Право на делотворне правно средство и члан 9. Закона о банкама”, Избор из судске праксе, 11/10, 13-17 и исти рад у: *Право и привреда*, 4-6/10, 197-208.
- Stephen G. Breyer, et al., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 7th edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2011;
- Tom Ginsburg, “Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment,” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 3, 2007, pp. 61-81.
- Зоран Томић, *Оштите управно право*, Београд 2009, 342.
- Зоран Томић, „Сукцесивност управне и управно-судске заштите“, *Правни живот*, бр.10/2007;
- Зоран Томић, *Коментар закона о управним судовим са судском праксом*, Београд 2010.

Savo D. Manojlović
Institute of Comparative Law Belgrade
savomanojlovic1986@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-6017-1544

Specificities of Administrative Dispute and Constitutional Complaint Procedure

Abstract: *The paper explores the unique characteristics of two important legal institutes: administrative lawsuits and constitutional complaints. Although these legal mechanisms can be generally described, their application in practice requires a nuanced understanding that goes beyond mere theoretical knowledge. The aim of the paper is to deepen both theoretical and practical understanding of these institutes by analyzing their specific internal structures, which distinguish them from other legal remedies.*

The main thesis of the paper is supported by three sub-theses, highlighting the specificities of the procedures initiated by administrative lawsuits and constitutional complaints. These include their supra-institutional character, the subject of control, and the depth of analysis conducted during the decision-making process. The paper particularly focuses on legal systems where centralized administrative and constitutional courts function as separate institutions, while also considering systems where these functions are dispersed within the general judiciary.

The conclusion of the paper is that the administrative lawsuit, which historically precedes the constitutional complaint, shares significant “legal DNA” with it, making them distinct from other legal remedies and procedures. This connection underscores the administrative lawsuit as a precursor to the constitutional complaint in systems with centralized constitutional courts.

Keywords: *Constitutional Complaint, Administrative Lawsuit, Constitutional Court.*

Датум пријема рада: 11.10.2024.

Датум прихватања рада: 14.12.2024.

Александар Д. Тодоровић
Адвокатска комора Војводине
a.todorovic.kikinda@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-2501-6351

ГРАНИЦЕ КРИВИЧНОПРАВНЕ ИНКРИМИНАЦИЈЕ И НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ КОД БЛАНКЕТНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ – КО ЈЕ НЕПОШТЕН, КАЗНИЋЕ СЕ! –

Сажетак: Рад се бави анализом праксе Врховној (касационој) суда у предметима у којима је тај суд одлучивао о граници кривичноправне инкриминације код бланкетних кривичних дела против привреде. Већ дужи низ година, браниоци у овим предметима пред Врховни суд износе ишћање разграничења између кривичноправне и грађанскоправне одговорности, те ишћање одређености радње извршења која се окривљенима савла на терет када се они не за бланкетна кривична дела против привреде. Покушаји бранилаца да од Врховној суда добију иоле прецизан одговор о линији разграничења између кривичноправне и грађанскоправне одговорности, те одговор на ишћање о границама до којих може да се проширује радња извршења наведених бланкетних дела нису уродили плодом. Циљ рада је да истра услађености посматрања Врховној (касационој) суда у примени начела законности код бланкетних кривичних дела против привреде у односу на стандарде које савла Европски суд за људска права. Поређењем савова које је у својим одлукама заузео Врховни суд са савовима правне теорије о значају, природи и садржини јемсавла која произилазе из начела законности, и даљим поређењем са савовима које је по том ишћању заузео Европски суд за људска права, у раду се закључује да је начело законности код бланкетних кривичних дела против привреде ипшћуно обесмиљено, а да су окривљени ирепшћени сасвим арбитрарном тоњењу за ова кривина дела. Распелљивости судској тумачења при одређивању граница одговорности код бланкетних кривичних дела против привреде ишћила је ишћолико далеко да се зашћа може рећи да судови у Србији у овим предметима ипшћујају руководећи се начелом ишћинења, а не начелом законности, ишћуд и ишћоднаслов рада.

Кључне речи: границе инкриминације, начело законитости, бланкетна кривична дела, злоупотреба положаја одговорног лица.

1. УВОД

Када се у правној теорији дискутује о границама кривичноправне инкриминације најпре се мисли на супстантивне критеријуме којима се законодавац треба руководити када неко понашање одређује као кривично дело. Уобичајено се у ове критеријуме сврстава степен друштвене опасности, легитимност објекта заштите, те интензитет потребне правне заштите који се огледа у начелу да је кривичноправна заштита *ultima ratio*.¹ У питању су, дакле, критеријуми који представљају материјални извор права, и односе се на скуп чињеница које утичу на то да законодавац одређени друштвени однос уреди као кривичноправни однос.

Одабир законодавца да приступи инкриминацији одређеног понашања тек је први филтер у одређивању граница кривичноправне инкриминације. Да би се границе кривичноправне инкриминације одредиле у потпуности потребно је утврдити ширину норме којом се прописују обележја бића кривичног дела од стране законодавца, а потом и ширину тумачења коју врши суд приликом подвођења конкретног животног догађаја под кривичноправну норму. Дакле, начело законитости у кривичном праву има троструку улогу.

Прва улога начела законитости огледа се у томе да кривично дело мора бити одређено законом (*Nullum crimen sine lege scripta*). Посматрано са правнотеоријског аспекта, па и филозофскоправног аспекта законодавне етике, ово јемство у себи садржи имплицитни захтев да је инкриминација неког понашања оправдана у смислу да испуњава супстантивне услове о којима је било речи изнад (довољан степен друштвене опасности, легитимност објекта заштите и *ultima ratio* приступ). Оправданост избора законодавца да неко понашање криминализује испитује се у процесу доношења закона који, мада није лишен свог правног значаја и правних последица, пре свега остаје у домену политичке суверености парламента. У том смислу, оправданост избора законодавца, по правилу, није предмет судске контроле. Изузетно, може да подлеже контроли уставних и квазиуставних² судова који би, под одређеним условима, могли испитивати оправданост избора за-

¹ Nina Peršak, "EU criminal law and its legitimation: in search for a substantive principle of criminalisation", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26(1), 23.

² О уставној и квазиуставној улози Европског суда за људска права видети код: Luzius Wildhaber, "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Journal*, 23(5/7), 2002, 161-165.

конодавца да неко понашање криминализује уколико се таквом криминализацијом повређују основна људска права или нека друга правна добра.³

Друга улога начела законитости односи се на захтев да битна обележја законског описа кривичног дела буду довољно јасно одређена (*Nullum crimen sine lege certa*). Довољно прецизна одређеност бића кривичног дела, пре свега радње извршења дела, у суштини значи да законска дефиниција дела треба да буде таква да адресати кривичноправне норме могу да разграниче које понашање може бити предмет кривичног гоњења а које не. Другим речима, очекује се да законодавац кривично дело номотехнички уреди тако да грађани приликом предузимања неке радње могу разумно предвидети да нека радња представља кривично дело. Овај захтев, као и претходни, такође је упућен законодавцу. Ипак, треба признати да законодавац често није у могућности да приликом одређивања бића кривичног дела да потпуно прецизно одређење свих различитих модалитета понашање које та норма кажњава. Из тог разлога законодавац некада приступа увођењу бланкетних кривичних дела. Управо се код бланкетних кривичних дела отвара питање довољне одређености битних елемената дела, о чему ће више речи бити нешто касније.

За разлику од прве две улоге начела законитости где је главни актер законодавац, трећа улога начела законитости (*Nullum crimen sine lege stricta*) налази се у домену судова и подразумева обавезу судова да приликом тумачења ширине кривичноправне инкриминације поступају рестриктивно.⁴ Рестриктивни приступ који се од судова тражи у овој улози садржи два захтева. Први захтев је да суд својим тумачењем не проширује законску инкриминацију – школски пример би била забрана аналогije у кривичном праву, али свакако да то није једини начин на који суд тумачењем може проширити инкриминацију и тамо где јој није место. Други захтев поставља се пред судове онда када је законодавац кривично дело дефинисао широко: тада је задатак судова да својим тумачењем у конкретним предметима и кроз степену изградњу судске праксе поставе јасне смернице о томе где инкриминација почиње а где се завршава, то јест да дефинишу зону дела, и одреде јасне практичне смернице о граници инкриминације. Ова друга улога посебно је битна код бланкетних кривичних дела која, по природи свари, потенцијално захватају широк спектар радњи извршења.

Улога суда у одређивању граница кривичноправне инкриминације неког понашања и очувању оштрице начела законитости кривичног права

³ Е.г. Европски суд за људска права утврдио је у предмету *Dudgeon v. United Kingdom* (представка број: 7525/76) да криминализација одређених врста сексуалног понашања представља повреду права на лични и породични живот, након чега је у Северној Ирској дошло до декриминализације спорног дела.

⁴ Mikhael Timmerman, (2018). *Legality in Europe: on the principle 'nullum crimen, nulla poena sine lege' in EU law and under the ECHR*. Florence : European University Institute 2018, 38.

посве је скрајнута у нашој теорији и пракси. Овај проблем посебно је изражен у домену бланкетних кривичних дела која су по својој природи подложна (пре)широком тумачењу на уштрб правне сигурности окривљеног. Из тог разлога у наставку рада ће се најпре размотрити однос између бланкетних кривичних дела и начела законитости. Запажања у погледу условљености таквог односа послужиће потом за установљавање критеријума којима судови треба да се руководе при одређивању граница кривичне инкриминације код бланкетних кривичних дела. На крају, рад ће анализом праксе нашег Врховног суда и Европског суда за људска права тестирати да ли поступање Врховног суда у предметима који се тичу бланкетних кривичних дела против привреде задовољава јемства начела законитости.

2. ОДНОС ИЗМЕЂУ БЛАНКЕТНИХ КРИВИЧНА ДЕЛА И НАЧЕЛА ОДРЕЂЕНОСТИ У ЗАКОНУ

Кривична дела са бланкетном диспозицијом су она кривична дела из чије се диспозиције не може у потпуности утврдити какво је понашање забрањено. Другачије речено, у питању је номотехнички приступ који се огледа у томе да норма која дефинише кривично дело не садржи сва битна обележја дела већ упућује на други пропис.⁵Тек спајањем упућујуће норме са нормом на коју она упућује долази се до комплетне диспозиције кажњивог понашања.

Од укупног броја кривичних дела у Републици Србији чак 67% има у целини или делимично бланкетни карактер, с тим да бланкетне диспозиције тих дела упућују на више од 200 различитих прописа⁶

Повезивање упућујуће норме са допуњујућом нормом може бити веома једноставан задатак у ситуацији у којој бланкетна диспозиција упућује на тачно одређену норму или пропис (што је најчешће случај код споредног кривичног законодавства). Но, задатак се усложњава када бланкетно дело упућује на већи број прописа, а постаје прави изазов код оних кривичних дела где бланкетна диспозиција упућује на потпуно неодређени круг прописа који потенцијално могу послужити за употпуњавање норме, какав је случај са кривичним делом злоупотребе положаја одговорног лица.

Посматрано са аспекта начела законитости, основни проблем код бланкетних кривичних дела јесте управо питање степена одређивости забрањеног

⁵ Вид. Miodrag Jović, „Blankentna krivična dela“, *Pravne teme*, 1(03)/2013, 68.

⁶ У наведени постотак укључена су и кривични дела из споредног кривичног законодавства. Број од преко 200 прописа на које се упућује бланкетним кривичним делима, према наводима Вуковића не обухвата такозване невидљиве бланкете попут техничких правила, мера заштите и слично. Вид. Никола Вуковић, *Правна заблуда у кривичном праву*, Службени Гласник, Београд 2018, 14-15.

понашања у оним ситуацијама у којима бланкетно дело упућује на неодређен број различитих прописа. У вези са овим питањем изричито се изјаснио и Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП или Суд) у свом саветодавном мишљењу⁷ о усклађености бланкетних кривичних дела са јемством законитости кривичног права које произилази из члана 7 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција).

У поменутом саветодавном мишљењу Суд је изнео став да техника одређења кривичног дела путем бланкетне диспозиције сама по себи не угрожава начело законитости кривичног права. Такав закључак Суда није изненађујућ, имајући у виду да све државе чланице Савета Европе, изузев Малте и Холандије, у својим кривичним законодавствима садрже бланкетна кривична дела.⁸ Ипак, Суд је нагласио да одабир законодавца да одређена дела дефинише упућивањем на неку спољну норму, не ослобађа законодавца обавезе да кривично дело читано у целости мора да задовољи опште захтеве доступности, прецизности и предвидљивости законске инкриминације.⁹ Осим општих критеријума које бланкетно одређење дела треба да испуњава да би задовољило захтеве начела законитости ЕСЉП је исткао и додатни критеријум оцене прецизности бланкетне диспозиције. Суд је нагласио да норма на коју упућује бланкетна диспозиција не може да служи за проширење граница инкриминације.¹⁰ Такође, ЕСЉП је поновио и запажања из своје раније праксе, да је задатак националних судова да својим тумачењем допринесу прецизности одређења кривичног дела и на тај начин очувају јемство начела законитости, како би се грађани заштитили од арбитрарног гоњења и кажњавања.

3. ОСНОВНИ ЗАДАЦИ СУДА КОД БЛАНКЕТНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

На овом месту, укратко ће се изложити који су то основни задаци суда када одлучује у предмету у ком се окривљени терети за дело бланкетног карактера.

Најпре суд мора да утврди нормативни садржај кривичноправне инкриминације, како би уопште био у могућности да разлучи која су чињенична

⁷ Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law, (Request no. P16-2019-001).

⁸ *Ibid.* пара. 32.

⁹ *Ibid.* пара. 70-72.

¹⁰ *Ibid.* пара. 73.

питања од значаја за утврђење постојања радње извршења. Потом и да радњу извршења, у мери у којој је доказана, подведе под нормативни оквир инкриминације. У питању је задатак са којим се суд редовно среће у обављању функције суђења код свих кривичних дела, а не само код бланкетних. Истина, код кривичних дела са бланкетном диспозицијом овај задатак захтева додатни труд јер су битна обележја инкриминације смештена на више места.¹¹

Без утврђивања нормативног садржаја инкриминације суд уопште неће бити у могућности да се у конкретном случају стара о заштити појединачних јемстава која произилазе из начела законитости. Овде се, пре свега, мисли на јемство предвидљивости кривичне инкриминације. Наиме, према јасном и више пута израженом ставу ЕСЉП-а приликом утврђивања испуњености начела законитости, задатак је поступајућег суда да у конкретном случају утврди да ли је из начина на који је кривично дело дефинисано у закону окривљени приликом предузимања радње извршења могао разумно проценити да ли такво његово понашање улази у зону инкриминације.¹² Другим речима, законско одређење кривичног дела мора бити формулисано довољно прецизно да омогући појединцу да усагласи своје понашање са захтевима закона.¹³ Ако законско одређење дела не удовољи тесту предвидљивости, сматраће се да је квалитет таквог закона испод стандарда заштите коју гарантује начело законитости.¹⁴ То значи да ће се у таквом случају сматрати да радња извршења коју је окривљени предузео није кривично дело, јер није прописана законом, односно није прописана као забрањена на начин који одговара одликама кривичног закона.

Јемство предвидљивости кривичног права треба разликовати од неотклоњиве правне заблуде – иако тест код оба института може попримити исте облике. За разлику од неотклоњиве правне заблуде, која представља основ искључења кривице, овде се ради о томе да се сматра да радња извршења не представља кажњиво дело одређено у закону.

Даље, при одређивању нормативног оквира кривичне инкриминације суд је дужан да води рачуна да норма на коју упућује бланкетна диспозиција не може да послужи за проширење граница инкриминације.¹⁵ У блиској вези са тим је и задатак суда да се уздржи од екстензивног тумачења које би неоправдано проширило границе инкриминације. Тумачење које се врши приликом дефинисања оквира инкриминације неког дела захтева ограничење слободе судске интерпретације. Уколико би слобода судске интерпрета-

¹¹ Најмање два: у бланкетној диспозицији и норми/пропису на који упућује, а може их бити и више када се упућује на више прописа.

¹² *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, (представка број: 4158/05), пара. 76,77.

¹³ *Del Río Prada v. Spain*, (представка број: 42750/09), пара. 93,94.

¹⁴ *Navalnyy v. Russia*, (представка број: 101/15), пара. 54.

¹⁵ *Advisory opinion*, (Request no. P16-2019-001), пара. 73.

ције била неограничена, постављени законски оквири дефинисања кривичног дела, па и само начело законитости, било би обесмишљено, јер би суд својом „слободном интерпретацијом“ увек могао да пренебрегне законска ограничења.¹⁶ Уосталом, гаранција правне сигурности у кривичном праву, које се изражава кроз начело законитости кривичног права, саставни је део начела владавине права и треба да се тумачи на начин који одговара циљу и сврси дате гаранције а то је да се обезбеди ефикасна заштита појединца од произвољног гоњења, осуде и кажњавања.¹⁷

Посебан је задатак суда код бланкетних кривичних дела да утврди да ли радња извршења која се окривљеном ставља на терет уопште улази у поље кривичне инкриминације, или остаје у домену грађанскоправног деликта, прекршаја или какве друге повреде закона. Ово из разлога што норма, то јест пропис на који упућује бланкетно дело, по природи ствари долази из сфере ван кривичног права. Узмимо овде за пример кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица где се окривљеном ставља на терет да искоришћавањем свог положаја директора правног лица није у складу са одредбама уговора испоручио другом правном лицу уговорене количине робе.¹⁸ Сама радња извршења која садржи одређење „у складу са одредбама уговора“ указује на то да нас бланкетна норма између осталог упућује и на одредбе Закона о облигационим односима. Како се овим законом уређују грађанскоправни односи, те питање грађанскоправне одговорности (деликтне и контрактуалне), суд мора испитати и да ли је окривљени радњом која му се ставља на терет уопште ступио у поље кривичне инкриминације или његово понашање остаје у сфери грађанскоправног деликта. Наиме, неприхватљива би била конструкција кривичног дела која је тако широко постављана да свака повреда уговора или какве грађанскоправне обавезе повлачи са собом и кривичну одговорност. Последње наведено није само лепа жеља аутора нити произвољно тумачење начела законитости, већ управо закључак Европског суда за људска права у неколико предмета у којима се тај суд бавио тестирањем јемства законитости у односу на поједина бланкетна кривична дела против привреде и службеног положаја.¹⁹

Дакле, суд пред собом има задатак да на разумној и аргументованој основи изврши нешто што би се могло назвати „претходном квалификацијом деликта“, то јест мора одредити да ли неко понашање уопште прелази из грађанскоправне зоне у зону кривичне инкриминације.

¹⁶ Kenneth S. Gallant, *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press 2009, 13.

¹⁷ *Scoppola v. Italy (no. 2)*, (представка број: 10249/03), пара. 92.

¹⁸ Каква је ситуација била у предмету Врховног суда број К33 174/2024.

¹⁹ *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (No. 2)*, (представка број: 51111/07 42757/07), пара. 582. и *Liivik v. Estonia*, (представка број: 12157/05), пара. 99.

Суд у оваквој ситуацији мора поћи од претпоставке да је законодавац разуман и да се при одређивању инкриминације руководио супстантивним критеријумима оправданости инкриминације, али да номотехнички није успео да ту инкриминацију прецизира у довољној мери, из ког разлога је законодавац указао своје поверење суду, да суд то учини према конкретним околностима случаја. Другачија претпоставка, да законодавац уопште није имао намеру да ограничи зону инкриминације и да је свака повреда неке законске одредбе кривично дело, била би супротна идеји поуздања у законодавца која произилази из прокламације владавине права. Наиме, основано је поуздати се у то да законодавац при доношењу закона поступа у складу са захтевима владавине права и да поштује гаранције које је сам дао у уставу, на које је сам пристао приступањем Конвенцији и које истакао већ у првом члану Кривичног законика.

Полазећи од претходно наведене претпоставке, суд практично у свом акту суђења на себе треба да преузме задатак законодавца у малом. Шта то значи? То значи да суд користећи поље интерпретативне слободе које му је законодавац оставио широким прописивањем диспозиције дела, треба у конкретном случају да утврди да ли нека радња извршења супстантивно (а не само формално) досеже до кривичноправне сфере²⁰ или остаје у сфери грађанског или прекршајног права. Овде, дакле, суд испитује друштвену опасност, однос са грађанским деликтом, водећи све време рачуна о томе да је посезање са кривичним правом *ultima ratio*.

Сажимајући до сада изнето, може се закључити да суд у поступку одлучивања о примени бланкетног кривичног дела треба да изврши следеће задатке:

1. Да утврди у целости нормативни садржај кривичноправне инкриминације, спајајући упућујућу норму са нормом/нормама на које се упућује;
2. Да утврди да ли је садржај инкриминације предвидљив и довољно јасно одређен;
3. Да води рачуна о томе да норма на коју бланкетна диспозиција упућује не послужи за проширење граница инкриминације.
4. Да своју интерпретативну слободу (чак и више од своје: интерпретативну слободу тужилаштва при сачињавању оптужног акта) ограничи ради остварења заштите од произвољног гоњења;
5. Да утврди да ли радња извршења која се окривљеном ставља на терет уопште улази у поље кривичне инкриминације или остаје ван кривичне сфере.

²⁰ Вид. Vojislav Đurđić, „Analogija kao metod tumačenja krivičnog i krivičnog procesnog prava“, *Crimen*, 7,3/2016, 120.

4. ПРИМЕНА АНАЛИЗИРАНИХ КРИТЕРИЈУМА НА ПРАКСУ ВРХОВНОГ СУДА У ВЕЗИ СА БЛАНКЕТНИМ КРИВИЧНИМ ДЕЛИМА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ

Доступна пракса Врховног суда и њено поређење са праксом Европског суда за људска права показује да наш суд не води рачуна ни о једном од горе наведених задатака, бар када су у питању предмети који се односе на бланкетна кривична дела против привреде.

4.1. Први проблем – проблем одређења целовите диспозиције

Први проблем, уједно и узрок свих даљих проблема који еродирају начело законитости кривичног права долази из праксе судова и тужилаштва која је деценијама присутна код нас, а коју подржава и Врховни суд. Наиме, код бланкетних кривичних дела против привреде са широком диспозицијом, као што је Злоупотреба положаја одговорног лица, тужилаштво у оптужном акту наводи чињенични опис радње извршења са паушалном тврдњом да тако описана радња представља, примера ради, невршење дужности. Коју то дужност окривљени није вршио, те из ког прописа произлази та дужност остају непознанице. Даље, у опису радње тужилаштво наводи да је услед таквог „невршења дужности“ окривљени прибавио противправну имовинску корист за неког. У чему се огледа противправност имовинске користи и који је то пропис повређен да би се имовинска корист окарактерисала као противправна такође остаје непознато. Описано поступање тужилаштва судови прихватају, потом и они сами доносе пресуду чија изрека а ни образложење неретко уопште не садрже норму која треба да употпуни бланкетну диспозицију. Тако окривљени уместо да на почетку поступка сазна коју је тачно одредбу закона наводно повредио, то сазнаје на крају, када Врховни суд његово понашање подведе под неку (по правилу неприхватљиво широку) норму. Или не сазнаје уопште.²¹ Све наведено, Врховни суд прихвата са образложењем да када је у изреци пресуде јасно и потпуно одређена радња извршења, за постојање конкретног облика кривичног дела није неопходно навести и бланкетни пропис.²²

Наведени став Врховног суда изузетно је проблематичан са аспекта очувања јемства законитости кривичног права. Следећи ову праксу долази-

²¹ Рецимо кад Врховни касациони суд каже да Злоупотреба положаја одговорног лица уопште није бланкетно кривично дело, па нема ни потребе да се објашњава коју је то конкретно одредбу повредио окривљени. Видети пресуду Врховног касационог суда Кзз 229/2019 од 12.03.2019. године.

²² Преуда Врховног касационог суда Кзз 1007/2019 од 24.10.2019. године; Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1035/2018 од 20.12.2018. године.

мо у ситуацију да се читав поступак води а да судови нису²³ у целости утврдили нормативни садржај кривичноправне инкриминације тако што су спојили упућујућу норму са нормом/нормама на које се упућује. Како је раније истакнуто у раду, без одређења целине нормативног садржаја забрањеног понашања судови уопште нису у могућности да цене да ли је остварено начело законитости јер немају норму у односу на коју би применили критеријуме предвидљивости. То јест немају норму и у односу на коју би ценили да ли је дошло до повреде одредаба прописа на који бланкетна диспозиција упућује. Другим речима, читав поступак се води по крњој норми уз претпоставку да негде у неком пропису постоји одредба која је повређена. Такво поступање је директно супротно пракси ЕСЉП-а из које произлази да су судови дужни најпре да изврше конкретизацију норме на коју бланкетно дело упућује и потом да пруже разумну и образложену анализу о томе да ли је та норма повређена.²⁴

Без утврђења целовитог нормативног садржаја кривичне инкриминације домаћи судови не могу да изврше ни друге задатке апострофиране у претходном делу рада: да утврде да ли је садржај инкриминације предвидљив и довољно јасно одређен; да воде рачуна да норма на коју бланкетна диспозиција упућују не послужи за проширење граница инкриминације; да своју интерпретативну слободу (чак и више од своје: интерпретативну слободу тужилаштва при сачињавању оптужног акта) ограничи ради остварења заштите од произвољног гоњења; да утврде да ли радња извршења која се окривљеном ставља на терет уопште улази у поље кривичне инкриминације или остаје ван кривичне сфере. Разлог за ту немогућност сасвим је једноставан. Када суд нема узорак, нема ни шта да тестира.

4.2. Други проблем – проблем неограничене судске интерпретације

У настојању да пружи образложење у погледу оправданости става да код „јасног и потпуног опредељена радње извршења“ није неопходно навести и бланкетни пропис Врховни суд улази у нови проблем. Њега можемо назвати проблемом неограничене судске интерпретације. Састоји се у томе да Врховни суд као суд трећег степена *ex post* покушава да бланкетну диспозицију употпуни и тиме оправда поступак који је до тада вођен. Пошто наступа са позиције суда трећег степена, Врховни суд није позиционо у могућности да тврди да је у ранијој фази поступка примењен конкретни бланкетни пропис – зато Врховни суд најпре тврди да тако нешто није било ни потребно (први

²³ Или бар то нису учинили све док о предмету није одлучио суд ванредног правног лека.

²⁴ *Navalnyye v. Russia*, (представка број: 101/15), пара. 62.

проблем) јер је „очигледно“ да је бланкетни пропис повређен. У овој „очигледности“ суд долази до другог проблема јер сада, на крају поступка, мора да примени своју креативност како би нашао бланкетни пропис који оправдава гоњење и кажњавање окривљеног. Суд, међутим, тај бланкетни пропис неретко не може да пронађе. Могући разлог који отежава посао проналаска бланкетног прописа који би покрио радњу извршења лежи управо у томе што је *ab initio* поступак вођен са толико опширним и недовољно одређеним описом радње да суд сада мора наћи довољно широку „норму“ под чије се оквире све то може подвести. Управо овде долази до изражаја креативност Врховног суда којом се превазилазе границе дозвољене интерпретације. Тако Врховни суд употпуњује бланкетну диспозицију позивањем на:

- општа начела правног промета;²⁵
- начело поштења;²⁶
- добре пословне обичаје.²⁷

У вези са покушајима да се бланкетна диспозиција употпуни позивањем на општа начела правног промета, начело поштења и добре пословне обичаје јавља се неколико питања:

- Да ли употпуњавање бланкетног кривичног дела општим правним институтима, само по себи, чини диспозицију недовољно прецизно одређеном?
- Да ли коришћење начела и обичаја за употпуњавање диспозиције забрањеног понашања удовољава захтеву ЕСЈП-а да се норма на коју се бланкетним делом упућује не може користити за проширење инкриминације?
- Да ли правна природа обичаја и правног начела уопште дозвољава могућност да ти институти послуже за употпуњавање диспозиције забрањеног понашања?

Одговарајући на прво питање, морамо дати негативан одговор. Негативан одговор примарно је узрокован високим степеном општости начела, било да су у питању „општа начела правног промета“ било „начело поштења“ било „добри пословни обичаји“. Алтернативно, ако бисмо замислили да је одређење диспозиције понашања на таквом нивоу општости начела и обичаја могао бити довољно одређен остаје проблем неодређености конкретного начела и обичаја. Наиме, када Врховни суд закључује да је неко понашање кривично дело јер је супротно основним начелима правног промета, адресат и даље не сазнаје садржину начела које је наводно повредио. Дакле, суд уопште не одређује начело већ уместо одређења начела које је наводно по-

²⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 21/2022 од 21.10.2022. године.

²⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1035/2018 од 20.12.2018. године.

²⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1007/2019 од 24.10.2019. године.

вређено констатује да је повређен неодређен број начела из неодређеног броја закона којима се уређују општа питања правног промета. Слична је ситуација и када се суд позива на начело поштења. Иако ово начело јесте прописано у неколико закона,²⁸ садржај тог начела није одређен ни једним законом већ упућује судију у улози тумача норме да као мислећи субјекат *интерпретацијом свој виђења етичке стварности* да суд о томе да ли се одређено лице понашало у складу са опште усвојеним моралним правилима. Ништа другачија није ни критика која се може упутити позивању на добре пословне обичаје, које суд попут општих начела правног промета уопште не идентификује, па тако из образложења пресуде не произилази конкретизација обичаја нити тврдња који је то конкретни добар пословни обичај повређен. Уместо тога, суд поново нуди (необразложену) субјективну интерпретацију етичке стварности и свој осећај да је неко понашање супротно целини или неодређеном броју добрих пословних обичаја, који и сами остају неодређени у образложењу пресуде.²⁹ У том смислу и сам ЕСЈП је посебно истакао да је са аспекта очувања начела законитости кривичног права образложење осуђујуће пресуде које се заснива на генералном поимању правде и осећају правичности неприхватљиво.³⁰

Јасан је, дакле, интенција Врховног суда да супротно јемству *lex stricta* и критеријумима које је поставио ЕСЈП³¹, бланкетну норму управо користи ради проширења граница инкриминације што је уједно и одговор на друго постављено питање.

На крају овог сегмента рада остаје да се расправи, можда и најзначајније, питање да ли правна природа правних начела и добрих пословних обичаја уопште дозвољава њихову употребу ради употпуњавања диспозиције понашања.

Теоријски основ разматрања које следи заснива се на Алексијевом одређењу појма правног начела где он истиче да су правна начела: „норме које заповедају да се нешто оствари у највишем степену у ком је то стварно и правно могуће“.³² Начела су стога „оптимизујућа наређења.“ За разлику од правних начела, правна правила су норме којима се или повинујемо или

²⁸ Између осталог, Законом о облигационим односима и Законом о трговини.

²⁹ Чини се да у оваквом поступању Врховни суд позајмљује нормативистичко виђење права као „пројектоване стварности“, али то нормативистичко полазиште потом потпуно обесмишљава јер своју одлуку не заснива на норми већ на субјективној интерпретацији етичке стварности коју проглашава за право (правећи тако заокрет ка фактицизму. При чем је описано поступање суда неодрживо како у нормативистичком тко у фактицистичком поимању права. Више о нормативизму и фактицизму видети код: Ivan Mandić, „Oblici neprava determinisani spoljašnjim elementima prava“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 89, 1/2017, 9.

³⁰ *Liivik v. Estonia*, (представка број: 12157/05), пара. 98-100.

³¹ *Advisory opinion*, (Request no. P16-2019-001), пара. 73.

³² Robert Alexy, “On the structure of legal principles.” *Ratio juris* 13, no. 3/2000, 295.

не. Она су дефинитивна наређења. Разлика између правних начела и правних правила, стога, није (како се често погрешно тврди) само у степену конкретизације, разлика је квалитативна: једно су оптимизујућа а друго дефинитивна наређења. То значи да скуп појединачних правила никада квалитативно не може да достигне начело као оптимизујуће наређење јер се увек јављају нове ситуације и граничне ситуације које закон не може решити дефинитивним наређењем нити скупом дефинитивних наређења. Стога је и функција правних начела другачија од функције правних правила. Она су ту да у недостатку дефинитивног наређења послуже као основ тумачења ради поуне правне празнине. Алексијево одређивање квалитативне разлике између начела и норме иде руку под руку са одређивањем функције начела у грађанскоправној теорији. Тако цивилисти истичу да је основна функција начела³³ садржаних у грађанском праву та да се суду омогући да конкретан случај који није уређен нормом подведе под правно начело, чиме се доприноси остварењу праведности на нивоу појединачних случајева.³⁴

Када се закључци правне теорије пренесу на поље практичног поступања Врховног суда долази се до забрињавајућег закључка. Врховни суд користи правна начела грађанског права чија је основна функција попуњавање правних празнина у грађанском праву да попуни празнину (диспозицију забрањеног понашања) у кривичном праву. Може ли се у кривичном праву применом општих начела попуњавати празнина у диспозицији забрањеног понашања? Извесно, не. Јер би такво попуњавање правних празнина било супротно забрани правне аналогije: „то јест забрани да се кривично дело или казна створи појединачном правном нормом на основу општих принципа кривичног законодавства или духа читавог правног поретка“.³⁵ Цитирани закључак једнако је валидан и у оним ситуацијама у којима суд диспозицију кривичног дела изводи из начела поштења или општих начела правног промета.

Мада се правна природа добрих пословних обичаја разликује од начела грађанског права они имају идентичну функцију усмерену на попуњавање правних празнина.³⁶ Добри пословни обичаји код нас се уобичајено дефинишу на начин да означавају: „комерцијалну праксу која је у тако широј примени да трговци очекују да ће уговорне стране поступати у складу

³³ И не само правних начела већ правних стандарда укључујући ту и добре пословне обичаје

³⁴ Jadranka Osrečak, „Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja“, *Zagrebačka pravna revija*, 3(1), 2014, 54.

³⁵ Vojislav Đurđić, „Analogija kao metod tumačenja krivičnog i krivičnog procesnog prava“ *Crimen*, 7,3/2016, 13.

³⁶ Јожеф Салма, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2009.,98.

с таквом праксом³⁷. Како уочавамо из начина одређења појма доброг пословног обичаја, овај правни институт једнако као институт доброг обичаја садржи у себи субјективни и објективни елемент.³⁸ При чему се објективни елемент састоји у постојању широке трговачке праксе, а субјективни у очекивању трговца да ће уговорне стране поступати и складу са таквом праксом.

Постојање објективног елемента добрих пословних обичаја повлачи са собом и једну практичну процесну последицу. Наиме, Врховни суд не би смео закључити да је окривљени поступао супротно добрим пословним обичајима уколико у ранијој фази поступка тужилаштво није доказало постојање објективног елемента. Постојање комерцијалне праксе у широкој примени представља чињеницу која је предмет доказивања у поступку, при чему је терет доказивања на тужилачкој страни. Алтернативно, Врховни суд би се могао позвати на ранију судску праксу којом је утврђено постојање конкретног обичаја. Но, позивање на ранију судску праксу остаје немогуће у ситуацији у којој Врховни суд не жели да изврши идентификацију конкретне пословне праксе, већ уместо тога користи термин „пословни обичаји“.

Уз то што добре пословне обичаје користи супротно начелу законитости кривичног права, Врховни суд их користи и супротно правној природи и функцији коју они остварују у грађанском праву. Суд то чини тако што пословним обичајима даје једно ново, потпуно неухватљиво, значење. Суд нити утврђује постојање пословног обичаја, нити одређује садржину пословног обичаја, нити пословни обичај користи за употпуњавање правне празнине у грађанском праву. Управо супротно, суд термин „пословни обичаји“ користи да би под окриљем оваквог термина заправо изразио свој етички суд о моралности понашања окривљеног. Тиме се суђење своди на примену Кантовог категоричког императива³⁹ из визуре судије/суда, а не на примену законских норми које треба да буду тумачене на начин да очувају јемство законитости кривичног права. Судије тако престају да поступају у складу са оним што закон јесте и почињу да поступају у складу са оним што би желеле да закон буде (да неправда и непоштење буду кажњени).

У прилог тврдњи о погрешној употреби института доброг пословног обичаја за потребе кривичноправне инкриминације може се додати и једно интересантно запажање: према нашем Закону о облигационим односима повреда добрих обичаја (тиме и добрих пословних обичаја) не може бити

³⁷ Aleksandar Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb 1991, 152.

³⁸ Tea Hasić, „Обичаји као извор трговачког права“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta JJ Strossmayera u Osijeku*, 30(3-4), 2014, 240.

³⁹ „Делај само према оној максими за коју у исто време можеш хтети да она постане један општи закон.“ Imanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, Dereta 2018 29.

основ чак ни грађанског деликта, јер добри (пословни) обичају у нађем ЗОО-у служе да одређују границе аутономије воље.⁴⁰

4.3. Трећи проблем – проблем противправности у ужем смислу

Кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица је последично кривично дело где се последица огледа или у прибављању противправне имовинске користи или у наношењу штете. Иако се у нашој правној теорији заступа став да код овог кривичног дела противправност није предвиђена као посебно обележје бића кривичног дела, са правом се примећује да се појам противправности у законском опису дела односи на квалификацију последице кривичног дела.⁴¹ У погледу противправне имовинске користи потребно је да је она прибављена противно закону или другом пропису, док је за постојање штете потребно да је она настала вршењем противправне радње.⁴² Како би се противправност последице дела разликовала од противправности као елемента дела, са једне стране и противправности као обележја бића кривичног дела са друге, аутор се определио да за потребе овог рада користи термин „противправност у ужем смислу“.

Противправност у ужем смислу код кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица утврђује се или макар треба да се утврди на основу неког прописа који допуњује бланкетну диспозицију инкриминисаног понашања. Овде се враћамо на претходна два проблема у пракси Врховног, па и нижих судова. Ако током поступка није утврђен целовит садржај диспозиције забрањеног понашања указивањем на пропис који допуњује кривично дело, и ако је судским тумачењем дошло до проширења диспозиције у виду „поступања супротно основним начелима правног промета“, како онда утврдити постојање противправности у ужем смислу?

Овај проблем јавља се већ у првим стадијумима поступка. Из непотпуног одређења радње извршења која не садржи⁴³ идентификацију повређеног прописа у оптужном акту не може се ни доказивати постојање про-

⁴⁰ Jožef Salma, „Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti – razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 42(1-2), 2008, 82.

⁴¹ Joko Dragojlović i Gordan Grujić, „Krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica“, *Pravo-teorija i praksa*, 35(4-6), 2018, 37.

⁴² Сагласан је став домаће правне теорије да упркос томе што законска дефиниција штете из ЗОО не садржи изричито израз противправно, противправност представља имплицитан услов постојања штете. Вид. Ktarina Jovičić, „Uzročnost i naknada štete“ *XXIII Međunarodni naučni skup Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, Beograd-Valjevo, Institut za uporedno pravo, 2020, 237. и Jožef Salma, „Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti – razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 42(1-2), 2008, 82.

⁴³ Јер према домаћој судској пракси не мора садржати.

тивправности у ужем смислу.⁴⁴ Код описане поставке оптужног акта, за који одбрана према постојећој судској пракси унапред зна да неће бити санкционисано, долази до преношења терета доказивања на окривљеног. Сада окривљени и његов бранилац у недостатку конкретизације одредбе из које би произилазила противправност у ужем смислу морају да приступе мајеутичком расправљању и закључивању смештеном у процесни дијалог на релацији: тужилаштво-одбрана-суд. Доиста, одбрана у таквој ситуацији „порађа“ закључак о законитости поступања окривљеног тако што настоји да за сваки његов поступак нађе законско покриће и на тај начин индукује закључак да би другачија тврдња (тврдња о постојању некакве противправности) била погрешна.

Мада је покушај индуковања закључка о непостојању противправности у ужем смислу боља стратегија одбране од пуког указивања на основна начела кривичног материјалног и процесног права, она чак и под претпоставком да је индукција логички тачна, потпуна и на прецизним законским одредбама утемељена, и даље не пружа гарант ослобађајуће пресуде.

Може деловати зачуђујуће, смела тврдња, да и под претпоставком да је индукција логички тачна, потпуна и заснована на конкретним законским одредбама које упућују на то да је оптужено понашање законито суд свеједно донесе осуђујућу пресуду. Но, колико год зачуђујућа, ова тврдња произилази управо из анализе судске праксе. Тако Врховни суд у образложењу своје пресуде у предмету Кзз Ок 21/2022⁴⁵ прихвата да су тачни наводи браниоца да „Из чињеничног описа дела у изреци пресуде произлази да су окривљени појединачне радње које су ушле у састав продуженог кривичног дела извршили предузимањем правних послова, који сами по себи, нису незаконити.“ С тим да је суд истакао да се те, иначе законите радње морају сместити у контекст целокупног поступања окривљених. Анализирајући потом укупно поступање окривљених, суд је нашао да су они поступали супротно „основним начелима правног промета“ и да су нанели штету привредном друштву А јер су зајмови које то привредно друштво дало другом привредном друштву враћени „само формално а не и фактички“. Појашњења ради одбрана је тврдила да нема противправности у ужем смислу јер привредно друштво А није претрпело штету зато што је потраживање привредног друштва А према привредном друштву Б престало на основу уговора о преузимању дуга са привредним друштвом Ц са којим су се уговором сагласили сви учесници облигационог односа. Суочен са јасном законском одредбом која уређује начин престанка потраживања, суд налази ново ре-

⁴⁴ Која за разлику од противправности као елемента кривичног дела, није претпостављена.

⁴⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 21/2022 од 21.10.2022. године.

шење тако што проглашава да је такво поступање само „формално“ законито, а суштину незаконитог поступања тражи ван бланкетног прописа, у чињеници да дуг није „стварно враћен“ – а потом ову чињеницу подводи под „повреду општих начела правног промета“. Другим речима, ако суд противправност не може наћи у закону, наћи ће је ван закона.

У истом предмету расправљало се питање да ли је испуњен услов противправности у ужем смислу у ситуацији када је већ поменуто привредно друштво А дало позајмицу поменутом привредном друштву Б након чега је дошло до преузимања дуга, али овај пут не од стране привредног друштва Ц већ од стране привредног друштва Д које је у време преузимања дуга било презадужено. Овде је одбрана тврдила да нема противправности у ужем смислу јер се на такву ситуацију примењује одредбе члана 448 став 2 ЗОО-а која предвиђа да ће уговор о преузимању дуга имати дејство уговора о приступању дугу уколико је у време преузимања дуга преузималац био презадужен. Истакнути аргумент одбране суд није прихватио са образложењем да је описани правни посао био предузет „искључиво са циљем да се привредно друштво Б ослободи дуга“ према привредном друштву А при чему остаје сасвим нејасно на који начин Врховни суд долази до закључка да се привредно друштво Б ослободило дуга када постоји законска одредба која изричито спречава могућност ослобађања од дуга на описани начин.

Описано поступање Врховног суда директно је супротно критеријумима које је у сличним предметима установио ЕСЈП. Пре свега треба указати на став суда у Стразбуру да је приликом одлучивања о постојању кривичног дела чија диспозиција упућује на норме грађанског права потребно најпре утврдити да ли је дошло до повреде конкретне правне норме према правилима грађанског права – јер радња која је дозвољена и законита у смислу грађанског права не може применом кривичне норме бити проглашена за незакониту радњу.⁴⁶ Тек ако суд утврди да постоји грађанскоправна норма која је повређена, онда може даље да се упустити у разматрање да ли таква повреда потпада под кривичноправну инкриминацију у формалном смислу, а потом и да ли је интензитет повреде такав да продире из поља грађанског права у поље кривичноправне интервенције. Ово из разлога што не може свака повреда грађанског права бити третирана као кривично дело јер је тако широка интерпретација граница кривичноправне инкриминације једноставно неприхватљива.⁴⁷

⁴⁶ *Navalnyy v. Russia*, (представка број: 101/15), пара. 63.

⁴⁷ *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (No. 2)*, (представке број: 51111/07 42757/07), пара. 581,582.

5. ЗАКЉУЧАК

Анализа домаће судске праксе тестирана кроз критеријуме ЕСЈП-а и правне теорије демонстрира да судови у Србији, укључујући ту и Врховни суд, воде политику неограниченог проширења кривичноправне инкриминације у области бланкетних кривичних дела против привреде. Овај закључак поткрепљују конкретни примери из којих произилази да Врховни суд своја интерпретативна овлашћења уопште не користи у циљу очувања начела законитости кривичног права. Управо супротно, пракса показује да Врховни суд примењује висок степен судске креативности у образложењу пресуда како би одржао на снази оптужни акт, а на уштрб права окривљеног да не буде изложен арбитрарном гоњењу и кажњавању.

Пун степен неоснованог проширења инкриминације може се сагледати ако се приступи огледу индуктивне реконструкције кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица на основу појединачних закључака из праксе Врховног суда. Реконструкцијом дела долазимо до следеће дефиниције: *Одговорно лице у њравном лицу које сујројно основним начелима њравној ѡрометја или добрим ѡсловним обичајима или на друји нејошћен начин за себе или друјој сћекне имовинску користиј за коју се ѡрејћосћавља*⁴⁸ *да је ѡројћивѡравна казниће се.*

Истакнути ниво неодређености и опширности инкриминације за последицу има постојање увек отворене могућност да било која повреда грађанскоправне норме у привредном пословању може довести до кривичног гоњења и осуде.

Додајмо, што да не, уз оглед индуктивне реконструкције, и један мисаони експеримент. Замислимо ситуацију у којој законски заступник привредног друштва А поднесе кривичну пријаву против законског заступника привредног друштва Б јер је овај невршењем својих дужности (опште дужности да се уговори морају испунити и да се при испуњењу поступа савесно и поштено) пропустио да плати робу коју је привредно друштво А испоручило привредном друштву Б по основу уговора о купопродаји, при чему је та обавеза у међувремену застарела, па привредно друштво А трпи штетне последице. Хоће ли тужилаштво гонити и суд осудити? Треба ли тужилаштво гонити и суд осудити? Ако тужилаштво буде гонило и суд буде осудио, да ли ће онда тужилаштво по службеној дужности покренути поступак и против законског заступника привредног друштва А јер је он невршењем своје дужности (да се стара о интересу привредног друштва А) пропустио да благовремено покрене парнични или извршни поступак ради

⁴⁸ Појашњења ради, претпоставка противправности стечене корист произилази из аргумената изнетих у одељку о „трећем проблему“.

наплате тог потраживања, чиме је нанео штету привредном друштву које заступа?

Замислимо сада исту ову ситуацију, али да се законски заступник привредног друштва А пре подношења кривичне пријаве обрати заступнику друштва Б стављајући му у изглед подношење пријаве. Сада заступник друштва Б свакако бива осуђен за кривично дело. Ако на основу начела савесности и поштења плати природну облигацију, учиниће повреду дужности према сопственом привредном друштву јер исплата застарелог дуга није у најбољем интересу друштва у смислу члана 63 Закона о привредним друштвима.

У кривичноправном поретку који је створен бескрајним проширењем граница инкриминације кроз праксу Врховног суда не може се уопште говорити о остварењу критеријума предвидљивости, зато што су грађани континуирано у неизвесности да ли ће се неко њихово понашање при некој будућој интерпретацији виђења етичке стварности од стране суда ценити као поштено или непоштено.

Стављајући приказану аргументацију за којом посеже Врховни суд у анализираним случајевима у оквиру постреалистичке критике⁴⁹ права, може се закључити да ти аргументи не следе нити из *logos*-а нити из *ethos*-а већ да су то аргументи *pathos*-а, то јест аргументи који за заснивају на емоцији, на осећању суда да нешто није правично. Такве своје „осећаје“ суд изражава кроз неограничено отворене, готово неухватљиве теме (*topoi*) попут начела, поретка, поштења.

Врховни суд некада има и друга осећања, која се не могу правдати аргументом *pathos*-а. Суд некада осећа досаду због свих тих бранилаца који се жале на недовољно одређену диспозицију. Тада Врховни суд проблем решава једноставно, тако што каже да кривично дело злоупотреба положаја одговорног лица уопште и није бланкетно дело.⁵⁰

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Robert Alexy, “On the structure of legal principles.” *Ratio juris* 13, no. 3/2000, 294-304.

Kenneth S. Gallant, *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press 2009.

⁴⁹ Више о три нивоа аргументације у оквиру постреалистичке критике видети код: Juan J. Garcia Blesa, “Neoliberal rationality and the rhetoric of sacrifice in the construction of proportionality discourse: a case-study from the European Court of Human Rights”, *The International Journal of Human Rights*, 2024, 1-26.

⁵⁰ Пресуда Врховног касационог суда Кзз 229/2019 од 12.03.2019. године.

- Juan J. Garcia Blesa, “Neoliberal rationality and the rhetoric of sacrifice in the construction of proportionality discourse: a case-study from the European Court of Human Rights“, *The International Journal of Human Rights*, 2024, 1-26.
- Aleksandar Goldštajn, *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Narodne novine, Zagreb 1991.
- Никола Вуковић, *Правна заблуда у кривичном праву*, Службени Гласник, Београд 2018.
- Joko Dragojlović i Gordan Grujić, „Krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica“, *Pravo-teorija i praksa*, 35(4-6), 2018, 30-44.
- Vojislav Đurđić, „Analogija kao metod tumačenja krivičnog i krivičnog procesnog prava“, *Crimen*, 7,3/2016, 109-137.
- Miodrag Jović, „Blankentna krivična dela“, *Pravne teme*, 1(03)/2013, 66-76.
- Ktarina Jovičić, „Uzročnost i naknada štete“ *XXIII Međunarodni naučni skup Pro-uzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, Beograd-Valjevo, Institut za uporedno pravo, 2020,235-248.
- Immanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beograd, Dereta 2018.
- Ivan Mandić, „Oblici neprava determinisani spoljašnjim elementima prava“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 89, 1/2017, 5-16.
- Jadranka Osrečak, „Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja“, *Zagrebačka pravna revija*, 3(1), 2014, 53-77.
- Nina Peršak, “EU criminal law and its legitimation: in search for a substantive principle of criminalisation“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 26(1), 20-39.
- Jožef Salma, „Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti – razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad, 42(1-2), 2008, 79-98.
- Јожеф Салма, *Облици кривичног права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2009.
- Mikhael Timmerman, (2018). *Legality in Europe: on the principle 'nullum crimen, nulla poena sine lege' in EU law and under the ECHR*. Florence : European University Institute, 2018.
- Tea Hasić, „Обицаји као извор трговачког права“, *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta JJ Strossmayera u Osijeku*, 30(3-4), 2014, 239-257.
- Luzius Wildhaber, “A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?“, *Human Rights Law Journal*, 23(5/7), 2002, 161-165.

Пракса Европског суда за људска права:

Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law, (Request no. P16-2019-001).

Del Rio Prada v. Spain, (представка број: 42750/09).

Dudgeon v. United Kingdom, (представка број: 7525/76).

Gillan and Quinton v. the United Kingdom, (представка број: 4158/05).

Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (No. 2), (представке број: 51111/07 42757/07).

Liivik v. Estonia, (представка број: 12157/05).

Navalnyye v. Russia, (представка број: 101/15).

Scoppola v. Italy (no. 2), (представка број: 10249/03).

Пракса Врховног суда:

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1035/2018 од 20.12.2018. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз 229/2019 од 12.03.2019. године.

Преуда Врховног касационог суда Кзз 1007/2019 од 24.10.2019. године.

Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 21/2022 од 21.10.2022. године.

Пресуда Врховног суда број Кзз 174/2024 од 22.02.2024. године

Aleksandar D. Todorović
Vojvodina Bar Association
a.todorovic.kikinda@gmail.com
ORCID ID: 0000-0003-2501-6351

The Limits of Criminalization and the Principle of Legality in Blanket Economic Criminal Offenses – *Whoever does not deal in good faith shall be punished!* –

Abstract: *This paper analyzes the practice of the Supreme Court (of Cassation) in cases where this court ruled on the limits of criminalization in blanket economic criminal offenses. For many years, defense attorneys in these cases have presented the Supreme Court with the issue of distinguishing between criminal and civil liability, as well as the issue of determining the specific act of commission alleged against suspects when they are prosecuted for blanket economic criminal offenses. Attempts by defense attorneys to obtain an accurate response from the Supreme Court regarding the distinction between criminal and civil liability, and to receive an answer about the extent to which the act of commission of these blanket offenses can be expanded, have not borne fruit. The aim of the paper is to determine whether the Supreme Court (of Casation) applies the standards arising from the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the principle of legality. By comparing the positions taken by the Supreme Court in its decisions with the positions of legal theory regarding the significance, nature, and content of guarantees arising from the principle of legality, and further comparing them with the positions taken on this issue by the European Court of Human Rights, this paper concludes that the principle of legality in blanket economic criminal offenses has been completely undermined. It also suggests that suspects are subjected to entirely arbitrary prosecution for these criminal offenses. The flexibility of judicial interpretation in determining the boundaries of liability in blanket economic criminal offenses has gone so far that it can truly be said that courts in Serbia, in these cases, are guided by the principle of good faith rather than the principle of legality, hence the paper's subtitle.*

Keywords: *limits of criminalization, principle of legality, blanket criminal offenses, abuse of position of a responsible person.*

Датум пријема рада: 27.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 29.10.2024.

Датум прихватања рада: 21.11.2024.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Miro A. Gardaš
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
mgardas@pravos.hr
ORCID ID: 0009-0003-1660-9320

Marko A. Repić
Municipal Criminal State Attorneys Office Zagreb
m_repic@hotmail.com
ORCID ID: 0009-0005-6647-6612

ESTATES IN SLAVONIA AFTER WORLD WAR II^{1,2} CONFISCATION OF THE PROPERTY OF SLAVONIAN NOBILITY AFTER WORLD WAR II³

Abstract: *In the first decades of the 20th century, several large estates existed in Slavonia, belonging to noble families and operating under their administration, or parts of these estates were leased to business entities that utilized them. Some large estates covered vast areas of forest and agricultural land, yielding significant income.*

There were also several smaller economic entities that contributed considerably to the economic prosperity of Slavonia.

After World War II, all these estates were taken from their previous owners and transferred to state ownership. In this process, court proceedings were conducted, and among other penalties, the mandatory confiscation of all property was imposed.

The main accusation against the owners of these economic entities was the alleged collaboration with the enemy, although they had only been conducting their regular economic activities during World War II. Using examples of individual

¹ This paper is a product of work that has been fully supported by the Faculty of Law Osijek Josip Juraj Strossmayer University of Osijek under the project IP-PRAVOS-20, "German Language and Culture in the City of Osijek through History – A Legal and Linguistic Aspect".

² This paper was presented at the conference *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, Session II Pravna istorija on 29 September 2021

³ This paper is a product of work that has been fully supported by the Faculty of Law Osijek Josip Juraj Strossmayer University of Osijek under the project IP-PRAVOS-20.

Slavonian noble families, we will illustrate how this process took place in everyday court practice. Due to these developments, Osijek emerged in the first decades of the 20th century as a strong economic centre, housing some of the most significant business entities.

Archival sources from the State Archives in Osijek contain documents from several archival collections that provide insight into the court proceedings conducted after World War II. These documents show that property was confiscated from individuals and their families who held high positions in the regime of the Independent State of Croatia (NDH) and collaborated with the German army. However, property was also confiscated from many families whose only crime was the continued operation of their factories, workshops, and agricultural estates during the war.

The archival material used in writing this paper is primarily from the following archival collections: the District Court of Osijek, the County Court of Osijek, and the Court for the Protection of the National Honour of Croats and Serbs in Croatia. Gaps in the court proceedings materials were supplemented with data from other archival collections stored in the State Archives in Osijek.

It is particularly notable that lawsuits for “collaboration with the occupier” were filed not only against Germans and Croats who owned large estates, factories, or workshops but also against Serbs and Jews whose factories and crafts continued to operate during World War II. Ironically, such proceedings were also initiated against Jews who were sent to concentration camps during the war, where they perished. Their factories and workshops were nationalized by the NDH authorities and sold to others or handed over to commissioners for management. However, as the authorities after World War II did not recognize any agreements or contracts made during the NDH period, they filed charges of “collaboration with the occupier” against the previous owners, who had been imprisoned or killed by those authorities.

In all of these proceedings, in addition to other penalties, the confiscation of all property was imposed. Sentences ranged from death and imprisonment to a negligible number of sentences involving the loss of national honour or short-term suspended sentences, which were always combined with the confiscation of all property, which in some cases was vast.

This archival material became especially relevant when the return of confiscated property began in Croatia.

Keywords: *confiscation, collaboration with the occupier, World War II, nationalization, court proceedings.*

In the late 19th and the early 20th century, Osijek was a strong economic centre. Numerous economic entities operated in the city, holding prominent po-

sitions in the business life of both Croatia and the Austro-Hungarian Monarchy, employing a large number of workers. Some of these entities, such as the Drava Match Factory and the Osijek Foundry and Machine Factory, achieved significant success abroad and held leading positions in their respective industries. In addition to these large enterprises, Osijek was home to numerous smaller factories, workshops, and a large number of crafts. The city was also an important trade centre, located near the Monarchy's border and well-connected by rail and river routes. All of this contributed to Osijek's economy and favourable business climate.⁴

After the dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy, most owners adapted to the new reality, and many of these facilities continued operating in the Kingdom of SHS (Serbs, Croats and Slovenes), later during the Kingdom of Yugoslavia, and even during the Independent State of Croatia (NDH).

Immediately after the end of World War II, significant changes occurred in the economic life and ownership structure of business entities in Osijek and Slavonia. In the early decades of the 20th century, a significant number, if not the majority, of business entities in the city were owned by Jews and Germans, and after the war, many of the former owners of factories, crafts, and agricultural land no longer resided in Osijek. A large number of Germans left their estates and, following the withdrawal of the German army, abandoned these areas, while many Jews perished in concentration camps.⁵

The new authorities could not allow economic entities to remain inactive and sought to resolve the situation in accordance with their new ideology. Hostility toward private ownership and the punishment of those who collaborated with the previous regime led to a series of judicial and administrative proceedings, drastically altering the ownership structure of economic entities in Slavonia and Croatia. This marked the end of continuity with the previous system, and new forms of ownership were established, which would remain in place for the next 50 years.

After the dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy and up until the beginning of World War II, several large estates existed in Slavonia, continuing their operations during the war, which provided the new authorities with an excuse for their confiscation.

These estates included large plots of arable land, forests, vineyards, pastures, and numerous economic facilities—mills, brick factories, hemp mills, and others. They also included many residential houses, castles, outbuildings, and movable property located within them.

⁴ Gardaš, Miro, *Austro-Hungarian Monarchy – a Prison of Nations or something better*, 6th International Scientific Symposium *Economy of Eastern Croatia – Vision and Growth*, Osijek, 2017, p. 417

⁵ Gardaš, Miro, Gavran, Ana, *Confiscation of the Property of The Jews in Osijek after World War II*, Proceedings of the 16th International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World, Split, 2016, pp. 244-252

Large estates in Slavonia began to be established as early as the 18th century, following the liberation from Ottoman rule. Some estates were granted by the court for military merits, while others were simply purchased.

Intensive production was organized on these estates in various sectors, bringing significant financial profits to their owners. In addition to traditional agricultural methods, some large landowners introduced new methods on their estates, improving cultivation techniques and increasing yields. Some of these landowners left a broader mark through their work and became renowned authors on specific topics.⁶

Some of these estates were truly vast, covering hundreds of thousands of acres of farmland, pastures, or forests, and belonged to some of the most prominent Croatian and European noble families. Others were much smaller, belonging to lower-ranking nobility, and consisted of only a hundred or so acres of land.⁷

Owners of these smaller estates often did not manage or work the land themselves but leased it out in whole or in part, collecting rent. Very often, these owners did not even live in Osijek or Slavonia but resided throughout Croatia or even abroad.

Some of these estates became exemplary operations, bringing significant wealth to their owners or lessees, while new production and cultivation methods were gradually introduced to the surrounding population, improving living standards and promoting the use of modern livestock breeding and land cultivation techniques in Slavonia.

In the 19th century, some estates introduced early forms of manufacturing, craft and industrial production, such as silk production and glassmaking, thereby bringing numerous new technologies to the region, which significantly increased productivity.

Some large estates were highly diversified in their activities, and they maintained well-organized administrative systems that enabled the smooth functioning of these expansive properties. Their operations generated a large amount of archival material, so the archival collections of the Valpovo and Vukovar estates are among the larger collections housed in the State Archives in Osijek.⁸

Significant changes in the status and operations of these estates occurred in 1848 with the abolition of serfdom and the introduction of a civil system. At that time, former serfs became the owners of the urbanium land they had cultivated, while the large landowners retained ownership of allodial land, as well as land

⁶ e.g. Ivan Kapistran Adamović in 1774 drafted the “Regulamentum ...” or the economic ordinance on the ways of managing a feudal estate. Greta Turković illustrated the famous ampegraphic atlas, etc.

⁷ Peres, Zsuzsanna, Gardaš, Miro, Roškar, Jelena, *Manors in Baranja in the 18th and 19th centuries, Law-Regions-Development, Pécs-Osijek*, 2013, p. 215

⁸ See *Vodič kroz arhivske fondove i zbirke Državnog arhiva u Osijeku, Našičko vlastelinstvo*, HR-DAOS-475, and especially *Valpovačko vlastelinstvo*, HR-DAOS-476, dao.hr/indeks.php/gradivo-u-arhivu/vodic-kroz-arhivske-fondove-i-zbirke

that had previously been considered communal, such as shared pastures and forests. The majority of peasants, having been serfs up until then, lacked the money to purchase part of this formerly communal land and gradually became day labourers for their former feudal lords.

A significant portion of these large estates continued to operate even after the dissolution of the Austro-Hungarian monarchy, during the time of the Kingdom of SHS and the Kingdom of Yugoslavia, performing their economic functions until World War II. Some of these estates modernized, introducing new forms of business, steam engines, and electricity, and building local railway networks, thus becoming truly respectable business entities generating substantial income.

With agrarian reform after the end of World War I, a significant portion of the land that previously belonged to large estates was taken away, making their previous agricultural function questionable. Therefore, some large estates reoriented towards a capitalist economy, i.e., the production of raw materials and industrial products. Local railway networks, power plants, sawmills, steam mills, brickyards, etc., were built on them.

During the time of the Independent State of Croatia, these large estates also continued to perform economic functions and brought income to their owners. Some of the large estate owners held prominent positions in the state apparatus of the Independent State of Croatia, which provided the communist authorities after World War II with an excuse for their confiscation.

In other cases, the only guilt of the large estate owners was that they normally carried out their economic activities during World War II, and for this, they were characterized as collaborators with the enemy and held accountable under several laws that sanctioned collaboration with the enemy.

After the end of World War II, the newly established communist authorities recognized the value of the existing property, industrial facilities, and, of course, large estates. Private ownership, wealthy individuals, and rent collection were institutions that did not fit into the ideology and worldview of the new authorities. However, the existing assets represented enormous value, which certainly needed to be brought under control, so the most opportune solution was to confiscate such property.⁹

In the surge of the newly established authorities, all industrial facilities in Osijek and Slavonia were confiscated, along with a large number of luxury houses, rural settlements, hotels, mills, large areas of agricultural land, entire large estates, livestock, agricultural machinery, paintings, furniture, and much more. In

⁹ Gardaš, Miro, Vrbošić, Josip, *Konfiskation von Firmen in Osijek nach dem Zweiten Weltkrieg*, *Institutions of Legal History with special regard to the culture and history*, Bratislava-Pécs, 2011, p. 105

this way, a complete change in the ownership structure of industrial and craft facilities in Osijek and Slavonia was carried out.¹⁰

The animosity of the new authorities towards the previous owners was so great that pillowcases, underwear, and similar items were confiscated for the benefit of the state.¹¹

Due to such actions, many prominent Slavonian families left their homes in fear for their safety and sought a new homeland.

One of the prominent figures in the state, who was at the head of the then “Anti-Fascist Council for the National Liberation of Yugoslavia,” (AVNOJ) was the lawyer Dr. Ivan Ribar. Thus, the confiscation of property was cloaked in the legal guise of the Act on Confiscation and the Execution of Confiscation, which was passed on 9 June 1945.

However, the provisions of this Act were not sufficient to encompass the broadest circle of people whose property the new authorities intended to confiscate, so in addition to this Act, several other legal regulations were enacted, allowing a wide circle of people to be declared guilty and their property confiscated. This includes the Law on Criminal Acts Against the People and the State from 25 August 1945¹², and the Decision on the Protection of National Honour of Croats and Serbs in Croatia from 24 April 1945.¹³

There was also a wide circle of people who, during World War II, according to the new authorities, had “done nothing wrong,” but who owned significant land complexes that also needed to be expropriated in some way. The provisions of the Agrarian Reform and Colonization Act were applied to them.¹⁴

The basic idea of this Act was that the land belongs to those who cultivate it, so a land maximum of 20 to 35 hectares was set, and everything above that was taken away.¹⁵

From the confiscated land, a land fund for agrarian reform and colonization was formed, from which land was allocated to a wide circle of people: the farmers who owned no land or owned insufficient land and who were members of partisan squads, the National Liberation Army and Partisan Squads of Yugoslavia, and the Yugoslav Army, war invalids of the liberation war as well as invalids from previous wars (1912-1918 and April 1941), families and orphans of fallen fighters of the liberation war, and families of victims of fascist terror.

¹⁰ Gardaš, Miro, Legal actions against Craftsmen in Osijek after the End of World War II, International conference *Gospodarstvo istočne Hrvatske – vizija i razvoj*, Osijek, 2016, pp. 31-41

¹¹ DAO-HR-136., Okružni sud Osijek, K-239/45.

¹² Zakon o krivičnim djelima protiv naroda i države, *The Official Journal of DFJ*, no. 618/45.

¹³ Odluka o zaštiti nacionalne časti Hrvata i Srba u Hrvatskoj, “*Vijesnik*”- *glasilo JNOF-a Hrvatske*, of 28 June 1945

¹⁴ Zakon o agrarnoj reformi i kolonizaciji – ZRK, *The Official Journal of DFJ*, no. 64/45.

¹⁵ ZRK, Article 1

This fund also included the land of citizens of the German Reich as well as the land of persons of German nationality that was confiscated based on the AV-NOJ decision of 21 November 1944, as well as the land of national enemies and other persons that was confiscated based on court verdicts.

In this way, a large number of settlers from Lika and Kordun came to Slavonia and Baranja, and they received land and houses and thus significantly changed the demographic situation.

In the years following World War II, there were several judicial and state bodies in Osijek that tried people who violated the provisions of the above-mentioned regulations; the District Court of Osijek, the District People's Court of Osijek, the Military Court of the Osijek Military Area, and especially the Court for the Protection of National Honour of Croats and Serbs in Croatia for the districts of Osijek and Virovitica-Osijek.¹⁶

The activities of these bodies have resulted in a significant amount of archival material that can provide us with a clear insight into their operations and individual cases of confiscation and nationalization of property, including large estates. This material is in fairly good condition and is preserved in the State Archives in Osijek, and its condition allows for scientific and professional research.¹⁷

Based on the Act on Confiscation and the Execution of Confiscation, Article 2, point 2, in addition to the courts, the confiscation penalty could also be imposed by the authorized administrative authority. The same Act further stipulates in Article 30 that "Everywhere where there is property of the German Reich and its citizens or property of persons of German nationality..., the decision on confiscation is made by a district commission of three persons appointed by the District People's Commission, and in a city that has the rank of a district or county, a similar commission appointed by the City People's Commission."

An identical Commission existed in Osijek and also imposed confiscation penalties, so when studying the confiscation of property after World War II, it is necessary to take into account the archival material of the City People's Commission of Osijek, which is also preserved in the State Archives in Osijek.

Valuable information on confiscations can also be found in the fund "City Commission for Agrarian Reform and Colonization," and this group of materials should certainly be consulted during further research.¹⁸

One of the key provisions on the basis of which confiscations were carried out was the "Decision on the Protection of the National Honour of Croats and Serbs in

¹⁶ Arhivski fondovi i zbirke u SFRJ – Hrvatska", Beograd 1984., sections on the Historical Archives in Osijek, p. 176.

¹⁷ Gardaš, Miro, Salapić, Josip, Petrašević, Tunjica, Sudski postupci pred sudovima za zaštitu nacionalne časti s posebnim osvrtom na Sud za zaštitu nacionalne časti Hrvata i Srba u Hrvatskoj za okrug Osijek – Virovitica, Istražne radnje i pomoćna sredstva u sudskim postupcima kroz povijest, Osijek, 2010., str. 87.

¹⁸ Ova komisija je osnovana temeljem odredbi Zakona o agrarnoj reformi i kolonizaciji

Croatia,” dated 24 April 1945. According to Article 2, point 1, a crime or offense in the sense of this decision was considered to be any collaboration with the occupiers or their helpers. Forms of such collaboration included: political, propaganda, cultural, artistic, economic, administrative, and other cooperation with the occupier and domestic traitors. Furthermore, the same Article in paragraph 7 stipulates that a crime or offense is also considered to be “voluntary economic assistance to the occupiers and their helpers, especially placing one’s economic enterprise at the service of the occupier, significant work in an economic organization or enterprise that benefits the occupier, and performing supplies on behalf of the occupier.”

The consequences for such acts are prescribed in Article 3 of the same Decision, which states: “Acts under this decision will be punished by: a) loss of national honour, b) forced labour, c) partial or complete confiscation of property or a monetary fine, or d) expulsion.

The penalty of loss of national honour consisted of exclusion from public life, loss of the right to public functions, and loss of all civil rights. The accused could be simultaneously punished with multiple penalties.

The new authorities quickly recognized the importance of property confiscation and the enormous economic potential that lay in that property, so very quickly, on 9 June 1945, they enacted the “Act on Confiscation of Property and the Execution of Confiscation.” In Article 1, this Act provides a definition of confiscation: “Confiscation of property is the forced seizure without compensation in favour of the state of the entire property (complete confiscation) or a precisely determined part of the property (partial confiscation) that is personal property or a personal share in joint property with other persons.” Article 5 of the same Act further stipulates that “all things of the convicted person are subject to confiscation, regardless of whether they are in his possession or have been removed from their original place with the intention of thwarting or obstructing the confiscation. Property subject to confiscation cannot be transferred by inheritance or any other legal basis to the ownership of other persons.”

The third legal regulation that addressed the issue of property confiscation is the “Law on Criminal Acts Against the People and the State,” dated 25 August 1945. This Act, in Article 10, stipulates that “Persons who economically collaborate with the enemy or occupier during the war, i.e., who place their industrial, commercial, transport, or other enterprises or their professional skills at the disposal of the enemy for production purposes, or who themselves produce items that strengthen the economic power and war potential of the enemy, or whose collaboration with the enemy includes particularly severe forms of exploitation and pressure on workers with the help of the occupier’s authorities, will be punished by imprisonment with forced labour for up to 10 years and confiscation of property.”

The network of legal regulations established for the seizure of property was organized in such a way that few could remain unpunished. If a company or

craftsman normally conducted their business during the war, the provisions of one of the mentioned laws or regulations were necessarily applied to them, and in addition to other penalties (imprisonment or loss of national honour), they were almost always sentenced to confiscation of all property.

And if someone owned land larger than a certain maximum, and did not “collaborate with the occupier,” they fell under the provisions of the Agrarian Reform and Colonization Act.

To more vividly support the above claims, we will present several characteristic examples of property confiscation from Slavonian landowners after World War II. We believe that the most information can be provided by the court files through which the confiscation of the Pejačević and Normann estates was carried out, which are kept in the State Archives in Osijek.

We will also present a case of the nationalization of land belonging to a noble family that was not accused of collaborating with the occupier. No penalties were imposed on its members, but according to the new legal provisions, they had too much land and were not direct producers, so the provisions of the Agrarian Reform and Colonization Act were applied to them, and their land was taken away.¹⁹

THE ESTATE OF COUNT PEJAČEVIĆ IN NAŠICE:

The Pejačević family was among the most distinguished nobility in Croatia. In 1772, Maria Theresa granted them the title of count with the predicate *de veroczze* – of Virovitica. In 1841, they sold the Virovitica estate to the princes of Schaumburg-Lippe and since then predominantly resided in Našice, but retained the count’s predicate *de verocese*. The Pejačević family acquired large estates in the Virovitica County – Virovitica, Našice, Orahovica, Retfala, Podgorač, in the Srijem County – Mitrovica and Ruma, as well as estates in present-day Hungary, through military merits, purchases, or marital ties. Additionally, they owned numerous properties in Osijek, Zagreb, Budapest, Vienna, Munich, Pécs, Arad, Barcs, and others. Through marital ties, the Pejačević family connected with the most distinguished noble families throughout the Austrian Empire. The Pejačević family formed several branches: the Virovitica, Ruma-Retfala, and Našice branches. They purchased the Našice estate in 1732 and owned it until 1945. The Virovitica part of the estate was granted to them in 1749 or 1750 in exchange for part of their estates in the Mitrovica lordship, which were annexed to the Military Frontier.²⁰

¹⁹ Gardaš, Miro, Mušić, Boris, Gavranović, Igor, *Pravne osnove povrata imovine oduzete nakon Drugog svjetskog rata s osobitim osvrtom na povrat bivših veleposjeda u Slavoniji*, Pravni vjesnik 3-4, Osijek, 2007, pp. 159-166.

²⁰ Šćitaroci, Mladen, Šćitaroci, Bojana, *Dvorci i perivoji u Slavoniji od Zagreba do Iloka*, Zagreb, 1998, pp. 210-222

Some of them held high positions in the political and administrative life of Croatia. They were several times county prefects of various Slavonian counties, representatives in the Croatian Parliament, ministers, high military officers, and two members of this family held the position of Ban of Croatia.

The estate of Count Pejačević consisted of 18,532 acres of land, including forests, arable land, vineyards, and fishponds. The estate featured an industrial railway and various other industrial and craft facilities. The fishponds were leased to a consortium on 12 August 1943, which was established as “Našičko ribnjačarstvo d. d.”

The co-owners of this vast estate were P. P., a former envoy of the NDH in Spain, M. P., S. A., née P., G. B., née P., E. K., née P., G. P., and M. P., all of whom were outside the country with unknown residences in Austria and Hungary.

In addition to this estate, the Pejačević family owned the entire share capital of “Krndija d. d.”

While managing this vast estate, according to reports from the Public Prosecutor, they significantly collaborated economically with the enemy and were thus accused of economic collaboration with the enemy. Furthermore, P. P. was accused of being an envoy of the NDH in Spain, thus a political collaborator with the enemy and a war criminal.

By the verdict of the District People’s Court in Osijek, case number Kz-94/45, all the accused were found guilty. P. P. was sentenced to 15 years of imprisonment with forced labour, while the other accused were sentenced to one and a half years of imprisonment with forced labour. Additionally, the confiscation of all the property of the accused was ordered, including “Krndija d. d.” and the fishponds, leading to the actual liquidation of “Našičko ribnjačarstvo d. d.”²¹

THE PRANDAU-NORMAN ESTATE IN VALPOVO:

The Valpovo estate was acquired by the noble Prandau family in 1721 when King Charles III granted it to Baron Peter II Anton Hilleprand von Prandau, a counsellor of the Court Chamber, for his numerous services. This grant was confirmed by Queen Maria Theresa in 1749. The Prandau family actively managed the estate, employing capable managers and constructing various economic buildings, bridges, roads, churches, and schools. They encouraged the settlement of craftsmen, the planting of mulberry trees for silk production, and established a brewery, among other ventures. They also took care of building schools in the villages on their estate, resulting in the construction of several schools in the Valpovo and Miholjac regions during their administration. They continued to support these schools by

²¹ DAO-HR-146., Okružno javno tužiteljstvo Osijek, report of 30 November 1945, box 47

providing free firewood, housing, or land for teachers. Additionally, they supported the construction of church buildings in Valpovo and the villages on their estate. The family was also instrumental in founding a theatre in Valpovo and sponsoring its activities, as well as music schools in Valpovo and Miholjac.

Members of this family were often donors to various cultural and scientific initiatives in the Virovitica County and throughout Croatia.²² Upon taking possession of the estate, Baron Hillebrand von Prandau led a campaign against bandit gangs that caused significant problems on the estate. There were also several peasant uprisings on the estate, the most notable being the 1755 uprising, which affected almost all estates in Slavonia, including Valpovo and Našice. Following this, Maria Theresa issued the Feudal Law, which defined the relations between peasants and landowners.²³

In the early period of the estate's operation, the main product was wheat, but later the focus shifted to forest exploitation. By the end of the 19th century, forest exploitation became the dominant activity of the estate, and this activity was leased to various companies for long-term periods.

Between 1722 and 1723, a castle was built, which was severely damaged in a fire in 1801. Its restoration took place from 1803 to 1816, after which it became one of the largest castles in Slavonia. After the death of the last male member of the Prandau family, the Miholjac part of the estate passed to the Mailath de Szekhely family, while the Valpovo part was inherited by Rudolf Normann von Ehrenfels, the grandson of the last Prandau.

After the war, according to the Public Prosecutor's report, the owner R. N. was outside the country, having left for Austria in 1943. As a German, he was a member of the Kulturbund. He was accused of providing products from his estate to the enemy, his mill grinding grain for the enemy army, his power plant being used by the enemy, and bricks from his brickyard being used to build bunkers and barracks for the Germans. Consequently, an indictment was filed against R. N.

By the verdict of the District People's Court in Osijek, case number Kz-260/45, R. N. was sentenced to 15 years of imprisonment with forced labour and 10 years of loss of civil rights. Additionally, the confiscation of all his property, including the entire estate with all its industrial facilities (power plant, mill, brickyard, etc.), was ordered.²⁴

²² Milan, Vrbanus, Doprinos vlastelinskih obitelji Hillebrand von Prandau i von Normann – Ehrenfels društvenom, gospodarskom i kulturnom razvoju Valpovačkog vlastelinstva od osnutka vlastelinstva do sredine 20. stoljeća, *Katalog izložbe Valpovački vlastelini Prandau – Normann*, Državni arhiv u Osijeku, Muzej Slavonije, Muzej likovnih umjetnosti Osijek, Muzej Valpovštine, Ustanova za kulturne djelatnosti Ante Evetović – Miroljub, Osijek – Valpovo, 2018

²³ Milan Vrbanus, *Vlastelinstva u Hrvatskoj u 18. st., Povijest Hrvata, 2 knjiga*, Školska knjiga, Zagreb, 2005, p. 256

²⁴ Milan Vrbanus, *Vlastelinstva u Hrvatskoj u 18. stoljeću*, p. 257.

EXPROPRIATION OF THE BARTOLOVIĆ FAMILY PROPERTY:

The Bartolović family was a noble family based in the village of Tenja, near Osijek. They purchased the castle in Tenja and a significant amount of arable land in the surrounding area from the Adamović family in the second half of the 19th century.

The land was inherited by E. M. (née Bartolović), T. B., and A. B. During the 1930s and World War II, the heirs did not manage the property themselves but leased the land and enjoyed the rent, with two of them not living in Osijek at all.

According to the new authorities' assessments, none of them collaborated with the occupiers during the war, so they were not subject to property confiscation penalties.

However, because it was a large estate, they fell under the provisions of Article 3, paragraph a, of the Agrarian Reform and Colonization Act. This provision stipulates that large estates, i.e., agricultural properties exceeding 25 to 45 hectares of arable land, if exploited through leasing or hired labour, are subject to expropriation.²⁵

The Bartolović family's landholding significantly exceeded this limit, so the District Commission for Agrarian Reform and Colonization in Osijek decided on 17 July 1946 to expropriate it.²⁶

The estate totalled 390 acres and 874 square fathoms of land of various categories. Of this, the vast majority, 330 acres and 380 square fathoms, belonged to the Bartolović family heirs, and the rest to E. S.

According to this decision, the entire estate of E. M. (née Bartolović), A. B., T. B., and E. S., registered in the land books of the municipality of Tenja, was expropriated and transferred to the ownership of the State, including all buildings, facilities, and inventory. The former owners had no right to any compensation.

CONCLUSION

As we can see, the primary effort of the new communist authorities in Slavonia after World War II was to nationalize all economic entities. In this endeavour, they first targeted larger factories and industrial facilities, then began confiscating large estates, craft workshops, and even the private property of wealthier individuals.

Finding an excuse for such actions was not difficult. Numerous newly enacted legal regulations provided the authorities with the means to subject almost

²⁵ ZRK, *The Official Journal of DFJ*, br. 64/45., Art. 3, Para. a

²⁶ No. 1541, access to the document provided thanks to the heir of the family, Boris Mušić, MSc, from Osijek

anyone to repressive measures. The main crime that allowed for the confiscation of property was “collaboration with the occupier” or “collaboration with the enemy.”

If it happened that someone who owned a larger area of land did not “collaborate with the enemy,” the provisions of the Agrarian Reform and Colonization Act were applied, according to which their land was taken away. Then, according to the basic slogan of the Act “the land belongs to those who cultivate it,” it was assigned to persons deemed deserving by the authorities.

Few could escape these provisions. If someone conducted their normal economic activities during World War II, they almost automatically fell under the definition of “collaboration with the occupier.” All this suggests that behind these actions of the new communist authorities were not ideological reasons (they were a convenient cover), but economic calculations and the seizure of well-established and profitable economic entities. There was also an intention to put these actions within legal frameworks.

In this way, the authorities rewarded individuals they considered suitable, significantly changing the demographic picture of these areas and completely altering the ownership structure of economic entities in Osijek and Slavonia, introducing new forms of ownership that would characterize the second half of the 20th century in these regions.

REFERENCES

- Arhivski fondovi i zbirke u SFRJ – Hrvatska”, Beograd 1984
- Odluka o zaštiti nacionalne časti Hrvata i Srba u Hrvatskoj, “*Vijesnik*” – *glasilo JNOF-a Hrvatske*, of 28 June 1945
- Vodič kroz arhivske fondove i zbirke, *Državni arhiv u Osijeku*, Osijek, 2007
- Vrbanus, Milan, Doprinos vlastelinskih obitelji Hilleprand von Prandau i von Normann-Ehrenfels društvenom, gospodarskom i kulturnom razvoju Valpovačkog vlastelinstva od osnutka vlastelinstva do sredine 20. stoljeća, *Katalog izložbe Valpovački vlastelini Prandau-Normann*, Državni arhiv u Osijeku, Muzej Slavonije, Muzej likovnih umjetnosti Osijek, Muzej Valpovštine, Ustanova za kulturne djelatnosti Ante Evetović – Miroљjub, Osijek – Valpovo, 2018
- Vrbanus, Milan, Vlastelinstva u Hrvatskoj u 18. st. *Povijest Hrvata, 2 knjiga*, Školska knjiga, Zagreb, 2005
- Zakon o agrarnoj reformi i kolonizaciji, *The Official Journal of DFJ*, no. 64/45
- Zakon o krivičnim djelima protiv naroda i države, *The Official Journal of DFJ*, no. 618/45

Миро А. Гардаш
Универзитет Јосипа Јураја Штросмајера у Осиеку
Правни факултет у Осиеку
mgardas@pravos.hr
ORCID ID: 0009-0003-1660-9320

Марко А. Рејић
Општинско јавно предузеће у Загребу
m_repic@hotmail.com
ORCID ID: 0009-0005-6647-6612

Велепоседи у Славонији после Другог светског рата Конфискација имовине славонског племства после Другог светског рата

Сажетак: Основни најор комунистичке власти у Славонији након Друге светске рата била је подршка свим привредним субјектима. Са њим намером, најпре су кренули са већим фабрикама и индустријским појонима, а затим су ојачали ојимање великих имања, занатских радионица, па чак и приватне имовине имућнијих појединаца.

Није било тежко наћи изговор за такве постојеће. Низ новодонетих законских пројеката давао је могућност властодржцима да поново све поворну ресурсним одредбама. Основни крмен који је омогућио одузимање имовине био је „сарадња са окупатором“ или „сарадња са непријатељем“. Мало ко је могао да избеће ове одредбе ако су током Друге светске рата обављали своје нормалне економске активности, пада су поново аутоматски појачали под дефиницију „сарадње са окупатором“. Све ово даје наслућивати да ови постојећи нових комунистичких власти заправо нису имали никакве идеолошке разлоге (били су добродошао изговор), већ економску рачуницу и зајлену уходаних и профитабилних привредних субјеката.

У раду ћемо покушати да на неколико примера већих и мањих поседа, на основу архивске грађе похрањене у Државном архиву у Осиеку, прикажемо начине на које су вршене конфискације и експропријације.

Кључне речи: конфискација, велепоседи у Славонији, после Друге светске рата, национализација, сарадња са непријатељем.

Датум пријема рада: 21.09.2023.

Датум достављања коначне верзије рада: 12.12.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Višnja Z. Lachner
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
vlachner@pravos.hr
ORCID ID: 0000-0002-0661-8931

Ljubica M. Kordić
Josip Juraj Strossmayer University of Osijek
Faculty of Law Osijek
kordic.ljubica@pravos.hr
ORCID ID: 0000-0002-2900-7906

MATRIMONIAL RIGHTS AND THE EXPECTATIONS RELATED TO MARRIAGE IN NEWSPAPER ADS BY THE END OF THE 19TH AND EARLY 20TH CENTURIES IN CROATIA

Abstract: *The authors explore the social and legal status of unmarried women and social rules and customs affecting their behavior related to marriage and the relationship between men and women in the 19th and early 20th centuries in Croatia, which was then a part of the Austrian Empire i.e. Austro-Hungarian Monarchy. The research is founded on two different corpora. The first encompasses relevant legal acts regulating marriage at that time, including special rules for royal soldiers regarding their rights to get married. The second part of the research is founded on newspaper announcements, specifically: matrimonial and contact ads, in which men and women express their wish to meet a potential spouse or lover. The corpus of ads is excerpted from the local newspapers of Osijek Die Drau and Slavonische Presse, published in the German language in the explored historical period. The issues of both newspapers published between 1870 and 1938 are available in digitalized versions. Matrimonial and contact ads by men and women as potential spouses or love couples represent a valuable source of information about social rules and customs related to marriage and the relationship between men and women when social communication and social media were very limited. The paper aims to present legal rules regulating men's*

and women's rights and duties relating to marriage but also to shed light on how communication between potential love partners or spouses through printed media influenced the social position and identity of women by analyzing relevant newspaper ads from legal, socio-psychological, and socio-linguistic points of view.

Keywords: legal aspect of marriage; social rules; love and marriage; newspaper ads; Croatia.

1. INTRODUCTION: CORPUS, GOAL AND METHODOLOGY

In this paper, the authors explore the legal and social position of women by analyzing matrimonial and contact ads published by men and women in local newspapers in the Croatian city of Osijek from a historical perspective. The main goal of the paper is to explore the social and legal status of unmarried women and present social rules and customs related to the relationship between men and women seeking for love and/or marriage by the end of the 19th and early 20th centuries. It was the time when the communication between men and women as potential love couples or spouses was very limited. Contacts were established through the mediation of family, friends, and relatives, by exchanging letters, or by ads in local newspapers. The latter was available to higher or middle-class members who were literate at that time and could afford to publish their ads in the newspapers. In that sense, the number and contents of examples explored provide insight into the social status and behavior models of (young) women from the urban middle-class as influenced by their social and cultural settings. Due to the legal background it offers, and its research corpus that encompasses different types of ads published in the German language, this study is of interdisciplinary character, connecting the domains of law, social psychology, and socio-linguistics.

In the theoretical part of the paper, the authors present the social environment and matrimonial rights of the second half of the 19th and early 20th centuries in Croatia. The social milieu of the city of Osijek is shortly presented as well as a typical representative of Croatian urban settings of that time. The main part presents the research into matrimonial and contact ads published by men and women in the newspapers *Die Drau* and *Slavonische Presse* between 1870 and 1938. The two newspapers are available today in the digitalized version as result of the international GIP project¹ conducted by the University Josip Juraj Strossmayer of Osijek, the University of Gießen, and DAAD. *Die Drau* was printed daily from 1872 to 1938 and *Slavonische Presse* from 1885 to 1920s but with interruptions. All the

¹ *Spuren deutscher Sprache, Literatur und Kultur in Kroatien* (project No. 57338369) of the University Josip Juraj Strossmayer of Osijek, the University of Gießen, and DAAD; the newspapers are available on the platform <https://essekiana.eindigo.net/?dd=l&q>.

issues were scanned page by page, so it was not possible to excerpt one specific ad from advertisement pages by using IT methodology. It was necessary to look for matrimonial and contact ads on every page, to create data basis of all relevant ads, organize them into groups, analyze them, and finally draw conclusions.

2. SOCIAL AND LEGAL BACKGROUND

Osijek is a multilingual and multicultural city inhabited mostly by domicile Croatians and the settlers from German-speaking countries, while the Serbian and Hungarian population inhabited the suburbs of the city. From the late 17th century onwards, in three historical settlement waves organized by the Royal Court of Vienna, military forces, craftsmen, farmers, and industrials from Baden-Württemberg, Hessen, Bavaria, and some other German-speaking parts of the Austrian Empire inhabited Osijek and the surrounding area. These settlements shaped the economic and industrial development of the city and determined its multicultural and multilingual character. No wonder that German became a language of public communication. According to the census of 1902, 53.88 % of citizens were speaking that language².

The end of the 19th century and the early 20th century was the period of the Enlightenment that was marked by the development of science and appreciation of culture and arts in social life and by the industrial revolution in the economy. This influenced positively the social position of women due to better education possibilities and increased employment opportunities for women. Women from middle and lower social classes got the opportunity for financial independence, which increased their autonomy in private and public life³. The literacy rate in the female population grew as well, which contributed to increased freedom of public communication. As a result, different job ads, job offers, and business advertisements by women could be found in the newspapers published in Osijek and other cities at that time. Although the job of a teacher was the first public occupation open to women, female teachers were paid less than their male colleagues⁴. The liberal laws passed under the Croatian Ban Ivan Mažuranić equalized the monthly wages of men and women in 1874, but in 1888, under the amendments to the same law, female teachers were not allowed to marry⁵. The royal decision of 1901

² Agneza Szabo, „Socijalni sastav stanovništva“, *Od turskog do suvremenog Osijeka* (eds. Ive Mažuran et. al.), Osijek 1996, 158.

³ Jelena Červenjak, Zlata Živaković-Kerže, „Modernizacijska kretanja i položaj žena u gradu Osijeku na prijelazu 19. u 20. stoljeće“, *Scrinia Slavonica*, 2014, Vol. 14., No. 1., 134.

⁴ Elise Krasnohorska, „Bohemia“, *The Woman question in Europe: a series of original essays* (ed. Theodore Stanton), New York 1884, 452.

⁵ Antun Cuvaj, *Grada za povijest školstva Kraljevina Hrvatske i Slavonije – Svezak VI.*, Zagreb 1911, 373.

enabled girls to enroll the studies at the University of Zagreb⁶, which led to an increased number of educated women at the beginning of the 20th century.

2.1. Laws on marriage in Croatia in the 19th and early 20th centuries

From a legal-historical point of view, marriage as a social institution was very important for both the state and the Church as it was seen as the foundation of society. In the Middle Ages, the Church had jurisdiction in matrimonial matters, while the state dealt with the civil legal consequences of marriage. According to the Catechism of Catholic Matrimonial Law of 1886, marriage is “a complete and indivisible union of life between husband and wife, created according to the will of God. Christian marriage is a sacrament by which two free persons, male and female, are married, and receive grace from God to faithfully fulfill their marital duties until death”⁷. It was in the Enlightenment Era that the state began to enact rules on marriage (matrimonial law). Consequently, in the observed period, marriage was regulated by both the state and the church law, i.e. by the provisions of the Civil Law and the Ecclesiastical Law⁸.

The first major change in matrimonial law in the Habsburg Monarchy occurred when Joseph II (1765–1790) brought new regulations on marriage that were different from church laws. The two most important laws concerning marriage were The Imperial Act of August 30, 1782, and The Imperial Act of January 16, 1783. Under those acts, marriage was considered a civil contract under the state jurisdiction, i.e. under the Civil Law regulation and jurisdiction⁹. These provisions and ideas of the Josephine laws were later adopted into the General Civil Code (GCC). GCC was introduced in the Kingdom of Dalmatia on January 1, 1816, while in the Kingdoms of Hungary, Croatia and Slavonia and the Voivodeship of Serbia and of Temeschwar it was implemented in later years, after the Act of November 29, 1852, entered into force. The Art. 3 of the Imperial Act related to the valid conclusion of marriage, legality of marriage, separation from the table and bed, and the termination of the marriage. Those rules did not apply to the members of the Roman Catholic, the Greek-United (Greek Catholics), and Greek-Non-United (Orthodox) religions with residence in Croatia and Slavonia. For the members of those religions, their denominational matrimonial laws were applied.¹⁰ On the other hand, special provisions on marriage from the GCC applied to Pro-

⁶ Dinko Župan, *Mentalni korzet: spolna politika obrazovanja žena u Banskjoj Hrvatskoj (1868- 1918)*, Osijek 2013, 107-110.

⁷ Jael Weber, *Katekizam katoličkog ženidbenog prava*, Sarajevo 1886, 10-11.

⁸ Ljiljana Dobrovšak, „Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj“, *Croatica Christiana Periodica*, 2005, Vol. 29., No. 56., 77.

⁹ Edo Lovrić, *Studije iz ženidbenoga prava ili Ženidba i njezini bitni momenti*, Zagreb 1900, 1-9.

¹⁰ Adolf Rušnov, *Tumač Obćemu austrijskomu gradjanskomu zakoniku*, Zagreb 1910, 98.

testants and Jews, with special provisions relating to matrimonial rights and duties of the Jewish population (Articles 124-136 GCC).^{11, 12}

The improvement of relations between the Church and the Monarchy led to the conclusion of the Imperial Act between Pope Pius IX and the Emperor Francis Joseph I (1848–1916). Article X of the said Act stipulates that Catholic marriage cases will be judged by church courts according to church laws, while secular courts only decide in the civil consequences of marriage¹³. After that, the Imperial Act of October 8, 1856, introduced *The Law on Catholic Marriages in the Austrian Empire* and *The Instruction for Spiritual Courts in Matrimonial Cases in the Austrian Empire* that related to Catholic marriage cases^{14, 15}. On May 25, 1868, *The Law on Marriages for Catholics* and *the Instruction* of 1856 were repealed, and the provisions of the second chapter of the GCC were reinstated for all citizens, regardless of their religion. In December 1868, a law was passed that regulated marriages between members of different Christian religions, and another law that changed the way of resolving divorce cases, i.e. an attempt at reconciliation was introduced before starting a judicial divorce¹⁶.

In 1895, a new law was passed in Hungary that regulated civil marriage as compulsory, following legislation models introduced in other modern countries.¹⁷ In Croatia and Slavonia as constituent countries of the Hungarian part of the Monarchy, the mentioned law, according to which civil marriage was mandatory, was not in force. This indicates that in the territory of Croatia and Slavonia nothing has changed in the marriage legislation related to Catholics, i.e. the legal situation remained the same until the end of World War II. This means that the matrimonial law of 1856 with a few amendments was still applied to Catholics, while the second chapter of the GCC was implemented only for Protestants and Jews.¹⁸ According to GCC, there were three main bars to valid marriage: a) the lack of consent to marriage; b) the impossibility to fulfill marital duty and c) the lack of the marriage ceremony as regulated by the law.¹⁹ According to ecclesiastical (church) law, marriage impediments were divided into natural (*divini iuris*) and positive ones (*humani iuris*), depending on whether they arise from the nature of

¹¹ Eugen Sladović, *Ženidbeno pravo*, Zagreb 1925, 23.

¹² A. Rušnov, 99.

¹³ Marijan Derenčin, *Tumač k obćemu austrijskomu gradjanskomu zakoniku – (Knjiga I)*, Zagreb 1880, 228.

¹⁴ A. Rušnov, 98.

¹⁵ More on that in : Zvonimir Žepić, *Zakoni i propisi o ženidbi*, Zagreb 1893.

¹⁶ M. Derenčin, 230.

¹⁷ Ferdinando Belaj, *Katoličko crkveno pravo*, Zagreb 1901, 350-351.

¹⁸ Mira Alinčić, „Građanski brak sklopljen prema državnim propisima i vjerskom obredu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 47/1997, 661–662.

¹⁹ Vilim Graber, *Prava zakonske, nezakonske i pozakonjene te pod svoje uzete djetce*, Zagreb 1888., 396-404

marriage or are determined by positive law (Article 46 GCC). Regarding their legal effect, they are further divided into terminating impediments (*impedimenta dirimentia, irritantia*) that render the marriage invalid, and prohibitive (*impedimenta impedientia*) that make it inadmissible. The former prevented the formation of a valid marriage, while the latter did not influence the validity of the marriage but only could produce harmful consequences for spouses and the official who performed the wedding ceremony²⁰. The comparison of Catholic ecclesiastical law with the relevant provisions of the GCC indicates that most bars to marriage defined in GCC are identical to those in ecclesiastical law. Catholic ecclesiastical law lists the following severing bars to marriage: personal incapacity to enter into marriage, coercion, kidnapping, fornication, sexual impotence, the existing marriage, consecration, and spouses' different religions. GCC included some other severing obstacles not stipulated under Catholic ecclesiastical law: immaturity, the lack of consent of a presumed military person, the sentence to prison, adultery, and the lack of solemn declaration of consent. In contrast, the GCC did not adopt the following obstacles from the Catholic matrimonial law: fornication in quality, kinship, the in-law relationship, and the requirement of public decency (*publica honestas*).^{21, 22} The following bars were determined in the GCC as “other obstacles to valid marriage”: immaturity, minority, military status²³ and military duty, lack of political license, criminal liability, adultery, and widowhood period (Articles 120-121 GCC).²⁴ They were defined as preventive measures against voidable marriages.

2.2. Right to marriage under military laws

For centuries, military forces were situated in the central part of the city of Osijek (The Fortress). This fact strongly influenced the social and cultural life of its citizens. Behavior, rights, and duties, as well as the social and financial status of soldiers of all ranks were precisely determined by military laws, which also regulated the right to conclude marriage. Under military laws, the marriage con-

²⁰ Ivan Čepulić, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb 1925., 531-532, 533.

²¹ Julij Liebold Ljubojević, *Katoličko ženidbeno pravo s obzirom na građanske zakone u Austriji*, Osijek 1867, 73.

²² A. Rušnov, 107.

²³ Military personnel could not marry without prescribed permission, i.e. until they reached a certain level and income in their service. The above was valid with the passing of the law of December 5, 1868. More about it: in Jael Weber, *Katekizam katoličkog ženidbenog prava*, Sarajevo 1886.

²⁴ Par. 120-121. GCC regulates the prohibition of premature remarriage of a woman, after her first marriage was declared null or dissolved, or ended with the death of the spouse. These provisions did not apply to Catholics in Croatia and Slavonia because a woman could enter into a second marriage only as a widow or by declaring the first marriage invalid. Therefore, these provisions replace §§ 76 and 77 of the Law on Catholic Marriages of 1856, in: A. Rušnov, 219.

cluded with a soldier of a specific rank under specific circumstances could have been proclaimed invalid. However, the new military law passed in 1889 (The Law on the Defense Forces) changed this, and a marriage concluded by military personnel without the permission of the competent commanding area was no longer defined as invalid. In compliance with the provisions of the Military Penal Code (Art. 780), the law introduced punishments for those who did not comply with military regulations in this regard and did not obtain a marriage license.²⁵ The provision stipulating the marriage of military personnel was Art. VI of the *Law on the Defense Forces* of 1889, passed by the joint Hungarian-Croatian Parliament. Soldiers up to the age of 23 and those who did not enter the “third age group” were not allowed to marry. Conscripts (“unlisted soldiers” who passed the third age group) were allowed to get married but only with a special permit from the competent district conscription or home defense regimental command. Only “unlisted” subsequent reserve soldiers and inactive reserve soldiers of all age groups (including those declared permanently incompetent and generally exempted from military duty for various reasons) could marry arbitrarily, that is, without special permission from the relevant commands. If a person entered into marriage contrary to the said provision, he was guilty of committing a misdemeanor for which a fine of 30 to 300 forint was foreseen. The same fine was proscribed for an official (authority) who was an accomplice in the conclusion of marriage without a license, under the condition that motion was taken against that person for violation of regulations. The granting of marriage licenses for military officers depended on certain conditions. Military officers who wanted to get married had to earn a guaranteed income up to a minimum amount determined by special military regulations. This guarantee about minimum income had to be issued by the Joint War Ministry for the Joint Austro-Hungarian army, or by the Minister of National Defense. This referred to the officers of the active Home Guard and armed officers, clerks, and other monthly wage earners not included in the military rank class. A marriage license could be issued to them only if the relevant guarantee was secured in the prescribed manner and at least with 4% interest. Specifically, for a lieutenant, it was 60,000 crowns, a clerk of the XI. rank 30,000 crowns; the first lieutenant 50,000 crowns, a clerk of the X rank 25,000 crowns, captain of the main staff corps 60,000 crowns, captain 40,000, the major of the main corps 50,000 crowns, etc. The officers younger than 30 had to provide for a 50 % increased marital bond principal.²⁶ Hungarian government debentures and government debt bonds were suitable for securing the bail principal as well as different types of securities, like the possession of appropriate real estate. Vilma Vukelich (1880-1956),

²⁵ Militar Criminal Code 1855 (*Militärstrafgesetz über Verbrechen und Vergehen vom 15. Jänner 1855 für das Kaiserthum Oesterreich*), Vienna 1855.

²⁶ A. Rušnov, 117.

a Croatian writer from Osijek, married in 1902 a Royal Army officer Milivoj (Milko) Vukelić after they had bought a house as his marital security deposit. In her novel *Traces of the Past (Tragovi prošlosti)*, she describes the conclusion of their marriage by the rules of the Military Law of that time:

It was necessary to collect a bail. We actually bought the house and registered the title to it. The question of religion arose because my mother insisted that I did not convert to Christianity, and there were no civil marriages in Croatia at that time. That is why we had to, at least fictitiously, make our permanent place of residence the nearby village Darda (in Baranja under Hungarian jurisdiction), which again took several months. Then it turned out that the Hungarian Military Ministry, to which Milko belonged by his status, recognized only church weddings. We therefore had to find a priest who, after our wedding in the local registrar's office, would give us a church blessing and confirm it with an official marriage certificate despite our different confessions. It had to be announced in the church and a dispensation (exemption from church regulations in special circumstances) of the Pecs bishop had to be requested.”²⁷

Related to marital rights, it is important to mention married woman's inheritance rights, too. After the husbands' death, many widows were left without any inheritance and were forced to look for jobs (Kordić & Lachner, 2021)²⁸, or for wealthy single men to employ them or to marry them. The GCC regulated those rights in the chapter “On the legal inheritance of husband and wife” (Articles 757-759 GCC). According to legal succession, the spouse exercised his/her inheritance rights together with the deceased's relatives up to the sixth line of succession. After one spouse died, the other spouse acquired the right of lifelong enjoyment or ownership over a smaller part of the estate, while his relatives acquired the right of ownership over a larger part of the estate. There was a difference if the surviving spouse had children (art. 757), and if there were other relatives (art. 758 and 759). In cases when the rights from the estate were claimed by the decedent's children and the spouse, the right that belonged to the widow was the exclusive right to enjoy part of the estate, while the right to ownership of the estate always remained with the decedent's children²⁹. The right to enjoy part of the property was proportional to the number of children, and only testamentary disposal could change the amount of the inheritance of the surviving spouse. Often when their husbands died without leaving a testament, women were in financially unbearable positions.

²⁷ Vilma Vukelić, *Tragovi prošlosti (Memoari)*, Zagreb 1994, 243.

²⁸ Ljubica Kordić, Višnja Lachner, „Multilingualism and the Social Status of Women in the City of Osijek in the 19th and Early 20th Centuries“, *Journal of International Women's Studies*, 24/2021, 1-14.

²⁹ A. Rušnov, 156.

3. RESEARCH FINDINGS

The research corpus encompasses 61 matrimonial and contact ads published by men and women in the explored period: 55 in *Die Drau*, and 6 in *Slavonische Presse*. Men authored 41 ads, women 20. Additionally, we included in the analysis a couple of ads by widows that were officially placed into job offerings but their style and wording indicated the authors' intention to find a life partner or potential husband living in financially secure conditions.

3.1. Matrimonial and contact ads by women

In their ads, young women were mostly looking for future spouses or just for acquaintance with men for fun. Exceptionally, they were looking for a specific young man from the city who they wanted to meet in person and did not find any other way to contact him but through the local newspaper. Interestingly, the first contact ad in the history of Osijek was published by a woman in *Die Drau* on June 23, 1872. "A lady who owns considerable property" wanted to meet "a young man of pleasant appearance who does not have to be wealthy". She also determined the time and place of the date and the signs to recognize each other. She would wear "a straw hat with a wide brim, a white ribbon and a rose bud", while "interested candidates with serious intentions should put a green leaf in jacket lapel" ("als Erkennungszeichen (wird sie) einen breiten Strohhut mit weißem Bande und einer Rosenknospe tragen. Diejenigen, die ernstlich auf Anknüpfung einer Bekanntschaft reflectieren, wollen dagegen ein grünes Blatt ins Knopfloch stecken").

In their matrimonial ads, girls usually list the dowry they possess, their religion, and their personal qualities. So, on January 7, 1900, "an orphan girl from respectable family, Christian, 22 years, well-behaved, a homely type, with a cash dowry of 300,000 forints" was looking for "a financially secured man of integrity for the purpose of marriage" ("Waise aus sehr achtbarer deutscher Familie, christl. Religion, 22 Jahre alt, wohlgezogen und häuslich, mit einer Barmitgift von 300,000 Ft, wünscht man an biederem Herrn in guter und sicheren Lebensstellung zu verheiraten"). Similarly, on November 11, 1908, "a young, beautiful, and intelligent girl with some dowry" wanted to get to know a civil servant in secured post for the purpose of marriage ("junges, hübsches und intelligentes Mädchen mit etwas Mitgift sucht behufs Ehe die Bekanntschaft eines Beamten in gesicherter Stellung"). The code she used was "Chrisanteme". Often, the wording they used and the type of partner they were looking for reveal a subordinate social position of a woman and her lack of self-esteem, which was in accordance with the social status of women belonging to lower and middle social classes of that time. It was the consequence of strict Catholic laws relating to marriage and the relationship between men and women, which shaped the attitudes to and stereotypes about women and their

roles in the family that were formed under the influence of the conservative social settings they lived in. It seems that, according to those rules, the lower income (dowry) a woman possessed and the older she was, the lower her criteria for the appropriate partner. An illustrative example is the ad of September 7, 1918, in which a young woman possessing 3,000 crowns dowry, her housing and furnishing, would like to have acquaintance with an elderly man (“*einem älteren Herrn*”) for the purpose of marriage. A similar wish was expressed by “an intelligent, beautiful virgin (*“Jungfrau”!*), who arrived in Osijek from abroad” and wanted “the acquaintance of a likable, well-off elderly man” (“*wünscht Bekanntschaft eines sympathischen gut situierten älteren Herrn*”). This is discernible from five matrimonial ads published in *Slavonische Presse* from 1882 to 1920. For example, on January 4, 1910, an elderly girl, orphan, with a few thousand crowns (“*Älteres Fräulein, Waise, mit einigen tausend Kronen*”) wanted to marry an elderly man or a widower (“*möchte sich mit einem älteren Herrn oder Witwer verheiraten*”).

Although dowry played an important role in finding an appropriate partner, some women pointed out that estate or money were not essential requirements. In the ad of January 1910, “a beautiful, slim brunette, 21, with a dowry of 50,000 crowns in cash, later more” was looking for a suitable partner (“*passende Partei*”) to marry. In the other published in March 1910, an 18-year-old girl, baker’s daughter, with an estate of 400,000 crowns, also wanted a suitable marriage but would accept a partner without any estate. Similarly, on 12. June 1910, “a 24-year-old orphan girl, blond, attractive, beautiful, with 100,000 crowns cash” was looking for partner for “a suitable marriage”. She added that she was living at her aunt’s and only the candidates who were decisive enough and applied quickly, even without any estate, would have priority (“*Nur rasch entschlossene Herren, ev. auch ohne Vermögen, wollen sich melden*”). In two ads of November 1 and 9, 1910, for the first time, a marriage of love was mentioned. The candidate was “a 20-year old Vienna lady with 50,000 dowry and substantive inheritance, the only child of an industrial, blond, attractive and beautiful” (“*20-jährige blonde Wienerin mit 50000 Mitgift, später bedeutendes Erbe, einzige Tochter eines Großindustriellen, fesch und schön*”). She wanted to enter into a marriage for love (*Neigungsheirath*) with a serious candidate, even without any estate (“*Nur ernste Bewerber, wenn auch ohne Vermögen*”). An interesting example is the ad of May 21, 1910, by a 27-year-old Christian woman with a huge property who wanted to marry “a serious man willing to adopt her 6-year-old-child”, her code being “Independent”.

An unusual matrimonial offering was published on May 10, 1910, in which a father was looking for an intelligent Jewish man of integrity with a financially secure existence for his daughter. The girl was described as beautiful, intelligent, attractive and flawless, and equipped with 6,000 crowns dowry and 60 crowns monthly apantage (“*Suche für meine schöne, fesche, makellose und intelligente*

Tochter, mit 6000 Kronen Einrichtung und 60 Kronen monatlicher Apanage, intelligenten, charaktervollen Isrealitischen Herrn in gesicherter Existenz”).

There are a few ads by girls or married women looking for male partners just for fun, or looking for a male pen friend. The first of such ads was published back in 1873 (May 8, 1873) under the code “Fides”, in which “a young independent lady, who intends to spend the summer in the city, is looking for a witty man from Osijek to exchange letters”. An interesting ad of a similar kind is the one published 42 years later on January 21, 1915, under the code “If you are bored” by a “30-year-old lady who wanted correspondence with a young officer” (“30-jährige Dame sucht Korrespondenz mit jungem Offizier. Chifre: Wenn man sich langweilt”). Two interesting examples of this type stem from 1918. The first one of June 6, 1918, was titled “Young, and intelligent 30-year-old widow” (Junge intelligente 30-jährige Witwe) who wanted correspondence with men employed as higher civil servants, not excluding a possible closer relationship. The second was from December 31, 1918, by two “outstanding girls”, who were looking for male acquaintances. They chose the codes “Blondie” and “Brunette”.

There were several ads published by widows who wanted to “be placed” as housemistresses in a household of a single man or officer with or without children. Although their wish to get married or to find a life partner was not expressly declared, it can be deduced from the wording of their ads. Regarding inheritance laws that were applied at the explored time, when most widows remained penniless if they (or their husbands) had children or close relatives, we can claim with great certainty that those ads can be considered as veiled matrimonial ads (Kordić & Lachner, 2021). Illustrative examples can be three ads of that kind. In the first of August 8, 1888, “a woman in her prime” (eine Frau im schönsten Alter stehend) wanted to “be placed” as housemistress in the household of “a very reliable man” (“...wünscht sich bei einem sehr soliden Herrn als Wirtschafterin placiert zu werden”). In the second one of Mai 28, 1915, “a young widow in her prime without children” was looking for a post of a housemistress in the home of “an independent man” (“Junge kinderlose Wittwe in den besten Jahren sucht Posten als Hausmeisterin”). In the third one, which was published five times in February 1918, “an intelligent 38-year-old widow who is good at cooking and all types of housework” was looking for a post of housemistress in the home of “a single and independent man”. There is only one matrimonial ad, in which “a young widow” was looking for the acquaintance of “an elderly man possessing some property, for the purpose of marriage” (“wünscht Bekanntschaft mit einem älteren Herrn behufs Ehe.”). She used the code “Happy marriage” (“glückliche Ehe”). How difficult the social position of widows, single women with a child, or women older than 22 was in the explored period can be recognized in their readiness to marry “an elderly man” or “a widower”, and that the widows were often hiding their intention to find a financially secured partner behind their job offerings.

3.2. Matrimonial and contact ads by men

Men's matrimonial and contact ads can be organized into more categories than those by women. Men were mostly looking for suitable matches to marry, while in many ads they wanted to find female acquaintances and pen friends, or just female company for fun. They also used newspaper ads as a medium to exchange love messages with secret lovers or a way to contact unknown girls they met in the city and fell in love with. Some ads were very witty and funny, while others were shocking because they can be seen as business proposals rather than matrimonial ads. There are 22 ads of this kind, which makes 53.66 % of all ads authored by men. Other types of ads are represented by three or four examples each. Five matrimonial ads in these 22 of business character were addressing girls or widows without specifying their personal characteristics, their social status, or confessional affiliation. Apart from quoting the expected dowry, potential grooms describe precisely what kind of girl they want as regards their appearances and behavior. For example, on May 28, 1893, a notary public and a magistrate from a small city with an "appropriate possession and good monthly income" (no information about his age or appearance) wanted to marry "a girl or a young widow who is skilled in running a household and has a property of 1,000-2,000 guildens". On July 5, 1900, a young forest ranger (24) was looking for a girl or a widow, not older than 30 for the purpose of marriage. He clearly defined the condition ("Bedingung!") that she must possess a big or a small rural estate and added the possibility of moving into her house ("Junger Forstmann, 24 Jahre, möchte sich mit einem Mädchen oder Witwe nicht über 30 verheiraten. Bedingung: ein größerer oder kleiner Grundbesitz. Möchte auch einheiraten"). In some ads, only the property was highlighted without any other preference concerning the future bride. So, on November 9, 1905, an "ambitious manager of agricultural property, 29, academic, Catholic, with a year income of 2,800 crowns" was looking for a female partner with 30,000 to 40,000 crowns property ("Strebsamer Ökonomeverwalter, 29, Akademiker, katholisch, Jahreseinkommen 2800 Kronen, sucht Lebensgefährtin mit 30-40000 Kronen Vermögen"). Similarly, in June 1905, a 28-year-old man of the Christian religion, "who is considered handsome by other people" ("man sagt zu mir hübscher Mann"), possessing a grocery shop assessed at 15,000 crowns, wanted to marry "a girl from a good family with 8,000 to 10,000 crowns dowry", without mentioning any other preferences. Three years later, two friends published an ad together: a 30-year-old shop assistant and a civil servant aged 36 were looking for girls or widows aged 20-30 years, with 6,000 to 10,000 crowns dowry, for the purpose of marriage. On December 22, 1910, offering a bit more information about himself, an educated industrialist possessing a successful firm in Bosnia was looking for "a young woman who is skilled in housework and stems from a good urban family". He added, literally, "40,000 crowns dowry and a pho-

to demanded” (“Beansprucht Mitgift von min. 40 000 Kronen und Lichtbild”). Similarly, on March 4, 1915, a 28-year-old production manager in an alcoholic drinks factory, wanted to marry “a well-off young lady, not excluding widows with one child” (“...wünscht Bekanntschaft eines vermögenden Fräuleins behufs Heirat, Witwe mit Kind nicht ausgeschlossen”).

In several ads of 1918, widowers were looking for widows of their age or younger, with or without some dowry, good at cooking and housework. Accordingly, in an ad published on March 9, 1918, a widower in his 50-ies, with a possession of 3,000 crowns, was looking for “a modest lady, not under 45, possessing a dowry of 51,000 in cash for the purpose of marriage and takeover of a good and prosperous shop”. (“Witwer in der 50-er Jahren mit 3000 Kronen Vermögen sucht bescheidene Frau behufs Ehe nicht unter 45 Jahren, mit 51000 Bargeld behufs Übernahme eines guten soliden Geschäfts”). Another widower aged 57, in his ad of October 1925, was looking for “a better woman between 40 and 45, with her own business or house” (“Witwer, 57 Jahre, sucht bessere Frau im Alter 40-45 Jahren mit Geschäft oder Wohnung”).

In some cases, ads were given by a potential groom’s friend or brother. On November 26, 1918, a man was looking for a girl or widow who would marry his 40-year-old friend, a businessman of pleasant appearance, who possessed his own house. A candidate should be “an older girl or widow with 30-40,000 crowns” (“... ein älteres Mädchen oder Witwe mit 30-40000 Kronen”). In the ad of February 21, 1925, on behalf of his 20-year-old brother, a man was looking for “a lady from the best family with appropriate possession” (“eine Dame aus bester Familie mit zeitgemässen Vermögen”). He describes his brother as an educated manager of a small factory, healthy and diligent, and a person of reliable character and pleasant appearance.

Exceptionally, men were looking for intelligent women or those with personal qualities other than fortune. The first of that kind was published on August 1, 1900, by “an intelligent young man of financially secured existence, with some property and a year income of 4,800 crowns, who wanted to marry a beautiful, well-raised and modest girl of Jewish religion” (“...wünscht sich mit hübschem, wohlherzogenem, bescheidenem Mädchen, Israelitin, zu verehlichen”). He also added a condition: “kind and cheerful character. Dowry does not matter” („Bedingung: liebenswürdiger heiteres Temperament; Mitgift – Nebensache”). In later ads, a potential bride’s personal qualities were highlighted, while her fortune was mentioned discretely. Two examples of this kind can be found in *Die Frau* on the same day – February 20, 1929. In the first, “a young Jewish man in secured financial circumstances” was looking for “a beautiful intelligent girl with appropriate property” (“mit entsprechendem Vermögen”), while in the second a Jewish hotel-and-inn-owner wanted “to marry an intelligent, well-off girl” (“wünscht Heirat mit einem intelligenten wohlhabenden Mädchen”).

3.2.1. *Business or matrimonial ads?*

In our corpus of matrimonial and contact ads, four ads could be classified as business offerings to women rather than matrimonial ads. The first of them was published several times in July 1902 (on 8, 10, and 13. of July). The authors were “two diligent metal-turners” who wanted “acquaintance for the purpose of marriage with two girls ready to move to America”. On March 26, 1910, “a 27-year-old man of Jewish religion, familiar with all religious customs”, wanted to marry “a young, beautiful, and modest girl with a dowry of 20,000 crowns minimum IN ADVANCE (in capital letters!), for the purpose of establishing a lucrative manufacture”. (“27-jähriger Israelit mit Brauchenkenntnissen, in leitender Stellung, wünscht zwecks einer lukrativen Fabrikation ein junges, hübsches und bescheidenes Mädchen mit Mitgift von min. 20 000 Kronen AUFWÄRTS zu veheiraten”). In January 1910, “an expert in his prime, possessing an appropriate capital, for which he offers a guarantee by a tabular statement” was looking for the acquaintance of “an independent woman in her thirties with 35-45,000 crowns in cash, for the purpose of joint purchase of a modern, well-established hotel, who was ready and skilled to run the same”. The last business-and-matrimonial ad was published on December 31, 1925. A Vienna entrepreneur, 30 years old, who owns a food factory estimated at 2,000,000 Schilling wanted to marry a young and beautiful girl from the best family who owns at least 500,000 Schilling that should be secured on the first mortgage to expand the business. (“Besitzer eines gutgehenden Lebensmittelbetriebs im nachweisbaren Werte von 2000000 Schilling” sucht behufs Heirat hübsche junge Dame aus bester Familie mit mindestens 500000 Schilling, die auf erste Hypothek sichergestellt werden zur Vergrößerung des Betriebs”).

3.2.2. *Contact ads for fun*

The first ad of this kind was published back in 1900, on 28. August, by a young man who wanted “a stimulating correspondence with a witty single lady or widow” (“Junger Mann wünscht mit einer geistesreichen ledigen Dame, auch Witwe, in anregende Korrespondenz zu treten”). The ad ends with “Discretion guaranteed and expected”. The next two ads of this kind occurred 15 years later. In the first one, a reserve officer wanted “the acquaintance of an educated young lady for the purpose of having fun”. The second one, published on March 6, 1915, titled “Secret”, was very open-minded regarding the conservative community of Osijek. The author, signed as “A dreamer”, was a reserve officer, “who suffers because he lives far away from his beloved wife”. He wanted to “establish (platonic) contact with a really beautiful married young lady in similar position and attitude” (“Reservoffizier, dem das getrennte Leben von geliebter Gattin schwer fällt, sucht ehrbaren (platonischen) Verkehr mit wirklich schöner verheirateten jungen Dame

in ähnlicher Lage und Gesinnung.”). Obviously, there were several interested candidates, as on March 18, under the same code (Secret) the Dreamer published the following ad: “Dreamer was absent and is kindly asking for lady’s address; a hand-kiss to Blondie”. Again, on March 23, Dreamer was “asking Amanda v. T. to show the signs of life”, and in the same message, he addressed “a Dashing Widow with red straw-hat”, asking her to leave her address in the editor’s office.

The last ad of this type, published in May 1918, was in Croatian language by “two sailors serving their regular military services in a faraway city on the Adriatic Sea”. They were looking for “girls of cheerful character”, asking them “not to forget their fellow landmen at least while they live in these circumstances”. In the end, they quoted the saying “That will be good for your soul”, and added: “Beauty and other little things are not important”.

3.2.3. *Love declarations and messages in the form of ads*

There are three ads of this type in the corpus. The first can be found in the issue of August 6, 1896, addressed to a certain Miss Margit by a man signed as Max, who informed her that he could not accept her invitation unless she revealed her identity. Most interesting ads are those addressed to unknown women who ad providers fell in love with and tried to contact via newspaper ads. One of those ads was published on September 18, 1902, addressing “a dashing young lady who on 19th of this month in Adolf Chwoika’s flower shop was buying Haarlem hyacinth and tulip bulbs”. The anonymous ad provider, who defined himself as “conscious gentleman”, was asking the lady “for honorable meeting” (“Reizendes Fräulein, welches am 19. d. M. in der Blumenhandlung des Herrn Adolf Chwoika Haarlemer Hyazintenzwiebeln und Tulpen kaufte, wird vom bewusten Herrn um ehrbares Wiedersehen gebeten”). Another interesting example appeared on April 16, 1915, addressing “a Brunette, young blushing lady, who rides the tram to Lower Town between 7 and 8 every morning, and in the evening at the same time to Upper Town, wearing mostly dark clothes”. She was kindly asked to leave the message in the editorial office “if a respectful acquaintance is allowed”. The code of the ad was “Beautiful mouth” (“Jene Brünette, rosige junge Dame, die seit einer Zeit zwischen 7 u. 8 Uhr morgens nach die Unterstadt und Abend um die gleiche Zeit in die Oberstadt fährt, meistens dunkel gekleidet ist, wird sub Chiffre ‚schöner Mund‘ an die Expedition dieses Blattes um Mitteilung gebeten, ob ehrbare Bekanntschaft erstattet“).

4. DISCUSSION

The goal of this study was to shed light on the social position of women related to marriage and the relationship between men and women in the 19th and

early 20th centuries in the city of Osijek, Croatia, by analyzing matrimonial and contact ads published in two local newspapers. At the explored time, the communication between men and women from the middle class as potential love partners was limited to writing letters or publishing personal ads in local newspapers, usually by using secret codes. We explored 61 ads, 41 being published by men and 20 by women. Matrimonial rules, and primarily the position of a woman in the family and the society as a whole, were dictated by the ecclesiastical law that regulated the right to marry and marriage rules in Croatia longer than in other parts of the Austrian-Hungarian Monarchy. Rules of entering into marriage, the behavior and the virtues appreciated in brides and grooms were influenced by the church, as well as by the stereotypes of the then conservative society, which placed a woman as mother, wife, and housemistress in the family, without appreciation of her feelings, attitudes, and personal preferences. In the explored time, when the girl was expected to marry (not older than 20!), the amount of her dowry, and her possessions in cash or real estate were of utmost importance for the future groom and his family. This humiliating criterion for a “successful marriage” of a girl living in the men’s world of that time was the reason why girls and young women in their ads as a rule mention the dowry they possess or the estate they will inherit in due time. Opposite to men’s ads, in most cases women describe their appearances and pleasant character. Interestingly, in several women’s ads, we can find the statements that “estate does not matter” or that they wanted “a marriage for love” while the same statement could be found only in two ads by male providers. In men’s ads, the amount of dowry is always emphasized. Until 1900, appearances and other qualities in future partner were hardly mentioned. After 1900, matrimonial ads by men contain desirable physical and spiritual qualities in future brides as well. Appreciated qualities in woman were that she was beautiful or at least attractive, well raised, modest, and “homely type”. Sad examples of the social position of girls and women represent the ads by single women without dowry and older than 20, or widows looking for elderly men or officers to support or to marry them, trying to ensure financially secure existence for themselves and their children. Humiliating for young women were ads published by their fathers looking for future spouses for their daughters, describing them as “beautiful, intelligent, attractive and flawless”, and quoting their dowry in cash.

Ads published by men often sound like business offerings rather than matrimonial ads. There were 22 ads of this type out of 41, plus four additional ads with precisely described business proposals. As a rule, ad providers give a short description of their age and religion, and then clearly list their requirements related to dowry. Some even use capital letters to stress their condition that the dowry is paid in advance, or that the purpose of marriage is investing in a lucrative industry. Only two ads after 1900 were published with the statement “Dowry does not matter”. Considering the conservative society of that time, the most interesting

an surprising contact ads were those published for fun, in which men (exceptionally, women as well) were looking for love affairs or adventures with girls or married women for fun.

5. CONCLUSION

Nowadays we live in the world of virtual social networks, and finding a love partner or spouse in the virtual space has become easier than ever. Matrimonial rules related to entering into marriage in the history of Croatia were in the 19th and early 20th centuries regulated by the ecclesiastical law, which stayed longer in application in Croatia than in other constituent parts of the Monarchy. Special provisions were in force for military forces, whose members were obliged to obtain their marriage license from their superiors and/or to earn the specific monthly income determined by the law depending on their military ranks. A marriage license could be issued to them only if the relevant guarantee in money or estate was secured with at least 4% interest. The Church Law rules, the Civil Law provisions, as well as military rules and the conservative society of that time influenced the values appreciated in future partners and determined the conditions that had to be respected when entering into marriage. Those social conditions and the traditionally subordinated role of the woman in the Croatian conservative society of that time influenced the social position and the self-image of women in the explored period. The models of behavior and established social standards affected the behavior and self-esteem of young girls (and widows) living in the men's world, in which the amount of dowry and the possessions in cash or real estate were highly appreciated qualities in future brides. Progressive trends of the Enlightenment Era and women's emancipation can be recognized in the fact that women themselves published their own ads looking for appropriate partner, some of them being very liberal for their time and looking for young men just for fun. The analysis of matrimonial and contact ads in our research has also shown that some virtues appreciated by young people in their potential partners always matter, like physical appearance, kind and cheerful character, and intelligence. Open-minded and very liberal ads for that time, in which married men and women were looking for love-affairs, hiding their true identities behind imaginative secret codes like "If you are bored", "A Dreamer", "Brunette and Blondie", "Dashing Widow", etc., represent a surprising part of the research. This historical example of communication by using newspaper ads as public media can be seen as a link with contemporary social networks users who are often hiding their real identity behind secret codes. As the findings of this research have shown, this type of communication can reveal social and interpersonal relations as well as the social positions of men and women in given social and cultural settings. The comparison

of communication purposes and methods used in old newspaper ads with contemporary communication on social network could be an interesting topic of some future research.

REFERENCES

- Alinčić Mira, „Građanski brak sklopljen prema državnim propisima i vjerskom obredu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 47/1997, 647-676.
- Belaj Ferdinando, *Katoličko crkveno pravo*, Zagreb 1901.
- Cuvaj Antun, *Građa za povijest školstva Kraljevina Hrvatske i Slavonije – Svezak VI.*, Zagreb 1911.
- Čepulić Ivan, *Sistem općeg privatnog prava*, Zagreb 1925.
- Červenjak Jelena, Živaković-Kerže Zlata, „Modernizacijska kretanja i položaj žena u gradu Osijeku na prijelazu 19. u 20. stoljeće“, *Scrinia Slavonica*, 2014, Vol. 14., No. 1., 129-141.
- Derenčin Marijan, *Tumač k obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku – (Knjiga I)*, Zagreb 1880.
- Dobrovšak Ljiljana, „Ženidbeno (bračno) pravo u 19. stoljeću u Hrvatskoj“, *Croatica Christiana Periodica*, 2005, Vol. 29., No. 56., 77-104.
- Graber Vilim, *Prava zakonske, nezakonske i pozakonjene te pod svoje uzete djetce*, Zagreb 1888.
- Kordić Ljubica, Lachner Višnja, „Multilingualism and the Social Status of Women in the City of Osijek in the 19th and Early 20th Centuries“, *Journal of International Women's Studies*, 24/2021, 1-14.
- Krasnohorska Elise, „Bohemia“, *The Woman question in Europe: a series of original essays* (ed. Theodore Stanton), New York 1884.
- Lovrić Edo, *Studije iz ženidbenoga prava ili Ženidba i njezini bitni momenti*, Zagreb 1900.
- Ljubojević Julij Liebold, *Katoličko ženidbeno pravo s obzirom na građanske zakone u Austriji*, Osijek 1867.
- Rušnov Adolf, *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakoniku*, Zagreb 1910.
- Sladović Eugen, *Ženidbeno pravo*, Zagreb 1925.
- Szabo Agneza, „Socijalni sastav stanovništva“, *Od turskog do suvremenog Osijeka* (eds. Ive Mažuran et. al.), Osijek 1996.
- Vukelić Vilma, *Tragovi prošlosti (Memoari)*, Zagreb 1994.
- Weber Jael, *Katekizam katoličkog ženidbenog prava*, Sarajevo 1886.
- Žepić Zvonimir, *Zakoni i propisi o ženidbi*, Zagreb 1893.
- Župan Dinko, *Mentalni korzet: spolna politika obrazovanja žena u Banskoj Hrvatskoj (1868-1918)*, Osijek 2013.

Вишња З. Лакнер

Универзитет Јосипа Јураја Штросмајера у Осиеку

Правни факултет у Осиеку

vlachner@pravos.hr

ORCID ID: 0000-0002-0661-8931

Љубица М. Кордић

Универзитет Јосипа Јураја Штросмајера у Осиеку

Правни факултет у Осиеку

kordic.ljubica@pravos.hr

ORCID ID: 0000-0002-2900-7906

Брачна права и очекивања у вези са браком у новинским огласима до краја 19. и почетка 20. века у Хрватској

Сажетак: Аутори истражују друштвени и правни статус неудаћих жена и друштвена правила и обичаје који су утицали на њихово понашање у вези са браком и односом мушкарца и жене у 19. и почетком 20. века у Хрватској, која је тада била део Аустријског царства, односно Аустро-Угарске. Истраживање је засновано на два различита корпуса. Први обухвата релевантне законске акте који су регулисали брак у то време, укључујући и посебна правила за краљевске војнике у погледу њиховог права на склапање брака. Други део истраживања заснива се на новинским објавама, односно: брачним и огласима за личне контакте, у којима мушкарци и жене изражавају жељу да упознају потенцијалног сујужника/цу или љубавника/цу. Корпус огласа је извод из осјечких локалних новина Дие Драу и Славонице пресе које су излазиле на њемачком језику у истраживаном историјском периоду. Бројеви оба листа који су излазили између 1870. и 1938. доступни су у дигитализованим верзијама. Брачни и контактни огласи мушкарца и жена као потенцијалних сујужника или љубавних партнера представљају драгоцен извор информација о друштвеним правилима и обичајима везаним за брак и однос између мушкарца и жена када су друштвена комуникација и друштвени медији били веома ограничени. Рада има за циљ да представи законска правила која регулишу мушка и женска права и обавезе у вези са браком, али и да расветли како је комуникација између потенцијалних љубавних партнера или сујужника путем штаманих медија утицала на друштвени положај и

иденитијет жена анализирајући релевантне новинске оласе из иравних, соцо-исихолошких и соцо-линвистичких ледитија.

Кључне речи: иравни аспекти брака; групивена иравила; љубав и брак; новински оласи; Хрвајска.

Датум пријема рада: 23.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 25.10.2024.

Датум прихватања рада: 29.10.2024.

Марко Љ. Ромић
Универзитет у Бањој Луци
Правни факултет у Бањој Луци
marko.romic@pf.unibl.org
ORCID ID: 0009-0005-8181-4333

НАЧЕЛО ЗАШТИТЕ ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: Начело легитимних очекивања једно је од основних процесних начела у кодификацијама оштите управној поседује у многим европским државама. Имајући своје утемељење у кантовској философији урадио се преко начела правне сигурности и доминантној утицаја немачке правне теорије и у право Европске уније. Управо је Суд правде Европске уније заслужио за разраду овог начела у пракси и поседује на којима почива његова примјена у државама чланицама. Новим Законом о оштем управном поседује у Србији је 2016. године уведено начело предвидивости којим се одређује да су органи управе приликом рјешавања конкретне управне ствари обавезани да воде рачуна и о својим ранијим одлукама донијетим у исти или сличним стварима. Питање које се само наметало да ли се овим мислило да је у правни поредак Србије уведено начело легитимних очекивања али под другим именом? У чланку ћемо покушати да анализирамо поменуто питање уз навођење примјера из уредне европске праксе, као и ставове из судске праксе Европског суда правде. Посебна пажња ће се поклонити ширини начела легитимних очекивања које у својој суштини треба да заштити субјективна јавна права правних субјеката, и то не само у управном поседује. Теоријска разрада појма легитимних очекивања значајна је да открије суштину овог појма који не подразумијева само конкретно посудање у (у)правним посудујцима већ и приликом (по)законској нормирања и креирања јавних политика у одређеним друштвеним областима.

Кључне ријечи: начела оштите управној поседује, начело легитимних очекивања, начело предвидивости, субјективна јавна права, правна сигурност.

УВОД

Начело заштите легитимних очекивања има своје идејне философске коријене у Кантовој заштити разумних очекивања грађана као захтјева на којем се заснивају односи појединаца у заједници. У праву, понајприје управном, оно је општеприхваћено интерпретативно начело у заштити субјективних јавних права. У суштини овог начела се крије одговор на питање може ли се појединац ослонити на досљедност правног поретка те се поуздати у његов континуитет и предвидивост (нпр. у случајевима измјене правног режима). Познати концепт стечених права по којем су то субјективна права која се не смију дерогирати, ограничити или оставити без заштите, а да би одређено право појединца било сматрано стеченим правна ситуација везана уз настанак тога права мора бити окончана, тј. то су субјективна права настала у пријашњем правном поретку који је замијењен новим, по којем та права не би ни требала настати.¹

Субјективна права као скуп овлаштења која имају правни субјекти на основу постојања објективне правне норме остварују се подношењем одговарајућег захтјева за остварење права, а пошто се у управном праву од државе тражи остварење одређеног права, те будући да правни субјект има овлаштење добити одређено право од државе, он неоспорно има тзв. субјективно јавно право.² Посљедица непостојања субјективних јавних права нагнала је Ђорђа Тасића да нераскидиво повеже постојање субјективних јавних права и правне државе, сматрајући их као *conditio sine qua non* правне државе. Познати су тасићевски ставови да се држава не може посматрати мимо правне перспективе, као и то да уколико држава није правна организација онда није ништа.³ Субјективно јавно право налази свој основ у објективном праву, тј. у одређеној норми јавног права, а то значи да правни субјект постављајући свој захтјев изазива дужност одређеног државног орган да примјени одговарајућу правну норму.⁴ Стога се субјективно право не може схватати као нешто првенствено (претходно, претпостављајуће) већ је могућност појединца заснована на норми позитивног права. Зато конструисање појма субјективног права према Тасићу не смије остати у домену теоријског конструктивизма већ мора бити засновано на једној практичној идеји, и само тада субјективно право постаје и добија вриједност која се испољава у најразноврснијим пољима појединачне дјелатности, а то опет највише у управном

¹ Dario Đerđa, “Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2013, 84-86.

² Inga Vezmar Barlek, “Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2011, 572-573.

³ Ђорђе Тасић, *Проблем оцравања државе*, Службени лист СРЈ, Београд 1995, 67.

⁴ Slavoljub Popović, “Teorijski pojam subjektivnih javnih prava i prava i slobode građana po Ustavu Srbije”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2-3/1991, 239-248.

праву (доношењем управних аката, вршењем управних радњи), и то не само законодавац већ и судија појединац (у случају законских празнина може одредити субјективно јавно право у управном спору). Зато се теоријска суштина субјективног (јавног) права одређује као идеална власт (утицај италијанских аутора на Тасића), јер могућност/власт коју има један субјекат да на неки начин одреди другог субјекта претпоставља идеалну стварност права (идеално није ни психолошко, нити је по Тасићу⁵ субјективно право ни воља ни интерес; а ни социолошко јер не захтјева се од субјективног права да буде корисно или штетно за друштво). Субјективно јавно право се једино може замислити у једном друштву заснованом на законском ауторитету гдје норма владајућег ауторитета додјељује власт појединцу или установи.

А из угла легитимних очекивања субјективно јавно право би значило да правни субјект разумно очекује да му држава односно јавноправно тијело призна одређено право према пропису који је на снази у вријеме започињања одређеног односа када нужно долази до сукоба јавног и приватног интереса. Примјеном начела легитимних очекивања одређени акт или поступање јавне власти ће бити недопуштено ако у конкретном случају приватни интерес има превагу над јавним интересом, али то само када очекивање правног субјекта има разумну основу и ако разлози правне сигурности налажу предност приватног над јавним интересом. Субјективна јавна права посебно се штите у спору пуне јурисдикције (јер суд је обавезан не само да одлучи о законитости одлуке већ да ријешити управну ствар), а то посебно долази до изражаја код неизвршавања пресуда из управног спора када је управни суд обавезан да одлучи у споре пуне јурисдикције, или у хрватском праву код одлуке по жалби Високог управног суда који у случају основности жалбе пресудом рјешава управну ствар у спору пуне јурисдикције. Треба нагласити да ово не значи да се у спору ограничене јурисдикције не штите субјективна јавна права и легитимна очекивања странке.⁶

НАЧЕЛО ПРЕДВИДИВОСТИ У ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2016. ГОДИНЕ

Начело предвидивости нема засебну номотехничку цјелину у оквири-ма ЗУП-а Србије већ се налази у оквиру начела правоснажности и то као засебни став трећи. Овакав номотехнички израз сугерише нам најмање двије околности. Прву, да начело предвидивости има да се посматра у окви-

⁵ Ђорђе Тасић, „О појму субјективног права“, *Расправе из филозофије и теорије права* (ур. Рајко Марковић), Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2011, 103-107.

⁶ I. Vezmar Barlek, 574-575.

рима поимања правонажности као процесног својства дефинитивности управног акта, и друго да непостојање његове номотехничке аутономије сугерише несамосталност у смислу засебног начела општег управног поступка. Да су редактори ЗУП-а хтјели начинити сасвим посебно начело предвидивости онда би оно имало свој засебан члан. Поготово оваква формално-техничка аргументација има на значају код дискусије о постојање начела легитимних очекивања у Србији. Да је то темељно начело опште управне процедуре и било предвиђано оно би засигурно имало свој засебан дио у законском тексту образложен у најмање једном члану са више ставова.

Начело предвидивости је нормирано у важећем Закону о општем управном поступку предвиђа поступање органа у управној ствари такво да орган мора водити рачуна о ранијим одлукама донијетим у истим или сличним управним стварима.⁷ *Ratio legis* оваквог рјешења је у превазилажењу проблема неуједначене праксе и различитог третмана странака у истим али сличним ситуацијама. Много критика на рачуна овако предвиђеног начела упућено је са становишта увођења прецедентног система у домаћи правни поредак,⁸ међутим има ставова супротних. Познато је да прецедентни систем подразумијева да једна одлука буде формални извор права и основ за одлучивање у другим сличним случајевима, док овде то није случај јер се начело предвидивости не ослања на једну одлуку већ на уједначену правну праксу одређеног органа управе по одређеном питању.⁹

Закон не забрањује ни у једном сегменту одступање од установљене правне праксе органа али захтјева у таквим ситуацијама образложење зашто је то у конкретном случају неопходно и да ли је опортуно, те како се конкретни случај разликује од сличних, и на крају да такво одступање неће ни у ком случају довести до неједнакости грађана пред законом. То даље значи да орган у рјешењу мора да образложи разлоге због којих је одступио од установљене праксе у истим или сличним управним стварима¹⁰ (нпр. промјена јавне политике у одређеној области).

ДОКТРИНА ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ

По неким ауторима начело легитимних очекивања извучено је из садржине начела правне сигурности а само начело вуче коријене из њемачког

⁷ Закон о општем управном поступку – ЗУП („Службени гласник РС“, бр. 18/16, 95/18), чл. 5 ст. 3.

⁸ Драган Милков, Ратко Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку“, *Зборник радова ПФНС 1/2020*, 5.

⁹ Марко Давинић, *Закон о ошћем у управном посредству, Закон о управним споровима*, Центар за издаваштво Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2020, 20–21.

¹⁰ ЗУП, чл. 141 ст. 4.

права, а свој назив оправдава зато што даје за право грађанима да вјерују у управу која ће се према њима односити једнако у једнаким ситуацијама, и да их неће изненадити никаквом наглом промјеном прописа, усљед које би трпили штетне посљедице.¹¹ Такође, у теорији права се као подређени појмови начелу правне сигурности наводе: неретроактивност, стечена права и легитимна очекивања.¹² Под стеченим правима као што смо видјели могу се подразумијевати субјективна јавна права, чиме се између легитимних очекивања и субјективног јавног права ствара једна нераскидива веза.

У државама англосаксонског правног круга настало је као резултат судске праксе која га је развијала позивајући се на обавезу правичног поступања управних тијела. Англосаксонска теорија под разумним (*reasonable*) очекивањем подразумијева такав начин опхођења према грађанима у којем се може очекивати одређено поступање од органа јавне власти било на основу конзистентне праксе било на основно експлицитно датог обећања од стране поступајућег органа управе (нешто слично бисмо могли да видимо у институту гарантног акта у домаћем праву). Институт легитимних очекивања је установљен како би се контролисао рад јавне власт већ у фази првостепеног управног одлучивања, те како би опомињао орган управе да не одступа од легитимног очекивања странке осим у изузетним случајевима и то само када изузетни разлози тако налажу. Теорија (англосаксонска доминантно) је одавно означила да постоје двије врсте легитимног очекивања: 1) процесна легитимна очекивања – у поступку доношења прописа, законског или подзаконског карактера, законодавац је обавезан одређеним обећањима (домен законодавне политике), која су код грађанства створила легитимна очекивања те су органи легислативе или егзекутиве дужни да их слиједу; 2) материјална легитимна очекивања – доносиоци одлука (органи јавне власти) су обавезани да одређене јавне политике проводе и одрже на снази стога стварају управноправну праксу из које извиру легитимна очекивања. Постоји и другачији критеријум разликовања процесне и материјалне заштите легитимних очекивања.¹³ Наиме, по неким ауторима процесна заштита обухвата давање процесних права особи чија су права повријеђена прије доношења нове управе одлуке (овај систем је заступљен у земаљама англосаксонског правног система), док материјална заштита легитимних очекивања омогућава појединцу остваривање захтјева пред управним тијелом на начин да се донесе мериторна одлука коју је појединац легитимно могао очекивати (овај концепт је заступљен у државама европскоконтиненталног система).¹⁴

¹¹ Mirjana Radenović, *Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka 2019, 62-63.

¹² I. Vezmar Barlek, 572.

¹³ Daphne Barak-Erez, "The Doctrine of the Legitimate Expectation and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", *European Public Law* 4/2005, 584.

¹⁴ D. Đerda, 88-89.

Још у познатом случају пред Европским судом правде *Unions and others vs Ministry for civil service* (1985) заузети су одређени стандарди који служе као путовође кроз теоријска и практична лутања када се учесници поступка могу позвати на легитимна очекивања. У складу са консолидованом судском праксом на легитимна очекивања може да се позива онда када: 1) постоји експлицитно или имплицитно исказано обећање од стране органа јавне власти; 2) очекивања морају да буду правно основана (не смију да буду *contra legem*) да би се могла изразити; 3) очекивања морају да буду разумна.¹⁵ Сви ови стандарди, поготово њихова разумност су плод тумачења конкрет-ног случаја и зависе од поступања и оцјене самог органа.

У енглеској административној пракси као илустративан примјер легитимних очекивања наводи се сљедећи случај. Службеник надлежног тијела за просторно планирање обавијестио је особу х на јасан и недвосмислен начин да испуњава све законске претпоставке за одобрење надоградње још једног спрата на кући те да ће му се исто издати када поднесе захтјев. Особа х поуздавши се у ту изјаву потроши 50 000 фунти за реконструкцију куће. Шта ако надлежно тијело због нове политике накнадно промијени своје стајалиште и одбије захтјев особе х за издавање одобрења? Посреди је ријеч о сукобу јавног и приватног интереса. Бар три могућа рјешења стоје на располагању у оваквом случају: 1) процесна заштита очекивања странке (да се дозволи изјашњавање странци тј. да се обрати органи у случају промјене јавне политике и да се омогући изузетак или да се објасни зашто такав изузетак није могућ); 2) материјална заштита очекивања (особи х може се допустити да се држи изјаве надлежног тијела и настави са реконструкцијом); 3) компензацијска заштита легитимних очекивања (накнада штете). Поједини хрватски правни писци критикују накнаду штету као неадекватан начин заштите легитимних очекивања, јер се компензацијом пажња фокусира на индивидуална права, насупрот интересима заједнице. Стога сматрају да треба у будућности разрадити институ јемства стицања права и обавјештења о условима истваривања и заштите права, прије него инсистирати на ултимативном путу – накнади штете.¹⁶ Шонберг сугерише да се заштита легитимних очекивања сагледава у сљедећим ситуацијама када јавноправно тијело може повриједити легитимна очекивања странке: стављањем изван снаге незаконите правноснажне одлуке, стављањем ван снаге законите правоснажне одлуке, јемством стицања права¹⁷ и обавјештавање о условима остваривања

¹⁵ D. Barak-Erez, 588-589.

¹⁶ Marko Šikić, "Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku – pravomoćnost i legitimna očekivanja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2014, 158-159.

¹⁷ Јемство стицања права у контексту начела легитимних очекивања такође има своју материјалноправну и процесноправну страну. Процесни аспекти се тичу давања у изглед странци да орган управе није обавезан са датим гаранцијама за стицање права, те да у за-

и заштите права.¹⁸ Хрватска управносудска пракса је имала другачије рјешење сличне правне ситуације. У случају да нови власник купи грађевину изграђену без грађевинске дозволе, уклањање се налаже новом власнику, јер нови власник мора предвидјети последице нелегалне градње. Од новог власника се очекивало да буде упознат са предметом уговора о куповини, и због тога се не може позивати на легитимна очекивања.¹⁹

НАЧЕЛО ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА У ХРВАТСКОМ ПРАВУ

Начело заштите стечених права познато је хрватском, тј. југословенском правном поретку још од ЗУП-а из 1956. године, за разлику од начела легитимних очекивања које је плод уставносудске праксе, јер је у једној одлуци хрватски Уставни суд (У-ШВ/4366/2005 од 5. априла 2006.) изричито навео поменуто начело као једно од начела које се мора поштовати у оквиру управног поступка, невезано за чињеницу што није предвиђено текстом важећег ЗУП-а. Чињеница да су оба начела с једнаком важношћу призната у пракси Европског суда правде више одражава његово поштовање различитости правних поредака и традиција држава чланица Европске уније, него стајалиште да су то два потпуно одвојена концепта.²⁰ Но, морамо примјетити да је дејство ове одлуке Уставног суда у конкретном спору по уставној тужби било запањујуће јер је утицало на увођење једног процесног начела иако га изричито нема у закону.

Уставни суд је своју аргументацију уподобио највишим судским инстанцама Европске уније. Да би одређено очекивање било легитимно оно мора да буде најприје разумно, а то је оно очекивање које је настало код „разумног грађанина“, уз ограду да када год се промјена правног режима може предвидјети очекивање није разумно. Други услов је да очекивање мора буде засновано на праву, јер разумна особа се не би ослонила на неза-

висности од хитности поступка постоји могућност након обавјештења странци да јој зајамчена права неће бити призната ни установљена, да се поменути учесник у поступку изјасни. Међутим, странци увијек на располагању стоји редовна правна заштита у жалбеном поступку или управном спору. Материјалноправна страна јемства ослања се на то да се странци признају зајамчена права, чак и у случају измјене правног основа, јер би се у таквом случају оставио прелазни режим како странка не би претрпјела штету на околност на коју није могла да утиче. Јемство за стицање права неодољиво подсећа на дејство и улогу института гарантног акта из чл. 18 ЗУП-а.

¹⁸ Soren Sonberg, *Legitimate expectation in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford 2000, 6.

¹⁹ I. Vezmar Barlek, 576.

²⁰ Marko Šikić, Lana Ofak, “Nova načela управног поступка (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava), *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2011*, 137-138.

кониту основу даљег кориштења/стицања права. Као додатни услов да ли треба заштитити легитимна очекивања јесте и мјера између интереса појединца и јавног интереса, и овде се мисли на оне ситуације у којима приватни (појединачни) интерес грађана или неког колективитета има превагу над јавним интересом, а увијек водећи рачуна о интересима трећих лица.²¹

Однос заштите легитимних очекивања и управне праксе је дубоко међусобно условљен, почевши од начела једнакости, забране дискриминације и повлашћивања који се огледају у сваком управном поступку и у којем сваки учесник поступка има горепоменута очекивања. Стога управна пракса мора да буде учестала, досљедна и законита. У овом домену се огледа сличности начела легитимних очекивања са начелом предвидивости из нашег ЗУП-а које настоји да дисциплинује праксу органа управе, јер појединац од управног тијела очекује да при доношењу одлуке у управној ствари поступа на начин као и у ранијим истим или сличним случајевима. Ова страна начела легитимних очекивања прихваћена је и од стране српског законодавца, али она и даље остаје само дио овог многозначног и комплексног правног начела. Проблем са дискреционим актима посебно је акутан када су у питању легитимна очекивања јер дискрециона оцјена по својој природи подразумијева такво поступање органа да се одлучи слободно, свакако у границама закона и у складу са циљем постављеним законом, али код таквих аката немогуће је очекивати уједначену нити јединствену праксу, јер би она *ab initio* била супротна сврси постојања дискреционе оцјене.

На крају, треба додати да легитимна очекивања у европском контексту подразумијевају и опште акте управе, тј. нормативну дјелатност јавна управе која се огледа у униформисаној, односно стандардизованој примјени закона. У пракси би то значило да се доносе подзаконски општи акти управе на тај начин да се легитимна очекивања учесника управних поступака не изневјере кроз рапидну промјену њиховог правног положаја поготово у смислу смањивања одређених права. Ово посљедње произлази из захтјева да о заштити легитимних очекивања треба повести рачуна најприје законодавац, који ваљану основу њихове заштите треба утврдити већ у законима и другим прописима. У овом случају начелом легитимних очекивања би добило својеврсни ранг уставног начела и обавезивало би законодавни орган власти. Ова очекивања треба штитити и код укидања правоснажних законитих управних одлука којима је појединац стекао неко право, када ничим није допринио стављању такве одлуке изван снаге нити је стављањем ван снаге могао предвидјети иако се легитимна очекивања заснована на незаконитим управним одлукама начелно не би требала штитити, правна сигурност условљава одређене компромисе.²² Не бисмо се усагласили са овим

²¹ D. Đerda, 90.

²² D. Đerda, 100-102.

ставом јер незаконита одлука која би се уклањала из правног поретка неким од ванредних правних средстава може да са поништавајућим дејством отклони и сва дејства тога акта из правне стварности и самим тим ни адресат акта не би имао право да истиче своја легитимна очекивања. Најтежи облици незаконитости који су такстативно наведени код оглашавања рјешења ништавим не могу ни у ком случају да створе „разумно“ очекивање, а свакако не оно очекивање које је утемељено на праву, јер баш супротно темељи се на неправу. Овакву разлику требала би управна пракса да установи и тиме онемогући злоупотребу института легитимних очекивања. Истовремено, у теорији европског управног права, заштита стечених права странака сматра се садржајним дијелом начела правне сигурности и заштите легитимних очекивања. Начело правне сигурности углавном је имало улогу у утврђивању је ли стављање изван снаге управних мјера којима се додјељују права допуштен. У случају стављања изван снаге правоснажних незаконитих управних аката која стварају права за појединца, начело законитости (према којем поступање јавних тијела мора бити у складу са позитивним прописима, који важе у тренутку подузимања поступања) мора се уравни тежити с начелом правне сигурности (које првенствено штити приватни интерес правних субјеката) и заштите легитимних очекивања.²³

Без обзира на то да ли је одлука у складу са законом или није, може стећи процесно својство коначности па и правоснажности. Но, правна дефинитивност која се тиме стиче није апсолутна и не значи да се постојеће стање не може промијенити. Најприје употребом арсенала ванредних правних средстава, када су испуњени законом одређени случајеви. За разлику од некадашњег југословенског ЗУП-а из 1956. године (те свих ЗУП-ова насталих дисолуцијом Друге Југославије који су га дословно или у нешто измијењеном облику преузимали) садашњи ЗУП Србије предвиђа мањи број ванредних средстава. Дилема се поставља код стицања права на основу незаконитог правоснажног управног акта. Утврђено је мишљење и у законодавству²⁴ али и у теорији²⁵ да ништави управни акти не могу да стварају права и обавезе, тј. не установљавају неко субјективно јавно право (које самим тим никада није ни стечено), те се *ex tunc* имају сматрати за уклоњена из правног поретка. Другачија ситуација је са рушљивим управним актима²⁶ који нису обремене-

²³ М. Šikić, L. Ofak, 139.

²⁴ ЗУП, чл. 183 ст. 1 т. 1-6. Наведено разлози се тичу ванредног правног средства – поништавање коначног рјешења. Некадашње ванредно средство оглашавање рјешења ништавим не постоји у важећем ЗУП-у, али се разлози који су некада били предвиђени за ништавост управног акта сада налазе као основ за активирање поменутог ванредног правног средства. Ипак, терминолошки и даље постоји „ништавост“ поменута у цитираној одредби ЗУП-а.

²⁵ Velimir Ivančević, *Institucije upravnog prava*, Књига I, Правни факултет у Загребу, Загреб 1983, 282.

²⁶ Петар Кунић, *Управно право*, друго измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2010, 355-361.

њени тешким облицима незаконитости и који се самим тим могу уклањати употребом ванредних правних средстава, и након што је управни акт стекао својство правноснажности и установио субјективна јавна права за учеснике у поступку.

Примјер из хрватске управносудске праксе је и случај укидања правноснажне грађевинске дозволе по праву (службеног) надзора, позивањем на одлуку Уставног суда. По резонувању суда подносилац има легитимно очекивање да ће услови из грађевинске дозволе бити испуњени с обзиром да се то темељило на разумно оправданом повјерењу у коначни и правоснажни управни акт који је имао ваљану правну основу. Ријеч је о случају посредно неуставних управних аката,²⁷ код којих је у тренутку доношења имао ваљан уставни и законски основ, али накнадном уставносудском контролом утврђена је неуставност закона, те је дејством касаторне одлуке уставног суда са *ex tunc* ефектом поништио све акте и посљедице које је тај закон произвео. А то обухвата и такве сада незаконите управне акте. Међутим, савјестан адресат управног акта није могао знати нити је дужан знати да је ријеч о неуставном закону (таква позитивна обавеза је у рукама законодавца у претходној контроли уставности, или код уставног суда – најчешће у накнадној апстрактној контроли права). У упоредном праву овакви случајеви се нормативној рјешавају на начин да се одреди накнада штете, јер немогуће је оставити на знаји управни акт (нпр. грађевинску дозволу) донијету на основу неуставног закона или незаконитог регулационог плана. Иако постоје и примјери да је суд стао на становиште да околности настале након доношења коначног рјешења не могу бити од утицала на ништавост рјешења (само разлози у тренутку доношења управног акта).²⁸

Илустративни су примјери из домена стицања држављанства, те остваривања права из пензионог осигурања. Наиме, у поступку стицања хрватског држављанства о поднијетом захтјеву за примање у хрватско држављанство одлучује се на основу чињеница какве постоје у вријеме подношења захтјева јер само тако постављени услови су створили легитимно очекивање на страни подносиоца захтјева о условима које треба да испуни. У предметима из пензионог осигурања прихваћен је аргумент тужиоца да је имао својство осигураника упркос чињеници што му послодавац због неликвидности није исплатио плате, јер радни однос тиме није престао с позивом на важећи уговор о раду.²⁹

²⁷ За више у: Марко Ромић, *Неуставност закона и управни акти – дејства уставносудских одлука о неуставности закона на управне акте*, Институт за упоредно право, Београд 2023, 48-50.

²⁸ I. Vezmar Barlek, 578.

²⁹ *Ibid*, 576.578.

НАЧЕЛО ЛЕГИТИМНИХ ОЧЕКИВАЊА У ЕВРОПСКОМ КОНТЕКСТУ

Када говоримо о изворима права Европске уније који су повезани са начелом легитимних очекивања треба указати на секундарно законодавство ЕУ и на већ спомињани примјер Заједничке пољопривредне политике, у којој ЕУ традиционално већ интервенише у законодавства држава чланица мијењајући својим прописима услове за приступ заједничком тржишту, који понекад иду на штету а понекад и у корист пољопривредника. Према пракси Европског суда правде важно је нагласити да легитимна очекивања не могу бити створена у оним ситуацијама у којима органи ЕУ одлучује на основу дискреционе оцјене.³⁰

У европским размјерама начело легитимних очекивања се не односи искључиво на процесне аспекте, већ има и своју материјалноправну страну. Наиме, Европски суд правде пресуђујући о легитимним очекивањима има приступ у два корака: 1) да ли је радња органа управе односно државног службеника створила разумно очекивање на страни оштећене стране; 2) да ли је очекивање легитимно. На прво питање се одговара кроз призму – да ли би *bonus pater familias* развио таква очекивања у конкретном случају, а притом такво очекивање мора буде прецизно и одређено, али и легално. Орган управе је у сваком предмету везан легитимним очекивањима осим када јавни интерес захтјева другачије, а у сваком конкретном случају такав баланс остаје у дискреционој власти службеника али и под контролом суда. Добра управа не би могла бити остварена уколико би се повјерење јавности пољулало због управе која нема константу у свом раду и које се не држи своје одавно успостављене праксе (правна сигурност). Однос легитимних очекивања и легалитета се огледа у поступању службеника који би у хипотетичком случају у жељи да заштите легитимна очекивања странке били принуђени да дјелују *ultra vires* из разлога што промијењена правна ситуација налаже другачије поступање службеника, тј. долази до сукоба објективне законитости (јавног интереса) и приватног интереса лица чија би права била повријеђена дословном примјеном објективне норме. Такво дјеловање службеника би посљедично било *contra legem* и зато је Европски суд правде заузео став да очекивање мора да буде законито односно легално прије доказивања да је разумно и легитимно. У оваквој јудикатури Европског суда правде уочавамо да се тежиште ставља на начело законитости упркос присутног начела правне сигурности. Три кумулативна услова да би се примијенио концепт заштите легитимних очекивања: 1) управа мора

³⁰ Tomislav Sokol, "Načelo zaštite legitimnih očekivanja u upravnom pravu Europske unije i pravna autonomija država članica", *Pravni vjesnik 3-4/2018*, 39-40.

пружити прецизна, безусловна и подударajuћа јемства која потичу од поузданог извора; 2) та осигурања (јемства) морају бити таква да се њима стварају легитимна очекивања; јемства морају да буду у складу са примјењеним правилима. Често се у јуриспруденцији судских органа Европске уније спомиње синтагма „поуздан извор“, стога је било потребно да судска пракса дефинише овај правни стандард. Наиме, под „поузданим извором“ се подразумева секунадарно законодавство Уније (уредбе и директиве). Један од примјера би свакако била заједничка пољопривредна политика Европске уније. Традиционално већ Унија интервенише мијењајућу услове из наведене политике понекад у корист а некад и на штету пољопривредника. Непотребно је говорити колико такве измјене односно интервенције утичу на привреду држава чланица и могу да изазову тектонске друштвене промјене. Ипак, треба додати да се поједине одредбе законодавних аката Уније ипак могу бити проглашене неваљаним због повреде начела легитимних очекивања (одлука у случају Мулдер). Поменути случај представљао је легитимна очекивања пољопривредника који су произвођачи млијека у ситуацију у којој је била одређена премија за оне који престану производити млијеко због вишка на тржишту, али накнадним измјенама ЕУ законодавства и протеком пет година од престанка производње исти произвођачи нису могли да изађу на тржиште јер законодавство ЕУ одређује да право на производну квоту могу имати само они произвођачи који су млијеко производили у претходној референтној години.³¹ У пракси Суда Европске уније да би се странка позвала на начело заштите легитимних очекивања мора да буде ријеч о правноснажној управној одлуци односно акту, што представља проблем јер на нивоу Европске уније не постоји кодификовани управни поступак те правноснажност као процесно својство управног акта може бити различито тумачена, тј. може означавати различите ствари.³² Отворена питања која стоје пред правом ЕУ: када је законодавац Европске уније везан легитимним очекивањима, и у којим ситуацијама претходна управна пракса ствара легитимна очекивања; нелегитимност очекивања које је настало у спекулативне сврхе; и разлика у правној снази противправне управне одлуке и других поступака управе.³³ Правна аутономија држава чланица је ограничена код конципирања и примјене начела легитимних очекивања, међутим оваква ограничења су казуистичког типа и тангирају само неке области у којима је пракса правосуђа ЕУ одредила контуре примјене института легитимних очекивања (сјетимо се да кодификације општег управног поступка на нивоу ЕУ нема), док махом примјена и тумачење овог процесног

³¹ Т. Sokol, 40.

³² М. Šikić, 157-159

³³ Т. Sokol, 43.

начела почива на државама чланицама, стога би требало приступити хармонизацији националних законодавстава у погледу садржине и примјене начела легитимних очекивања.

ЗАКЉУЧАК

Начело легитимних очекивања као што смо видјели има своја теоријска упоришта у англосаксонској и њемачкој правној теорији. У оба случаја се односи на заштиту права појединаца пред државом, било да су у питању очекивања таквог појединца од државно-правног поретка *pro futuro* (промјена правног режима и нормативна дјелатност органа управе), било да је у питању правна сигурност и заштита појединца у конкретном управном поступку. Одређивањем начела заштите легитимних очекивања у општем управном поступку жељело се заштити појединца од арбитрерног поступања јавне управе у истим или сличним случајевима, али не само то јер тиме би дејство овог процесног начела свело на заштиту досљедности управно-правне праксе, те би приговори да се таквим поступањем уводи прецедентни систем били уистину оправдани. Начело легитимних очекивања има много шири значај, јер оно је руководно начело у нормативној дјелатности органа управе у оним ситуацијама када се доноси управни прописи, тј. општенормативни подзаконски акти управе којима се разрађују и конкретизују права и обавезе правних субјекта која су остановљена законом. Приликом нормирања јавна управа не смије да прави драстичне и изненадне заокрете у својом подзаконској политици јер тиме може да наштети очекивањима савјесних појединаца и организација чија су очекивања прије свега легална али и разумна. У низу случајева Суд правде ЕУ покушао је наведене стандарде да поближе објасни и да утврди њихов садржај како се ово начело не би препустило својевољној интерпретацији управних апарата држава чланица. Но, треба закључити да из овако одређеног начела легитимних очекивања произлази да оно не постоји у општем управном поступку Србије и да начело предвидивости јесте један дио, али никако не исцрпљује богату садржину овог начела које је присутно у европском управном простору. Стога би у будућности требало дјеловати *de lege ferenda* и размислити о увођењу начела легитимних очекивања по угледу на европске узоре, поготово имајући у виду приступне преговоре Србије за улазак у Европску унију. Тиме би се повећала правна заштита учесника у управном поступку, осигурала конзистентност управне праксе али и подзаконске нормативне дјелатности органа управе, те би ово процесно начело доживјело истинску и потпуну имплементацију у наш правни поредак. На крају, легитимно је очекивати од правних субјеката да своја субјективна (јавна) права

желе заштити на потпунији начин, а улога свих општих правних начела (међу њима и начела легитимних очекивања) јесте да буду ослонац приликом примјене законских норме на појединачне случајеве, те да буду путоказ како поступити сваки пут када законом није предвиђена прецизна норма за конкретну животну ситуацију.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографија

- Dario Đerda, “Zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu”, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2013.
- Inga Vezmar Barlek, “Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske”, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2011.
- Ђорђе Тасић, Проблем оправдања државе, Службени лист СРЈ, Београд 1995.
- Slavoljub Popović, “Teorijski pojam subjektivnih javnih prava i prava i slobode građana po Ustavu Srbije”, Arhiv za pravne i društvene nauke 2-3/1991.
- Ђорђе Тасић, „О појму субјективног права“, Расправе из филозофије и теорије права (ур. Ратко Марковић), Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2011.
- Драган Милков, Ратко Радошевић, „Начело предвидивости у управном поступку“, Зборник радова ПФНС 1/2020.
- Марко Давинић, Закон о општем управном поступку, Закон о управним споровима, Центар за издаваштво Правног факултета Универзитета у Београду, Београд 2020.
- Mirjana Rađenović, Pravo opšteg upravnog postupka i upravnog spora, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, II izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka 2019.
- Daphne Barak-Erez, “The Doctrine of the Legitimate Expectation and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests”, European Public Law 4/2005.
- Marko Šikić, “Zaštita pravne sigurnosti stranaka u upravnom postupku – pravomoćnost i legitimna očekivanja”, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2014.
- Marko Šikić, Lana Ofak, “Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava), Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 1/2011.
- Soren Sonberg, Legitimate expectation in Administrative Law, Oxford University Press, Oxford 2000.
- Velimir Ivančević, Institucije upravnog prava, Knjiga I, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1983.
- Петар Кунућ, Управно право, друго измијењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, Бања Лука 2010.
- Марко Ромић, Неуставност закона и управни акти – дејства уставносудских одлука о неуставности закона на управне акте, Институт за упоредно право, Београд 2023.

Tomislav Sokol, “Načelo zaštite legitimnih očekivanja u upravnom pravu Europske unije i pravna autonomija država članica”, Pravni vjesnik 3-4/2018.

Правни извори:

Закон о општем управном поступку – ЗУП („Службени гласник РС“, бр. 18/16, 95/18).

Marko Lj. Romić
University of Banja Luka
Faculty of Law Banja Luka
marko.romic@pf.unibl.org
ORCID ID: 0009-0005-8181-4333

Legitimate Expectation in Administrative Procedure

Abstract: *Legitimate expectation is one of the basic procedural principles of the general administrative procedure codifications of many European countries. Having its foundation in Kantian philosophy, it was incorporated into the law of the European Union through the principle of legal certainty and the dominant influence of German legal theory. It is the Court of Justice of the EU that is responsible for the development of this principle in practice as well as the postulates on which its application in the member states is based. In 2016, the new Law on General Administrative Procedure in Serbia introduced the principle of foreseeability, which stipulates that administrative bodies, when resolving a specific administrative matter, are obliged to take into account their earlier decisions made in the same or similar matters. The question that arose was whether this meant that legitimate expectation was introduced into the legal order of Serbia, but under a different name? In the article, we will try to analyze the aforementioned issue, citing examples from comparative European practice, as well as stances from the judicial practice of the European Court of Justice. Special attention will be paid to the broadness of legitimate expectation, which in its core should protect the subjective public rights of legal entities, not just in administrative proceedings. The theoretical elaboration of the concept of legitimate expectations is important to reveal the essence of this concept, which does not solely imply specific actions in administrative/legal proceedings, but also during (by) law norming and the creation of public policies in certain social areas.*

Keywords: *basic principles of administrative procedure, legitimate expectation, principle of foreseeability, subjective legal rights, legal certainty.*

Датум пријема рада: 15.10.2024.

Датум прихватања рада: 14.12.2024.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Гордана З. Крстић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
grkrstic@gmail.com
ORCID ID: 0009-0001-9952-4132

ЗЛОСТАВЉАЊЕ И МУЧЕЊЕ ОД СТРАНЕ ПОЛИЦИЈСКИХ СЛУЖБЕНИКА ИЗ УГЛА ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Сажетак: У раду је анализирано постојање јавног тужилаштва у случају злостављања и мучења од стране полицијских службеника. У чл. 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода забрана злостављања и мучења је нејарикосновено и айсолутно право и државе имају не само позитивну обавезу да имплементирају норме о забрани тортуруе у своје законодавство, укључујући и процесну обавезу да спроводе деловорну, адекватну и брзу испраћу, већ и нејативну обавезу да се уздржавају од примене било каквог облика злостављања. У домаћем правном систему испраћу спроводи јавно тужилаштво, иако да је на овом државном органу примарна одговорност за прикупљање релевантне доказне грађе и утврђивање бијних околности конкретне чињеничне стања када постоје основи сумње да су полицијски службеници у вршењу службе дужности нарушили физички и психички интегритет групе лица. Након одношења ошужног акта, на јавном тужилаштво је итерет доказивања ошужбе, ие је од изузетне важности за правичан исход постојка и активно деловање јавног тужилаштва на главном иретресу. Реч је о специфичним предметима збој катеорије окривљених, врсте угрожавања или повреде заштићеног добра и доказног материјала, који мора бити разматран на законит, систематичан и правилан начин.

Кључне речи: злостављање, мучење, полиција, јавни тужилац, испраћа.

1. УВОД

Забрана злостављања и мучења представља једно од основних права и слобода човека, и гарантована је чл. 3 Европске конвенције за заштиту људ-

ских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција).¹ Класификовано је у пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: *ЕСЉП*) као „тврдо језгро“, које се јемчи сваком лицу, у свим околностима и на свим местима. Искључен је сваки облик ограничења или дерогирања овог права у смислу чл.15 Конвенције чак и у току ванредног стања или угрожавања виталних интереса државе, тако да се извињавајуће околности да је до злостављања дошло услед опасности од тероризма, организованог криминала или оперативне процене о постојању повећаног ризика или да је лице опасно због природе и тежине кривичног дела за које му се суди или је осуђен нису прихватљиве.

Забрана мучења из чл.3 Конвенције, који прописује да нико не сме бити подвргнут мучењу, или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, превасходно обухвата негативну обавезу државе у контексту дужност уздржавања од сваког поступка који би нарушио неповредивост физичког и психичког интегритета. С тим у вези, Устав изричито прописује забрану излагања мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању, потврђавању медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка,² што посебно важи и за лице лишено слободе, у односу на које је предвиђена забрана сваког насиља.³ У случају сумње да су ове забране прекршене активира се процесна обавеза државе која имплицира да су надлежни органи дужни да истраже све околности конкретног случаја, односно да спроведу делотворну, адекватну и брзу истрагу, чији резултати ће разјаснити све битне околности спорног кривичноправног догађаја. Европски комитет за спречавање мучења и нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања⁴ врши надзор над превентивним механизмима за заштиту лица лишених слободе од мучења и других облика злостављања и током посета делегација обавља интервјуе са лицима лишеним слободе и запосленима у управи казнено-поправних завода и даје препоруке за будуће кораке и обазривије испитивање случајева употребе силе.

То све указује на важност испитивања случајева злостављања и мучења када су окривљени полицијски службеници, што се односи превасходно на незаконито хапшење, фабриковање доказа и употребу силе ради изнуђи-

¹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр. 9/03.

² Чл. 25 Устава Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 16/22.

³ Чл. 28 ст.2 Устава.

⁴ Успостављен је на основу Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, која је измењена Протоколима I и II уз Конвенцију. Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, измењене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, *Службени лист СЦГ – Међународни ујовори*, бр.9/03, 16/05, 2/06 и *Службени гласник РС*, бр.7/11.

вања исказа.⁵ Фокус овог рада усмерен на анализу поступања јавног тужилаштва приликом кривичног гоњења полицијских службеника за кривично дело злостављање и мучење из чл.137 Кривичног законика,⁶ учињено на штету лица лишених слободe и капацитета носилаца јавнотужилачке функције⁷ да спроведе делотворну истрагу и ефикасно заступа оптужни акт пред судом.

2. ПОСТУПАЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕДИСТРАЖНОМ И ИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

Кривична пријава у којој се указује на злостављање и мучење од стране полицијских службеника може бити поднета јавном тужилаштву од стране оштећеног, његовог пуномоћника, организације која се бави заштитом људских права, од стране унутрашње контроле полиције, заводске установе.⁸ До иницирања кривичног поступка може доћи и проактивно од стране јавног тужиоца, нпр. када се приликом саслушања у Тужилаштву осумњичени брани да је према њему приликом довођења у полицијску станицу, сачињавања потврде о привремено одузетим предметима и сл. примењена прекомерна сила, што је посебно важно јер жртве могу бити трауматизоване и невољне да пријаве догађај због страха и постиђености.⁹ Неопходно је реаговати промтно и ефикасно на информацију која указује на злостављање, јер у супротном лица склона злостављању лица лишених слободe с разлогом ће веома брзо почети да верују да то могу да чине некажњено.¹⁰ Стога, јавни тужилац може да када саслушава задржано или ухапшено лице, које се жали на повреде које је задобио приликом хапшења или током боравка у службеним просторијама полиције у току хапшења или задржавања, донесе

⁵ Beatriz Magaloni, Luiz Rodriguez, *Institutionalized Police Brutality: Torture, the Militarization of Security and the Reform of Inquisitorial Criminal Justice in Mexico*, American Political Science Review, 2020, 1.

⁶ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

⁷ У даљем тексту је коришћен термин јавни тужилац, из разлога што предмете у јавним тужилаштвима обрађују јавни тужиоци, а главни јавни тужиоци, као руководиоци управе у јавним тужилаштвима, одређују поступајућег обрађивача.

⁸ *Gjini v. Serbia*, European Court of Human Rights, App. no. 1128/16, Judgement of 15 January 2019. Гјини против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.1128/16, пресуда од 15.01.2019. године.

⁹ Sarla Gautam and Aaju Gautam, *Victim of Torture in Police Custody: A Case Study*, International Journal of higher education and research, 5 (1), 2014, 1.

¹⁰ Владимир Вековић, „Сврха и принципи делотворне истраге мучења и других облика злостављања у праву и пракси Европске конвенције о људским правима“, Зборник радова „Изазови управног сисџему“, Сарајево 2021, 344.

решење о одређивању лекарског прегледа, констатује повреду на записнику о саслушању осумњиченог, захтева долазак криминалистичког техничара који би извршио фотографисање повреда и да донесе наредбу о формирању посебног предмета у ком ће се одвојено вршити провере основа сумње да је учињено кривично дело злостављање и мучење из чл.137 КЗ од стране другог јавног тужиоца.¹¹

У пракси по правилу кривична пријава за злостављање и мучење се најчешће подноси од стране пуноћника оштећеног, против ког је претходно полиција тј. полицијски службеници који су осумњичени у тој пријави, поднели кривичну пријаву за кривично дело неовлашћена производња, стављање у промет опојних дрога из чл.246 КЗ уз настојање да се у том поступку нпр. исходује да је потврда о привремено одузетим предметима за дрогу потписана под присилом и да буде од стране суда накнадно изузета као незаконит доказ. Аналогно наведеном, а из практичног искуства аутора произлази да кривична пријава за кривично дело злостављање и мучење у начелу претпоставља постојање другог паралелног кривичног поступка са обрнутим процесним улогама и то најчешће за следећа кривична дела: напад на службено лице у вршењу службене дужности из чл.323 КЗ, недозвољена производња и промет опојних дрога из чл.246 КЗ, изазивање опште опасности из чл.278 КЗ, ометање овлашћеног службеног лица у вршењу службене дужности из чл.23 Закона о јавном реду и миру¹² итд. То указује на постојање две могућности: да је стварно дошло до мучења и злостављања оштећеног од стране полицијских службеника, или пак да је оштећеном то тактика одбране у другом кривичном поступку који се води против њега за тешко кривично дело и да настоји да укаже да су докази у том кривичном поступку прибављени изнуђивањем исказа, потписивањем потврде о одузетим предметима под принудом и сл, што би водило њиховој незаконитости и потенцијалном издвајању доказа.

Међутим, независно од начина формирања предмета и циља подносиоца кривичне пријаве јавни тужилац је дужан да изврши провере навода кривичне пријаве, да разјасни и установи све околности од значаја за даљи ток кривичног поступка. То може чинити непосредно или путем организационе јединице полиције, која врши унутрашњу контролу над радом полицијских службеника подручних полицијских станица или одељења и управа у оквиру градске полиције. Предмет *захтева за прикупиљање пошребних обавештења* подразумева обављање разговора са оштећеним, утврђивање идентитета и обављање разговора са свим полицијским службеницима који

¹¹ Чл.293 ст.5 Законика о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС, бр.72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21.*

¹² *Службени гласник РС, бр. 6/16и 24/18.*

су учествовали у спорној интервенцији, или су на терену или у службеним просторијама према оштећеном предузимали одређене службене радње, прибављање распореда рада и налога за обављање службених задатака, обављање разговора са сведоцима догађаја и прикупљање медицинске документације, као и службене документације која је том приликом сачињена. Важно је прибавити и видео снимке надзорних камера из службених просторија полиције, али и из околних зграда или других објеката. Уколико је против полицијских службеника због прекомерне употребе средстава принуде покренут дисциплински поступак на основу чл. 210 ст. 2 Закона о полицији¹³ и Уредбе о начину спровођења дисциплинског поступка у МУП-у,¹⁴ јавни тужилац може прибавити и те списе, као и одлуку дисциплинских органа.

Након анализе извештаја надлежне организационе јединице полиције, а посебно након разматрања садржине изјава оштећеног, сведока и полицијских службеника и комплетне писмене документације, јавни тужилац има више могућих начина даљег поступања.

2.1. Супституција

Уколико јавни тужилац сматра да су полицијски службеници лица која су му позната због претходне сарадње са њима, може на основу чл. 21 ст. 1 Закона о јавном тужилаштву¹⁵ да поднесе непосредно вишем главном јавном тужиоцу предлог за супституцију надлежности због постојања стварних разлога спречености за поступање у конкретном предмету. Овде није реч о изузећу, већ о супституцији као једном од организационих начела јавног тужилаштва, које потпада под начело хијерархије, једном од начела на којима се заснива јавнотужилачка организација, а које подразумева стварне или правне сметње за поступање. Предлог за супституцију надлежности је акт који једно јавно тужилаштво подноси непосредно вишем јавном тужилаштву ради овлашћивања другог јавног тужилаштва да поступа у конкретној кривичноправној ствари. Овакав предлог се подноси у случају када је потребно предузети одређене доказне радње, односно када већ из прикупљене документације јасно произлази постојање основа сумње да су кривично дело злостављање и мучење учинили полицијски службеници, који раде у полицијским станицама које су везане за месну надлежност јавног тужиоца.

Основна јавна тужилаштва делују на ужем подручју и у непосредном су контакту са полицијским службеницима, те јавном тужиоцу осумњичени могу

¹³ *Службени гласник РС, бр. 6/16, 24/18 и 87/18.*

¹⁴ *Службени гласник РС, бр. 26/17.*

¹⁵ *Службени гласник РС, бр. 10/23.*

бити познати, са њима је у претходном периоду непосредно службено сарађивао на дежурству или приликом поступања по захтеву за прикупљање потребних обавештења, што нужно мора чинити и даље приликом извршавања јавнотужилачких обавеза, због тога су и ови стварни разлози изражени. С обзиром на постојање функционалне повезаности у раду између поступајућег јавног тужиоца и осумњичених полицијских службеника, може бити угрожена делотворност како конкретне истраге, али и других истражних поступака у случају да исти јавни тужилац настави да спроводи доказне радње.

На јавном тужиоцу је изузетно важна обавеза која се огледа у гаранцијама да ће конкретни кривичноправни догађај бити испитан у складу са начелом самосталности и непристрасности, тј. без било какве околности која би могла компромитовати истрагу и учинити да она не испуни стандард делотворности, што је основни елемент процесног аспекта забране злостављања и мучења гарантоване чл.3 Конвенције. Овакав став је заузео и ЕСЉП и у пресуди *Ђурђевић против Републике Хрватске* изнео становиште да је услов делотворности истраге неопходност да особе надлежне за спровођење истраге и особе које је спроводе буду независне од оних који су учествовали у догађајима. То не значи само непостојање хијерархијске или институционалне везе него и практичну независност,¹⁶ која се јавља у конкретном случају. Ирелевантна је чињеница да је јавно тужилаштво одвојен орган у односу на полицијске органе, као и постојање професионалних способности носиоца јавнотужилачке функције када познаје службено полицијске службенике против којих треба да буде вођен кривични поступак.¹⁷

Ипак, ова аргументација не наилази на апсолутно прихватање код непосредног вишег јавног тужилаштва, те је тако у једној одлуци¹⁸ надређено јавно тужилаштво сумарно закључило да је кривично дело учињено на подручју месне надлежности конкретног јавног тужиоца, те нема основа за суп-

¹⁶ Djurdjevic v. Croatia, European Court of Human Rights, App. no. 52442/09, Judgement of 19 July 2011. Ђурђевић против Хрватске, Европски суд за људска права, представка бр. 52442/09, пресуда од 19.07.2011. године, пара 85. Исти став је претходно заузет и у предмету Voicenco v. Moldova, European Court of Human Rights, App. no.41088/05, Judgement of 11 July 2006. Боиченко против Молдавије, Европски суд за људска права, представка бр.41088/05, пресуда од 11. јула 2006. године, пара 121, у ком је наведено да истрага може бити делотворна само ако је спроводи лице које је независно како по службеном положају, институционалном односу, тако и у стварности од државних службеника осумњичених за мучење.

¹⁷ У једном случају је 2019. године Више јавно тужилаштво у Београду усвојило захтев за преношење надлежности који је поднело Основно јавно тужилаштво у Обреновцу у светлу могућег сукоба интереса у истрази због наводног кршења полицијског службеника са којим је тужилац сарађивао у прошлости, што је оцењено као правилно поступање у извештају Влади Србије о посети Србији коју је извршио Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања од 09. до 19. марта 2021. године, 25, <https://rm.coe.int/1680a5c8a6>, 28.август 2023.

¹⁸ Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду КТР бр1728/19 од 28.03.2019. године.

ституцију. Овакво резонување представља замену теза, јер се не поставља питање месне надлежности, већ стварних разлога за вођење истраге од стране јавног тужиоца против полицијских службеника са којима је у претходном периоду има пословну сарадњу и са којима ће у будућности због природе после радити на новим предметима. У другој одлуци¹⁹ непосредно више јавно тужилаштво је институт супституције изједначило са изузећем, налазећи да јавни тужилац није у личним односима са осумњиченима нити у родбинским везама у смислу чл.37 ЗКП, те да чињеница да је јавно тужилаштво поступало у предмету и поднело захтев за прикупљање потребних обавештења у предистражном поступку указује да нема сметњи за даље поступање како конкретног јавног тужиоца, тако и целокупног јавног тужилаштва. Међутим, овакав правни став је неправилан, јер код захтева за изузеће постоје лични разлози – сродство, познанство, претходно поступање или друге околности које изазивају сумњу у непристрасност и објективност у одлучивању и он може бити поднет од стране странака и браниоца, који посумњају у непристрасност, а супституција се базира на стварним разлозима који произлазе из раније изграђених службених односа. Супституција је установа јавнотужилачког организационог права, која је интерног карактера и служи прерасподели надлежности унутар јавног тужилаштва када постоје разлози правне или стварне спречености за поступање. Дакле, „субјекти изван јавног тужилаштва немају овлашћење да формално предложи авокацију надлежности, нити је непосредно више јавно тужилаштво дужно да се о предлогу или иницијативи учесника у кривичном поступку за примену тог института изјасни”²⁰ Није споран капацитет јавног тужиоца да спроведе кривични поступак, већ индиције о непристрасном предузимању радњи и латентној могућности за манипулације од стране осумњичених полицијских службеника у новим предметима. Приликом подношења захтева за прикупљање потребних обавештења у великом броју случајева нису позната имена осумњичених, с једне стране, а с друге стране, јавни тужилац доказне радње предузима непосредно и ступа у директан контакт са лицима са којима је пословно повезан, што може компромитовати истражну фазу поступка.

Дакле, не само да надређено јавно тужилаштво у претежном делу не увиђа проблематику у поступању нижих јавних тужиоца против полицијских службеника из полицијских станица са којима свакодневно сарађују на решавању предмета, већ је до усвајања Амандмана на Устав Републике Србије из 2006. године²¹ постојао и отпор руководиоца јавног тужилаштва да поднесе

¹⁹ Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду КТР бр.285/23 од 18.01.2023. године.

²⁰ Горан Илић, „Јавно тужилаштво у Србији данас“, *Јавно тужилаштво у Републици Србији – Историјски развој, међународни стандарди, ујоредни модели и изазови модерног друштва*, (eds. Горан Илић и Марина Матић Бошковић), Београд 2019, 169.

²¹ *Службени гласник РС*, бр.16/22.

овакав предлог за супституцију надлежности јер се тиме стварала могућност да конкретан предмет буде додељен у рад другом јавном тужилаштву.

2.2. Истражна фаза

Уколико оцени да су прикупљени посредни и непосредни докази који потврђују постојање основа сумње да је учињено кривично дело злостављање и мучење, најчешће из разлога што је оштећени конзистентан у својој изјави и може да определи полицијске службенике који су га физички или психички злостављали, што је поткрепљено одговарајућом лекарском документацијом и другим доказима нпр. видео снимком, јавни тужилац ће спровести доказне радње против полицијских службеника.

У истражном делу кривичног поступка јавни тужилац прво саслушава осумњичене, које позива преко начелника полицијске станице. Осумњичени могу бити ухапшени од стране посебне организационе јединице полиције, која је вршила провере у предистражном поступку, која лица без одлагања спроводи јавном тужиоцу. Овај други начин обезбеђења присуства осумњичених је ригорозније, али ефикасније процесно средство²² посебно када има више осумњичених и тиме се спречава непотребно одуговлачење поступка. Након саслушања осумњичених, јавни тужилац испитује сведока оштећеног, а потом друге сведоке, односно полицијске службенике, тако и трећа лица која су била присутна спорном догађају или пак имају блиска посредна сазнања, нпр. лекара хитне помоћи који је оштећеном пружио лекарску помоћ у полицијској станици. Након испитивања сведока, јавни тужилац одређује наредбом вештачење телесних повреда оштећеног, ради утврђивања врсте и механизма настанка повреда.

Пошто спроведе све доказне радње, јавни тужилац је дужан да детаљно изврши анализу списка и резултата доказног поступка. Према пракси ЕСЈП, у предмету *Текин ѿројшив Турске*, злостављање мора да достигне минимални степен суровости како би био примењен чл.3 Конвенције, а који се утврђује у зависности од свих околности случаја, а првенствено од: трајања злостављања, физичких елемената, менталних, психичких последица, као и у неким случајевима од пола, старости и здравственог стања жртве.²³ ЕСЈП је у тзв. Ирском случају²⁴ утврдио мерила за разликовање три облика злостављања,²⁵

²² Чл.291 ст.1 у вези са чл.211 ст. тач.2 ЗКП.

²³ *Teekin v. Turkey*, European Court of Human Rights, App.no. 52/1997/836/1042, Judgement 9 July of 1998. Текин против Турске, Европски суд за људска права, представка бр.52/1997/836/1042, пресуда од 09. јуна 1998. године, пара 52.

²⁴ *Ireland v. The United Kingdom*, App.no.5310/71, Judgement 18 January 1978, ирска против Уједињеног Краљевства, Европски суд за људска права, представка бр.53107/71, пресуда од 18. Јануара 1978. године.

²⁵ Милан Пауновић, Славољуб Царић, *Европски суд за људска ѿрава – надлежност и ѿстојуак*, Београд 2007, 19.

које је и даље разрађивао. Тако ЕСЉП је у предмету *Јалої ипроиив Немачке* заузео став да је *иосиуиане* „*нечовечно*“, ако је, између осталог, планирано, примењивано сатима у континуитету и ако проузрокује стварне телесне повреде или интензивну физичку и психичку патњу. Поступање се сматра „*ионижавајућим*“ када у својим жртвама изазове осећај страха, бола и инфериорности који је у стању да их понизи и евентуално сломи њихов физички или морални отпор или када је такво да наведе жртву да делује против своје воље или свести. *Мучење* подразумева намерно нечовечно поступање које изазива веома велику и озбиљну патњу и патња или понижење морају превазићи неизбежан елемент патње, односно понижења који је повезан за датим обликом легитимног поступања или казне.²⁶ Први утврђени случај мучења у пракси ЕСЉП (*Аксој ипроиив Турске*)²⁷ то лепо показује: током са-слушања полицајци су осумњиченог, голог, вешали за руке везане на леђима, давали му електрошокове, тукли га, шамарали и вређали. Ово су чинили намерно и са циљем да од њега изнуде признање. Патње нанете жртви биле су великог интензитета, а једна од последица је била дуготрајна парализа руку.²⁸ Према налажењу ЕСЉП, овакво поступање је по својој природи било тако „озбиљно и свирепо да се може описати само као мучење“.²⁹

Посебну пажњу треба обратити на лица којима је од стране јавног тужиоца одређено задржавање, јер су у рањивом положају и државни органи имају обавезу да воде рачуна о поступању према њима. Ако је неко лице доведено у полицијску станицу било доброг здравља, а у време пуштања из установе буде повређено, држава је дужна да пружи уверљиво објашњење како су те повреде настале, те уколико то не учини, јавља се јасна сумња да је дошло до повреде чл.3 Конвенције.³⁰

Приликом оцене свих доказа, а посебно разматрајући врсту злостављања и начин на који је до њега дошло, односно да ли је реч о примени физичке силе, или претње и трајања ових аката јавни тужилац доноси одлуку. Ако

²⁶ Jalloh v. Germany, European Court of Human Rights, App.no. 54810/00, Judgement 11 July of 2006. Јалох против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.54810/00, пресуда од 11.07.2006. године, пара 67, 68.

²⁷ Aksoy v. Turkey, European Court of Human Rights, App.no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996. Аксој против Турске, Европски суд за људска права, представка бр.21987/93, пресуда од 18. децембра 1996. године, пара 64.

²⁸ Виолета Беширевић et al, Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Београд 2017, 86.

²⁹ Aksoy v. Turkey, European Court of Human Rights, App.no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996. Аксој против Турске, Европски суд за људска права, представка бр.21987/93, пресуда од 18. децембра 1996. године, пара 64.

³⁰ Gäfgen v. Germany, European Court of Human Rights, App.no. 22978/05, Judgement of 1 June 2010. Гефген против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.22978/05, пресуда од 01. јуна 2010. године, пара 92.

оцени да нема довољно доказа да би поткрепио постојање основа сумње да су полицијски службеници учинили кривично дело злостављање и мучење, јер је нпр. оштећени у изјави навео да се не сећа детаља, да се његова изјава не поклапа са лекарском документацијом, или се уопште није јавио лекару без одлагања чим је био у прилици, да није имао примедбе на службене акте који су сачињени, нити су код њега констатоване видне повреде приликом саслушања код јавног тужиоца или током рочиште за одлучивање о притвору, јавни тужилац ће решењем одбацили кривичну пријаву због непостојања основа сумње, односно наредбом ће обуставити истрагу јер нема довољно доказа за оптужење.

Уколико пак сматра да постоји оправдана сумња да су осумњичени учинили кривично дело злостављање и мучење, поднеће оптужни акт суду. То дело може бити праћено извршењем неког другог кривичног дела. Не може бити у стицају с кривичним делом лака телесна повреда, јер је она обухваћена злоставом, али може бити стицај са тешком телесном повредом, злоупотребом службеног положаја, изнуђивањем исказа и др.³¹ Међутим, ако је у питању убиство или отмица, стицај би по правилу био привидан, а злостављање би било отежавајућа околност приликом одмеравања казне ако не би била остварена квалификаторна околност. Постоје и нека кривична дела која по својој природи подразумевају повреду људског достојанства, тако да и у односу на њих не би био могућ стицај нпр. кривична дела против части и угледа.³²

3. ПОСТУПАЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Јавни тужилац на главном претресу има активну улогу, јер се ту сучељава директно пред судом са правном аргументацијом на којој је заснована одбрана окривљених. Полицијски службеници као окривљени су затворени, конспиративни и солидарни са колегама и својим исказом не компромитују друге колеге без обзира што тиме може погодovati или штетити себи или пак и утицати својим исказом на разјашњење конкретног кривичноправног догађаја. Овај феномен се назива „плави зид“ и означава лојалност међу полицијским службеницима, који у пракси дају исте и подударне исказе.³³

Одбрана окривљених може бити конципирана на ставу да се примена законитих и оправданих полицијских овлашћења, а то су преглед оштећеног,

³¹ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичној законика*, Београд 2001, 529.

³² Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право – посебни део*, Београд 2006, 61.

³³ Извештај Савета Европе Влади Србије о посети Србији коју је извршио Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања од 9. до 19. марта 2021. године, СРТ/Inf (2022) 03, 23.

везивање руку оштећеног службеним лисицама, смештање у службено возило и његово привођење, не сматра радњама извршења предметног кривичног дела. С тим у вези, за разлику од законите употребе силе, код полицијског злостављања не постоји службени легитимитет, нити наредба претпостављеног за употребу силе, и конспиративно деловање има за циљ да заштити оне који су применили незаконито силу, а не службу.³⁴ Указује се и да се службене радње не могу сматрати радњама којима се по објективним критеријумима и схватањима која постоје у датој средини вређа осећај достојанства личности оштећеног лица, а што је неопходно за постојање предметног кривичног дела, већ се у конкретном случају ради искључиво о субјективном непријатном осећају оштећеног који према објективним критеријумима не може проузроковати повреду достојанства личности као последицу предметног кривичног дела.³⁵

Међутим, Врховни касациони суд је разматрајући сличне чињеничне наводе истакао да нижестепени судови предузимање законских полицијских овлашћења од стране окривљеног АА као полицијског службеника у вршењу службе, и то стављање лисица оштећеном на руке и гурање на задње седиште службеног возила, нису сматрали радњом извршења предметног кривичног дела, већ су у изреци пресуде ове радње окривљеног наведене само као радње које су претходиле злостављању, а што је јасно утврђено у изреци првостепене пресуде. Окривљеном је у конкретном случају као радња извршења предметног кривичног дела стављено на терет злостављање оштећеног и за које је оглашен кривим, а није му стављена на терет друга алтернативно постављена радња извршења предметног кривичног дела и то радња поступања на начин којим се вређа људско достојанство оштећеног како то погрешно сматра бранилац окривљеног. Наиме, радња извршења предметног кривичног дела се састоји од више сукцесивно предузетих радњи од стране окривљеног – полицијског службеника којима он у вршењу службе злоставља оштећеног, односно у конкретном случају се састоји у томе што је окривљени, након предузимања законитих полицијских овлашћења, оштећеном задао два удара песницом у пределу лица и један ударац песницом у пределу леђа, те је затим службени пиштољ прислонио оштећеном на леви образ и запретио му да ће га убити, а које радње окривљеног су код оштећеног проузроковале одређене телесне, односно душевне патње слабијег интензитета.³⁶

Даље, један од најчешћих аргумената одбране усмерен на ескулпацију окривљених јесте и да је дошло до наступања принципа *ne bis in idem* и да

³⁴ Piet van Reenen, *Routine Police Torture: Towards a Personalistic Analysis and Strategy*, Journal of Human, October-December 2002, 54.

³⁵ Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.381/22 од 13. априла 2022. године.

³⁶ Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.381/22 од 13. априла 2022. године.

је кривичноправна ствар правноснажно решена, премда у великом броју случајева кривичном поступку претходи дисциплински поступак против полицйјских службеника у вези са истим кривичноправним догађајем, који се спроводи од стране овлашћеног дисциплинског старешине надлежне организационе јединице полицйје према свим правилима који важе за кривични поступак, а који је окончан осуђујућом или ослобађајућом одлуком. Међутим, не ради се о правноснажно пресуђеној ствари и вођење кривичног поступка након спроведеног дисциплинског поступка не представља повреду начела *ne bis in idem*.

Наиме, постоје критеријуми,³⁷ на основу којих се врши оцена да ли вођење поступка против осумњиченог због дела које произилази из истих чињеница представља повреду начела *ne bis in idem*, а то су:

1. да ли су оба поступка која су вођена против осумњиченог вођена за дело које по својој природи представља кажњиво дело, односно да ли је запређена санкција у дисциплинском поступку по својој природи казнено-правна;

2. да ли су дела због којих се осумњичени казнено гони иста (*idem*) и

3. да ли је постојала двострукост поступка (*bis*).

Дакле, тек по испуњењу сва три критеријума може се говорити о пресуђеној ствари. Код испитивања првог услова неопходно је установити да ли се конкретан дисциплински поступак односи на тзв. „кривичну оптужбу“, односно да ли је дисциплинска осуда по својој природи била „кривична“ на основу тзв. „мерила Ентел“³⁸, која су иостављена у уиврђеној судској пракси Евройској суду за људска йрава, а йо су:

1) правна квалификација дела према домаћем законодавству,

2) природа дела која подразумева два кумулативна поткритеријума – обим прекршене норме и сврху казне и

3) природа и степен тежине казне.

Како је у конкретном случају окривљени АА у дисциплинском поступку ослобођен дисциплинске одговорности, дакле није му изречена дисциплинска мера, то испуњеност овог критеријума зависи од природе прописане дисциплинске мере која се у дисциплинском поступку могла изрећи окривљеном. Примењујући наведени критеријум на конкретни случај, Врховни касациони суд је нашао да вођење дисциплинског поступка не испуњава критеријум поступка по кривичној оптужби за кривично дело лака телесна повреда из чл.122 ст.1 КЗ и то пре свега у погледу казнене природе санкције

³⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.1552/16 од 01.02.2017. године.

³⁸ *Engle and others v. Netherlands*, European Court of Human Rights, App.no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976. Енгле и други против Холандије, Европски суд за људска права, представка 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, пресуда од 08. јуна 1976. године, пара 82.

која је по Закону о полицији могла бити изречена окривљеном. Ово из разлога што је правна природа санкција, које су окривљеном могле бити изречене у дисциплинском поступку, статусног, односно радноправног карактера, будући да се дисциплинским мерама ограничавају или одузимају одређена права и положај, односно својства запосленог, а сврху санкције је могуће остварити само док се то лице налази у радном односу. Престанком тог статуса наведене санкције губе своју сврху и не могу се извршити, те је природа дела везана за радноправни статус учиниоца, а тиме и превентивна и репресивна сврха прописаних дисциплинских санкција. Имајући у виду напред наведено, без обзира на чињеницу што је дисциплински, а затим кривични поступак вођен због догађаја који произилази из истих чињеница, није испуњен критеријум да су оба поступка вођена по „кривичној оптужби“, а што даље значи да се не ради о правноснажно пресуђеној ствари и да нису постојале процесне сметње за вођење друге врсте поступка против окривљеног поводом истог животног догађаја, у конкретном случају кривичног поступка пред цивилним судом.³⁹

У каснијој пракси ЕСЉП уочено је да приликом разматрања кршења чл.3 Конвенције, ЕСЉП узима у обзир и спровођење дисциплинског поступка против службених лица поред кривичног поступка, што потврђује тезу о могућности кумулативног вођења кривичног и дисциплинског поступка. У случају *Гефген њројив Немачке* ЕСЉП је разматрајући озбиљне претње као облик мучења и злостављања лица лишеног слободе од стране полицијских службеника стао на становиште да је важно да службена лица окривљена за дела која укључују злостављање буду суспендована са дужности током истраге или суђења⁴⁰ и да треба да буду отпуштена ако су проглашена кривим. С тим у вези, дисциплинске санкције имају комплементарни карактер и Суд их је разматрао заједно са изреченим кривичним санкцијама пошто је нужно задовољити критеријум сразмерности повреде једног од кључних права Конвенције и произвести неопходни ефекат одвраћања како би спречила нове повреде забране злостављања у тешким ситуацијама у будућности.

Одбрана може бити конципирана и на тези да је оштећени својим дрским и недолучним понашањем, пружањем отпора, услед алкохолизованог стања или док се налазио под утицајем опојних дрога, напао полицијске службенике услед чега су они били принуђени да реагују или да је сам себе повредио ударцима о зид, огласну таблу и сл. Међутим, оваква аргументација се не може прихватити, јер су полицијски службеници посебно обучени да

³⁹ Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.1552/16 од 01.фебруара 2017. године.

⁴⁰ *Gäfgen v. Germany*, European Court of Human Rights, App.no. 22978/05, Judgement of 1 June 2010. Гефген против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.22978/05, пресуда од 01. јуна 2010. године, пара 125.

поступају у односу на лица која су провокативно настројена и раздражљива без обзира на узрок и њихова улога је да заведу ред, а не да прибегавају насилним и компромитујућим средствима принуде или да се руководе тренутним расположењем.

Кључни доказ јавног тужиоца на којем заснива тезу да је критичном приликом оштећени био изложен злостављању од стране полицијских службеника јесте исказ оштећеног, који може бити поткрепљен исказом лекара хитне помоћи који је непосредно након злостављања прегледао оштећеног и евентуално исказом претпостављеног полицијског службеника. Овде треба имати у виду да се оштећени налази у рањивом положају, јер сведочи против полицијских службеника и може бити изложен константном притиску од стране полиције, а посебно уколико живи у месту које територијално потпада под подручје месне надлежности полицијске станице у којој су запослени окривљени. Начин држања сведока оштећеног у кривичном поступку зависи од врсте и тежине повреда које је критичном приликом заузео, његове личности и начина на који сагледава спорни догађај.

Поставља се и питање заштите таквог сведока оштећеног? Јавни тужилац му може и пре испитивања у истрази доделити статус посебно осетљивог сведока,⁴¹ који је значајан само са аспекта начина обављања конкретне доказне радње и посебног обзира према сведоку приликом постављања питања од стране јавног тужиоца, браниоца и окривљеног. Могуће је предложити суду одређивање мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места⁴² ако постоје околности које указују да би окривљени могао ометати поступак утицањем на оштећеног, сведоке, саучеснике или прикриваче или би могао поновити кривично дело, довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети. Та мера може најдуже трајати до правноснажности пресуде, односно до упућивања окривљеног на издржавање кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе.

Такође, оштећени може стећи статус заштићеног сведока када постоје околности које указују да би сведок давањем исказа или одговором на поједина питања себе или себи блиска лица изложио опасности по живот, здравље, слободу или имовину већег обима, када му суд одобрава једну или више мера посебне заштите.⁴³ Те мере се огледају у спровођењу испитивања заштићеног сведока под условима и на начин који обезбеђују да се његова истоветност не открије јавности, а изузетно ни окривљеном и његовом браниоцу, у искључењу јавности са главног претреса и забрани објављивања

⁴¹ Чл.103 ЗКП.

⁴² Чл.197 ЗКП.

⁴³ Чл.105 ЗКП.

података о истоветности сведока. По правилу се овај статус даје сведоцима за тешка кривична дела, али у конкретном случају сведок оштећени је познат полицијским службеницима против којих се води кривични поступак, те оне не би на адекватан начин испољиле своју сврху у кривичном поступку који се води због овог кривичног дела.

Самим тим, процесне могућности заштите сведока оштећеног у конкретном случају су знатно сужене, а он може бити изложен различитим облицима притисака током кривичног поступка против полицијских службеника, које су највећег интензитета пре давања исказа и пред јавним тужилаштвом, а касније и пред судом. Недозвољени утицаји могу бити вршени посредно преко трећих лица, али без обзира на начин и врсту притиска ако су оштећеном остале трајне трауме или последице од критичног догађаја, оне могу имати застрашујући ефекат посебно код ограничених механизма органа поступка да пружи адекватну подршку и помоћ оштећеном као жртви и предупреди прикривене утицаје на његов исказ. На основу емпиријског знања може се констатовати да је у пракси било случајева да су оштећени мењали исказ на главном претресу у односу на онај који су првобитно дали приликом испитивања код јавног тужиоца, и то у погледу настојања да се један од окривљених полицијских службеника у потпуности искључи из кривичне одговорности, у смислу да оштећени изјави да га је само један полицијски службеник ударао, а да се због протека времена не сећа других детаља и сл. То може утицати на измену чињеничног стања, а самим тим и оптужног акта против полицијских службеника, али је на јавном тужиоцу да активношћу на главном претресу настоји да укаже суду на евентуалне нелогичности и недоследности у исказу оштећеног с једне стране, а са друге стране, да строго пази да заштиту личности оштећеног, која је због сумње у злостављање од стране полицијских службеника била озбиљније угрожена. Сходно наведеном, неспорна је тежина оваквих предмета и њихова сложеност, али и важност обезбеђења заштите и нужност прикупљања различитих врста доказа и то видео снимка и извештаја лекара о здравственом стању оштећеног непосредно након критичног догађаја, а потом и налаза и мишљења сталног судског вештака медицинске струке.

4. ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И ОЦЕНА СТАЊА

Досадашња пракса ЕСЉП је изузетно значајна, ради сагледавања погрешних корака које су у претходном периоду предузели или нису предузели надлежни органи у вези са повредом повреде материјалног и процесног аспекта чл.3 Конвенције и темељ су даље изградње ефикасног система за

кривично гоњење полицијских службеника за кривично дело злостављање и мучење и отклањања увреженог мишљења о тортури органа реда.

Иако је једно од базичних правила покретање и спровођење кривичне истраге у случају сумње на тортуру предузету од стране полиције у односу на лице лишено слободе, у предмету *Стананмировић против Србије*⁴⁴ она није спроведена и поред тога што су постојале јасне индикације да се догодило мучење, тако да нису откривени и кажњени осумњичени, што је имало за последицу повреду чл.3 Конвенције. Домаћи судови су утврдили да је подносилац представке мучен у полицијској станици и нису прихватили као доказ изјаве које је он том приликом дао, за разлику од признања које је дао пред истражним судијом. С обзиром на озбиљност тог мучења као и временску блискост признања пред истражним судијом, нема сумње да је подносилац представке дао признање из страха да ће га полиција даље мучити, што је последица његовог злостављања у полицијској станици. Чињеница да је током боравка у полицијској станици подносилац представке био под надзором полиције доказује да је његов страх оправдан. У тим околностима, без обзира на утицај тих изјава на исход кривичног поступка, њихова употреба учинила је да поступак у целини буде неправичан, те је ЕСЉП утврдио повреду чл.6 ст.1 Конвенције. Другим речима, признање изнуђено мучењем има за последицу неправичан кривични поступак.⁴⁵

Ипак, пракса ЕСЉП варира на том плану, те је тако у предмету *Гефген против Немачке* заузето становиште да и кад су одређени докази прибављени повредом чл. 3 Конвенције, то не доводи аутоматски до неправичног поступка, посебно ако такви докази нису имали одлучујући значај на резултат поступка, већ су постојали и други докази, код којих је био прекинут узрочно-последични ланац између забрањених метода саслушања окривљеног и доказа прибављених против њега, а које је он могао да оспорава, који су довели до осуђујуће пресуде, због чега није утврђена и повреда права на правично суђење.⁴⁶

У предмету *Алмаци против Србије*⁴⁷ подносилац представке се жалио да је био малтретиран у полицији пре доласка браниоца по службеној ду-

⁴⁴ Stanimirovic v. Serbia, European Court of Human Rights, App.no.26088/06, Judgement of 18 October 2011. Стананмировић против Србије, Европски суд за људска права, представка бр. 26088/06, пресуда од 18. октобра 2011. године.

⁴⁵ Горан П. Илић, „О незаконитим доказима у кривичном поступку“, тематска монографија *Казнена реакција у Србији*, В део, (ed. Ђорђе Игњатовић), Београд 2015, 81.

⁴⁶ Gäfgen v. Germany, European Court of Human Rights, App.no. 22978/05, Judgement of 1 June 2010. Гефген против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.22978/05, пресуда од 01. јуна 2010. године, пара 181 и 185.

⁴⁷ Almasi v. Serbia, European Court of Human Rights, App.no. 21388/15, Judgement of 1 June 2010. Алмаци против Србије, Европски суд за људска права, представка бр. 21388/15, пресуда од 08. октобра 2019. године.

жности и спровођења саслушања осумњиченог у полицији, на шта је указао пред истражним судијом у присуству јавног тужиоца. Међутим, поводом тих његових навода није инициран преткривични поступак пред домаћим органима, нити су испитани лекар и партнерка за које је подносилац представке тврдио да су упознати са његовим повређивањем, те је ЕСЉП утврдио повреду чл.3 Конвенције у процесном смислу. Јавни тужилац има обавезу проактивног деловања и темељно спровођење истраге је императив у поступању кад се поднесе кривична пријава за злостављање и мучење.

Суд је утврдио кршење материјалног и процесног аспекта чл.3 Конвенције и у одлуци у случају *Зличих против Србије*,⁴⁸ која се односила на злостављање подносиоца представке од стране полиције, а које се огледало у ударању песницом у главу и стомак, приморавању да скине сву одећу са себе током саслушања. Није била спроведена адекватна истрага јавног тужилаштва у вези са наводима о злостављању чак и уз присуство јасних медицинских доказа о природи повреда које су наводно нанете оштећеном и сведока који је тврдио да је видео када је полицијски службеник ударио оштећеног у главу. Адекватност истраге је стандард који се састоји у примени метода у прикупљању доказа који ће бити подобни и прикладни да би се потпуно и правилно утврдиле све околности конкретног кривичноправног догађаја и професионалном настојању да буде прикупљено више различитих доказа који поткрепљују основе сумње да је учињено кривично дело. Овде је суштина је у образложеној одлуци јавног тужиоца, у којој ће чињенично стање бити потпуно утврђено без обзира да ли је позитивна или негативна.

У предмету *Јевтовић против Србије*⁴⁹ ЕСЉП је утврдио повреду и материјалног и процесног аспекта Конвенције иако је и Уставни суд претходно у својој одлуци⁵⁰ констатовао повреду физичког и психичког интегритета подносиоца представке током трајања притвора и током издржавања казне затвора, што је формално било еквивалентно забрани из чл.3 Конвенције. Међутим, установљено је да је у односу на подносиоца представке испољено нечовечно поступање од стране затворских чувара у више наврата приликом ударања гуменим палицама, али да није било доказа да је дошло до мучења, односно да је намерно злостављан, како би му се нанела веома озбиљна и окрутна патња. Употреба силе може повремено бити неопходна у казним установама ради осигурања безбедности у затвору, за одржавање

⁴⁸ Zlicic V. Serbia, European Court of Human Rights, App.no. 73313/17, Judgement of 26 January 2021. Зличих против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.73313/17, 20143/19, пресуда од 26. јануара 2021. године.

⁴⁹ Jevtovic v. Serbia, European Court of Human Rights, App. no.29896/14, Judgement of 3 December 2019. Јевтовић против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.29896/14, пресуда од 03. децембра 2019. године.

⁵⁰ Одлука Уставног суда Уж.бр.4100/11 од 10. јула 2013. године.

реда и ради спречавања кривичног дела. Упркос томе, таква сила се може применити само ако је неизбежна и не сме бити претерана, који услови нису били испуњени у конкретном случају. ЕСЈП је нашао да надлежни органи нису спровели делотворну истрагу у вези са четири инцидента, а Уставни суд је у својој одлуци само поводом једног од њих наложио да се убрза поступак, што није довело да побољшања ефикасности и делотворности истраге.

Неспорно је да ЕСЈП има рестриктиван став у одлучивању приликом разматрања повреде материјалног и процесног аспекта чл.3 Конвенције и да у том светлу испитује како облик злостављања и његове карактеристике, односно садржински елемент, као и процесни део, који се огледа у испуњености критеријума делотворности, адекватности и хитности надлежних органа. Све наведене пресуде ЕСЈП указивале су на раскорак између прокламованих људских права и неповољних ефеката њихове примене од стране домаћих органа, али су допринеле повећаним активностима државе с циљем гаранције правилне примене императивних норми Конвенције о забрани мучења. Усвојена је 2018. године од стране Републичког јавног тужилаштва и Министарства унутрашњих послова Методологија за спровођење истраге у случајевима злостављања од стране полиције⁵¹ са смерницама за поступање јавног тужилаштва и полиције у случају злостављања, као резултат активности предвиђених Акционим планом за преговарање за Поглавље 23 од 2016. године. Овакви акти трасирају пут повећаном ангажовању јавних тужилаца у предметима са овом осетљивом тематиком, њиховој специјализацији, и афирмишу принцип суздржаности, поступности и крајње рестриктивне примене силе од стране полицајских службеника према лицима лишеним слободе.

5. ЗАКЉУЧАК

Кључни фактори за ефикасност јавног тужиоца у кривичном поступку против окривљених полицајских службеника за кривично дело злостављање и мучење јесу постојање функционалне сарадње и координације између јавног тужиоца и јединице надлежне за унутрашњу контролу полиције, хитност ради брзог прикупљања различитих врста доказа, а пре свега документације, видео снимака и обављања разговора са свим инволвираним лицима. Реаговање надлежних органа у кратком року након учињених аката злостављања и мучења представља базу за делотворну истрагу, која треба да доведе до идентификације осумњичених, утврђивања следа околности

⁵¹ *metodologija-za-sprovodjenje-istrage-u-slucajevima-zlostavljanja-od-strane-policije.pdf* (pars.rs).

које су претходиле одређеном кривичноправном догађају уз искључивање сваког облика пасивног држања.

Ипак, поред делотворности, адекватности и хитности ради постизања циљева истраге неопходно је обезбедити и независност и јавни тужиоци који спроводе истрагу морају имати један неутралан и самосталан став у односу на осумњичене полицијске службенике. У случају постојања стварних разлога који би могли да компромитују овај елемент, јавни тужилац је у обавези да поднесе предлог за супституцију надлежности, како би се одредило друго јавно тужилаштво које ће даље поступати. Треба имати у виду и да је са увођењем јавнотужилачке истраге дошло до шире примене начела сразмерности приликом предузимања полицијских овлашћења, која морају бити пропорционална циљу и сведена на минимално ограничење људских права лица према ком су уперена. Као руководиоца предистражног поступка јавни тужилац је својеврсни контролор правилног поступања полиције према ухапшеним и задржаним лицима, јер се по правилу она без одлагања спроводе јавном тужиоцу на саслушање.

Сваки акт полиције који указује на недопуштен третман према окривљеном у полицији или заводској установи намеће обавезу детаљног и хитног преиспитивања и кривичног гоњења одговорних. Без обзира на бројне изазове са којима се сусрећу јавни тужиоци током поступања у предметима за злостављање и мучење против полицијских службеника – од отежаног прикупљања доказа до покушаја различитих опструкција, што током предистражног поступка, истраге и на главном претресу, морају исказати решеност приликом кривичноправне интервенције и обезбедити практичну примену права у односу на полицијске службенике, као службена лица. То утиче на повећање ефикасности у решавању предмета злостављања и јачање правне сигурности у сфери примене чл.3 Конвенције.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Беширевић В. *et al.* (2017) *Коментар Конвенције за заштити људских права и основних слобода*, Београд.
- Gautam Sarla and Gautam Aaju, *Victim of Torture in Police Custody: A Case Study*, International Journal of higher education and research, 5 (1), 2014.
- Илић Горан. (2019) „Јавно тужилаштво у Србији данас“, (eds. Горан Илић и Марина Матић Бошковић), *Јавно тужилаштво у Републици Србији – Историјски развој, међународни стандарди, уредни модели и изазови модерног друштва*, Београд 2019, 169.
- Илић П. Горан. (2015) „О незаконитим доказима у кривичном поступку“, (ур. Ђорђе Игњатовић), тематска монографија *Казнена реакција у Србији*, V део, Београд, 81.

- Лазаревић Љубиша. (2001) *Коментйар Кривичној законика*, Београд.
- Magaloni Beatriz, Rodriguez Luiz, *Institutionalized Police Brutality: Torture, the Militarization of Security and the Reform of Inquisitorial Criminal Justice in Mexico*, American Political Science Review, 2020.
- Пауновић Милан, Царић Славољуб, (2007) *Евройски суд за људска йрава – наг-лежностй и йосйууак*, Београд.
- Reenen van Piet, *Routine Police Torture: Towards a Personalistic Analysis and Strategy*, Journal of Human, October-December 2002.
- Стојановић Зоран, Перић Обрад, (2006) *Кривично йраво – йосебни гео*, Београд.
- Вековић Владимир, (2021) „Сврха и принципи делотворне истраге мучења и других облика злостављања у праву и пракси Европске конвенције о људских правима“, Зборник радова *Изазови йравном сисйему*, И. Сарајево, 344.
- Извештај Савета Европе Влади Србије о посети Србији коју је извршио Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања од 9. до 19. марта 2021. године, СРТ/Inf (2022) 03.
- Конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, која је измењена Протоколима I и II уз Конвенцију, Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, измењене и допуњене Протоколом I и Протоколом 2 уз Конвенцију, *Службени лисй СЦГ – Међународни уйовори*, бр. 9/03, 16/05, 2/06 и *Службени йласник РС*, бр. 7/11.
- Кривични законик, *Службени йласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19.
- Закон о јавном реду и миру, *Службени йласник РС*, бр.6/16, 24/18.
- Закон о јавном тужилаштву, *Службени йласник РС*, бр.10/23.
- Закон о полицији, *Службени йласник РС*, бр.6/16, 24/18, 87/18.
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лисй СЦГ – Међународни уйовори*, бр.9/03.
- Законик о кривичном поступку, *Службени йласник РС*, бр.72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21.
- Уредба о начину спровођења дисциплинског поступка у МУП-у, *Службени йласник РС*, бр.26/17.
- Устав Републике Србије, *Службени йласник РС*, бр.98/06, 16/22.
- Aksoy v. Turkey, European Court of Human Rights, App.no. 21987/93, Judgement of 18 December 1996. Аксој против Турске, Европски суд за људска права, представка бр.21987/93, пресуда од 18. децембра 1996. године.
- Almasi v. Serbia, European Court of Human Rights, App.no. 21388/15, Judgement of 1 June 2010. Алмаша против Србије, Европски суд за људска права, представка бр. 21388/15, пресуда од 08. октобра 2019. године.
- Boicenco v. Moldova, European Court of Human Rights, App. no.41088/05, Judgement of 11 July 2006. Боиченко против Молдавије, Европски суд за људска права, представка бр.41088/05, пресуда од 11. јула 2006. године.
- Djordjevic v. Croatia, European Court of Human Rights, App. no. 52442/09, Judgement of 19 July 2011. Ђурђевић против Хрватске, Европски суд за људска права, представка бр. 52442/09, пресуда од 19.07.2011. године.

- Engle and others v. Netherlands, European Court of Human Rights, App.no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976. Енгле и други против Холандије, Европски суд за људска права, представка 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, пресуда од 08. јуна 1976. године.
- Gäfgen v. Germany, European Court of Human Rights, App.no. 22978/05, Judgement of 1 June 2010. Гефген против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.22978/05, пресуда од 01. јуна 2010. године.
- Gjini V. Serbia, European Court of Human Rights, App. no. 1128/16, Judgement of 15 January 2019. Гјини против Србије, Европски суд за људска права, представка бр. 1128/16, пресуда од 15.01.2019. године.
- Jalloh v. Germany, European Court of Human Rights, App.no. 54810/00, Judgement 11 July of 2006. Јалох против Немачке, Европски суд за људска права, представка бр.54810/00, пресуда од 11.07.2006. године.
- Jevtovic v. Serbia, European Court of Human Rights, App. no.29896/14, Judgement of 3 December 2019. Јевтовић против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.29896/14, пресуда од 03.12.2019. године.
- Stanimirovic v. Serbia, European Court of Human Rights, App.no.26088/06, Judgement of 18 October 2011. Станимировић против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.. 26088/06, пресуда од 18.10.2011. године.
- Tekin v. Turkey, European Court of Human Rights, App.no. 52/1997/836/1042, Judgement 9 July of 1998. Текин против Турске, Европски суд за људска права, представка бр.52/1997/836/1042, пресуда од 09.06.1998. године.
- Zlicic v. Serbia, European Court of Human Rights, App.no. 73313/17, Judgement of 26 January 2021. Зличич против Србије, Европски суд за људска права, представка бр.73313/17, 20143/19, пресуда од 26.01.2021. године.
- Одлука Уставног суда Уж.бр.4100/11 од 10.07.2013. године.
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.381/22 од 13.04.2022. године.
- Пресуда Врховног касационог суда Кзз бр.1552/16 од 01.02.2017. године.
- Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду КТР бр.1728/19 од 28.03.2019. године.
- Решење Вишег јавног тужилаштва у Београду КТР бр.285/23 од 18.01.2023. године.

Gordana Z. Krstić
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
grkrstic@gmail.com
ORCID ID: 0009-0001-9952-4132

Ill-treatment and Torture by Police Officers from the Perspective of the Public Prosecutor

Abstract: *This paper analyzes the criminal offense of ill-treatment and torture in cases where there are grounds for suspicion that it was committed by police officers. According to the European Convention on Human Rights, the prohibition of torture is an inviolable and absolute right and states have not only a positive obligation to implement norms on the prohibition of torture in their legislation, but also a negative obligation to refrain from applying any form of abuse, but also a procedural obligation to conduct an effective, adequate and urgent investigation. In the domestic legal system, the investigation is conducted by the public prosecutor. The key factors for the efficiency of the public prosecutor in the criminal proceedings against the accused police officers include the existence of functional cooperation and coordination between the public prosecutor and the unit responsible for internal police control, quickly collecting various types of evidence, and above all documentation, video recording and declarations of all involved persons. The investigation should lead to the identification of suspects, the determination of the sequence of circumstances that preceded a certain criminal event, excluding any form of passive behavior. However, in addition to effectiveness, adequacy and urgency in order to achieve the goals of the investigation, it is necessary to ensure independence and the public prosecutors who conduct the investigation must have a neutral and independent attitude in relation to the suspected police officers. Regardless of the numerous challenges faced by public prosecutors during proceedings in cases of ill-treatment and torture against police officers, their effective and decisive actions have crucial role in solving these type of cases and in strengthening of legal certainty in the sphere of application of Article 3 of the Convention, and even modest advances in a positive sense are reflected in the suppression of torture.*

Keywords: *ill-treatment, torture, police, public prosecutor, investigation, practice.*

Датум пријема рада: 21.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 08.12.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Александар Б. Васиљевић
Институт за европске студије, Београд
aco.vasiljevic96@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-9167-6224

СТО ГОДИНА ОД НАЦРТА КОНСТИТУТИВНЕ ПОВЕЉЕ: ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ ДО X ВЕКА И ЊЕГОВ ОДРАЗ НА АКТУЕЛНИ ИЗВОР ПРАВА

Сажетак: *Нацрт Конститутивне повеље Свете Горе (1924.) је правни акт који 2024. године обележава стогодишњи јубилеј. Аутор у истраживању примењује компаративистички приступ правном уређењу Свете Горе до X века и његовом ефекту на актуелни извор права. Облици светогорског уређења, засновани на Каледри цара, Атанасијевом и Цимискијевом митику, успели су да се у фрагментима одрже ујркос војним окупацијама, политичким и другим околностима. Реулсање правног субјективитета над Атонским полуострвом, круцијална је околност и најважнији прилоштанку предметног извора права. Аутор нас упознаје са широким ошусом уставно-правних решења прописаних Конститутивном повељом, као и са Декретом којим је држава Грчка званично потврдила и представила најзначајнији светогорски правни акт. Циљ аутора је да истраживањем подстиакне стручну јавност на обележавање двоструког јубилеја 2026. године: сто година од доношења и сто година примене Конститутивне повеље.*

Кључне речи: *Света Гора, Нацрт Конститутивне повеље, Монашка заједница, правни субјективитет.*

„Ни једно место на земљи се са овим
не може упоредити“

(Свети владика Николај Велимировић)

1. УВОД

Познавање правног поретка Свете Горе, елементарни је услов изучавања и научног приступа Атонском полуострву. Његове правне особености

очљиве су најпре у аутономном статусу унутар већ аутономног режима унутар Грчке, а затим и у особеностима унутрашње организације (посебна дозвола за улазак – *diamonitigon*, забрана приступа женама – *аватон*).¹

Атипичан облик светогорског уређења обликовао се и развијао под одређеним историјским и политичким условима.² Све промене могу се поделити у две велике групе, од којих се једна односи на природну заштиту Византије и Грчке државе, а друга су стране окупације Франака, Бугара, Каталонаца, Срба, Турака. И једна и друга група су оставиле значајан траг у обликовању тренутно важећег Статута Свете Горе, односно Конститутивне повеље из 1926. године, што је и потврђено последњим чланом (чл. 188. ст. 2).³

У средишту овог истраживања је правноисторијски и упоредноправни приступ Конститутивној повељи из визуре односа са првобитним уређењем монаштва на Светој Гори. Другим речима, циљ је да се истраживањем утврди да ли су се и у којој мери многобројне окупације и политичке промене одразиле на садржину тренутно важећег извора права. Комплексност ових утицаја посебно се уочава код тзв. „атонског питања“, односно међународноправног дефинисања статуса Свете Горе након 1912. године. Стицање правног субјективитета Републике Грчке (у наставку РГ), над Светом Гором, залог је успешности и дуготрајности првог следећег Статута. Све то потврђује релевантност нашег истраживања у коме је циљ да се кроз означавање стогодишњице од настанка Нацрта Конститутивне повеље (2024.), припремимо за стогодишњи јубилеј њеног важења и примене, који ће се обележити 2026. године.

¹ Више о особеностима унутрашње организације види у: Ioannis Konidaris, *The Monastery of Athos Avaton*, екод. Εκδόσεις Α. Σάκκουλας, Atina 2000, 215 – 226.

² Олег Зиньковский, „Статус афона и возможные угрозы ему в современном мире“, *Православие РУ*, Москва 2011. Доступно на: <http://www.pravoslavie.ru/47653.html> (приступ: 12. 03. 2024.)

³ У овом истраживању аутор анализирали правни извор назива Конститутивном повељом и Статутом. Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве је 1959. године издао превод овог документа чији наслов гласи: „Устав Свете Горе Атонске“. У члану 188, став 2 се каже да: „Овај Устав ступа на снагу кад га овери Свештена општина и потврди држава. Он проистиче из царских хрисовуља и типика, патријаршијских синђелија, султанских фермана, важећег општег правилника и древних монашких закона и поредака. Састављен је месеца маја 1924. године од петочланог дуплог сабора Свете Горе“, види у: Свети Архијерејски Синод Српске Православне Цркве, *Устав Свете Горе Атонске*, Београд 1959, 69.

О спорној правној природи овог документа види у: Драгутин Аврамовић, „Света Гора – између аутономности и државности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 47/2, Нови Сад 2013, 434.

2. ПОДЕЛА ВЛАСТИ НА СВЕТОЈ ГОРИ

У Православном предању, Света Гора је јединствени центар православног хришћанства, где се духовне вредности и традиција брижљиво чувају и умножавају више од хиљаду година.⁴ Света Гора је у духовном смислу под јурисдикцијом Васељенске патријаршије, што је интригантна особеност из разлога што су јурисдикцијска и законодавна овлашћења у рукама органа који припада иностраној територији.⁵ На богослужењима се помиње име васељенског патријарха, што своје порекло и корене црпи из периода Византије.⁶ Основна подела манастира на Светој Гори према унутрашњој организационој структури је на идиоритмијске и општежитељне, што је посебан изазов за перспективу анализе античког статуса Свете Горе који се перцепира модерним грчким правним поретком, и представља изазов за период у коме се налазимо.⁷

Самоуправа Свете Горе подељена је на самоуправу првог и другог степена. Самоуправу првог степена сачињавају двадесет манастира са тачно дефинисаним бројем односно хијерархијским редом. Сваким манастиром управљају игуман и сабор стараца – герондија, без права на мешање било кога изван манастира.⁸ Самоуправу другог степена чине лица која се налазе на полуострву (монаси, клирици и лаици). Чланови другог степена самоуправе бирају се искључиво од стране двадесет манастира без права интервенције других органа.

Најважнији орган другог степена самоуправе је Свештена општина са седиштем у Кареји, у згради у којој су смештени државни органи и одређени број кућа. Свештену општину сачињавају двадесеторица представника свих манастира на Светој Гори са једногодишњим мандатом. Управна и судска власт које јој припадају указују да је Свештена општина заправо Влада Свете Горе.

⁴ Nataliya Semenova, Ekaterina Kiseleva, Aleksandr Solntsev, „Legal Status of Mounth Athos and Modern Challenges“, *International Conference on Politics, Economics and Management* (eds. Dina Elshenawi and Darko Vukovic), Zhengzhou 2019, 217.

⁵ Διονύσης Μοσχόπουλος, „Το νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους, μία κριτική αποτίμηση στο πλαίσιο της θεολογικής σκέψης, της νομικής κοινωνιολογίας και της θεσμικής θεωρίας του νόμου“, *Αγάπης αντιδιωρον, Μνήμη Μητροπολίτου κυρού Γερασίμου Φωκά, Ιερά Μητρόπολις Κεφαλληνίας Αργοστόλι* 2019, 367.

⁶ Види члан 5. у: Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Устави Свешће Горе Аѿѿонске*, 6. Уп. Онуфрије Хиландарац, *Свешћѿорски боѿслужбени Устави*, Крагујевац 2012.

⁷ „General information about Mounth Athos“, *Афонский Православный Паломнический Центр „СВЯТОГОРА“*, Москва 2015. Доступно на: <https://sviatogora.com/general-information-mount-athos/> (приступ: 19. 03. 2024.)

⁸ Хараламбос К. Панастиас, „Савремени правни статус Свете Горе“, *Зборник радова Визанѿолоѿкоѿ инстѿиѿуѿа 41/1*, Београд 2004, 528.

Извршни орган власти Свештене општине је у рукама Свете епископије, коју чине четири монаха као представника групе манастира чији је мандат на снази. Власт прелази од једног манастира до другог зависно од поделе на пет група по четири манастира (Четворница).⁹ Свака четворница образује епископију чији мандат траје годину дана.¹⁰

Светом епископијом председава и руководи Прот или Протоепископ, који је први међу једнакима и не доноси одлуке без остала три представника Епископије, а ово доказује и то што сваки од њих поседује део светогорског печата (свако по једну четвртину), и једино уколико су заједно печат је комплетан, а практично и њихово деловање је потпуно легитимно.

Надзорна власт на Светој Гори припада гувернеру и Васељенској патријаршији. Гувернер је државни службеник са седиштем у Кареји, коме је поверен статус надзора над поштовањем управне функције у оквиру светогорског статуса. Делатност гувернера је у контроли Државног савета РГ. Са друге стране надзор духовне природе поверен је Васељенској патријаршији, у којој се обављају избори, оставке и отпусти игумана, чланова сабора, као и издавање дозвола о служењу клирика на Светој Гори, истраживања у архивима, библиотекама, ризницама и др.

Законодавну власт на Светој Гори има Ванредни двадесеточлани сабор, односно Скупштина коју сачињава двадесеточлана група која се по правилу састаје два пута годишње. Делатност Сабора везана је за уређење разних појединачних питања везаних за канонске и уставне одредбе, која се затим прослеђују гувернеру, а одобрава их надлежни министар са световне, односно Васељенска патријаршија са духовне стране. Законодавна власт се на Светој Гори испољава на основу Конститутивне повеље (1926.), Устава Републике Грчке (105 чл.) и важећих канонских одредби.

Судску власт врше различита тела и то не само на Светој Гори, већ и изван њених граница. Судови на Светој Гори имају грађанску, кривичну и црквену јурисдикцију. Светогорски судови могу бити манастирски, општински и судови Свете епископије. Спорови из приватног права суде се пред државним, грађанским судовима (првостепени на Халкидици, другостепени Апелациони у Солуну). Тежа кривична дела суде се пред световним судо-

⁹ Групе су следеће:

- 1) Велика Лавра, Дохијар, Ксенофонт, Есфигмен
- 2) Ватопер, Кутлумуш, Каракал, Ставроникита
- 3) Ивион, Пантократор, Филотеј, Симонопетра
- 4) Хиландар, Ксиропотам, Свети Павле, Грегоријат
- 5) Дионисијат, Зограф, Пантелејмон, Касатамонит;

Види у: Атанасије Ангелопулос, *Монашка заједница Свете Горе*, Манастир Хиландар, Света Гора Атонска, 1997, 62.

¹⁰ Х. К. Папастатис, 529.

вима, а сва остала дела, као што су разни духовни спорови и лакша кривична дела решавају се на самом полуострву, и зависности од тежине. Једноставнији случајеви се решавају у манастирима, а они комплекснији на Сабору.¹¹ Најсложеније црквене и дисциплинске кривице суде Васељенски патријарх и Свети архијерејски Синод, док је свештена општина задужена за спровођење истражног поступка и радње.¹²

3. СВЕТОГОРСКО УРЕЂЕЊЕ ДО X ВЕКА И ЊЕГОВ УТИЦАЈ НА ТРЕНУТНО ВАЖЕЋУ КОНСТИТУТИВНУ ПОВЕЉУ

3.1. Катедра стараца

Под Катедром стараца се подразумева најстарији, односно први орган власти на Светој Гори. Претпоставља се да су први монаси настанили Атонско полуострво крајем VIII века.¹³ Катедра стараца постојала је од краја VIII века, до средине IX века, када је распуштена услед миграције монаштва са севера полуострва у средишњи део, у Месу (данашња Кареја).¹⁴ Катедру стараца односно „Сеоска имања са зградама“,¹⁵ чине старци околних области који су се под председништвом Прота саборски окупљали три пута годишње, и то на празнике Божића, Васкрса и Успења Пресвете Богородице.¹⁶ Централни храм у коме су се окупљали називали су катедром, тако да бисмо и Катедру стараца могли разумети као зграду храма у којој се окупљају старци ради доношења важних одлука. Управо је овај начин најстарији облик устројства и организације на Светој Гори.¹⁷

Светогорски облик организације „Катедра стараца“, сачињавала су три најважнија органа управе, а то су Прот, Савет и Сабор. Прот је имао многобројне функције од додељивања земљишта манастирима, преко извршења судске власти, све до представљања посредника између монаха и државне

¹¹ Христу Панајотис, *Светија Гора АѠонска*, Задужбина Светог манастира Хиландара, Београд 2009, 333.

¹² Више о извршној, надзорној и судској власти види у: Eugenia Kermeli, *Central administration versus provincial arbitrary governance: Patmos and Mount Athos monasteries in the 16th century*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

¹³ Мирјана Живојиновић, „Почети светогорског монаштва (Од краја VIII до друге половине IX века)“, *Казивања о Светој Гори*, Просвета, Београд 1995, 12.

¹⁴ А. Ангелопулос, 56.

¹⁵ Далибор Ђукић, *Правноисторијска анализа сѡаѡуса и орданације свеѡиторске монашке заједнице*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 15.

¹⁶ А. Ангелопулос, 56.

¹⁷ Χρήστος Κτενάς, *Та εν Αγίω Όρει ιερά καθιδρύματα και ο διέπων αυτά οργανισμός*, Θεσσαλονίκη 1925, 9.

власти.¹⁸ Заједно је са Саветом и Сабором учествовао у доношењу најважнијих одлука. Делатност Сабора заснована је на основним принципима православне вере, према којима важи да се важне одлуке у цркви не доносе појединачним нахођењем већ саборским гласањем. Савет Катедре стараца се односи на групу монаха који су учествовали заједно са Протом у доношењу важних одлука. Савет су сачињавали сви игумани монашких насеобина на Атосу, а поред њих и најистакнутији старци и монаси.¹⁹

Фрагменти првобитног светогорског уређења и начина организације постоје и према Конститутивној повељи из 1926. године. Обриси су уочљиви у надлежностима Свештене општине и Свете епископије, које данас обављају дужности које су у Катедри стараца припадале Проту и Савету, док је најважнија улога Сабора до данас остала непромењена на Светој Гори.²⁰ Аргументи ових ставова доступни су у тексту тренутно важеће Конститутивне повеље и то у члановима 7, 8, 11.

Чл. 7.

*У Светој Гори њравду деле манастирске власности и Свешћени њројшати сем кривичних дела, која сѡдају њод надлежне ѡрађанске државне судове и суде се као од вајкада у Солуну.*²¹

Чл. 11.

*Свешћени њројшати Свете Горе, чија ѡрава ѡројисују сѡецијалне одредбе овој Усѡава, сасѡављен је од двадесет ѡредсѡавника свешћених манастира, ѡ један из свакој манастира; он заседа у Кареји и ѡрманентно је ѡело ѡзнаѡо ѡод именов Свешћена оѡшћина Свете Горе Аѡонске.*²²

3.2. Типик манастира Велике Лавре Светог Атанасија Атонског

Свети Атанасије Атонски је на Свету Гору дошао 957. године, а шест година касније оснива манастир Велику Лавру. Манастир добија потпуну самосталност, а проглашен је за Царску Лавру.²³ За потребе манастира, Свети Атанасије доноси Типик Велике Лавре који је круна његове делатности на Светој Гори.²⁴ Типик уређује монашки живот у манастиру и претеча је

¹⁸ Дионисија Папахрисанту, *Аѡонско манастиво ѡочеци и орањанизација*, Друштво пријатеља Свете Горе Атонске, Београд 2003, 218.

¹⁹ *Ibid.*, 219.

²⁰ Измењен је број годишњих окупљања, данас су окупљања два пута годишње.

²¹ Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Усѡав Свете Горе Аѡонске*, 7.

²² Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Усѡав Свете Горе Аѡонске*, 8.

²³ Владимир Ђоровић, *Света Гора и Хиландар*, Задужбина Светог манастира Хиландара, Београд 1985, 14.

²⁴ Типик је објављен у: Μανουήλ Γεδεών, *Ο Αθως – Αναμνήσεις, Έγγραφα, Σημειώσεις*, Κωνσταντινούπολη 1885, 245–272.

Првом Уставу Свете Горе.²⁵ Промене које је донео Свети Атанасије су првенствено аскетске природе углавном преузете из Студитског типика.²⁶

Особеност овог типика су решења којима се уређују односи између државе и манастира, односно дефинисање манастирске самосталности у односу на државу и цркву. Текст Конститутивне повеље започиње насловом: „Конституција Свете Горе и њени односи према држави и цркви“. Целокупно поглавље (почевши од првог члана па све до тринаестог), уређује статус манастира и њихов однос према држави и цркви. Питање односа између државе и цркве било је једно од најважнијих како тада у X, тако и у периоду настанка текста Нацрта, односно Конститутивне повеље у XX веку.

Поред одредби из области државно-црквеног права, особеност Атанасијевог типика је у избору игумана, конкретно о питању његове доживотне службе. Пред своју смрт, Свети Атанасије доноси још једну строжу одлуку. Он прописује да избор игумана врши епитроп²⁷ и петнаест угледних монаха. На овај начин је Свети Атанасије желео да пружи гаранције за правилни избор игумана.

У Статуту Свете Горе из 1926. у члану 108 се потврђује претходно речено:

*...При унајређењу једној сабраји за члана манасџирске ујраве забрањено је свако мешање манасџирских ојџаца осим чланова сабора. Једном изабран члан ујраве јосџаје доживојџан, а ојџџада из ујраве само јо донейом решењу о осуди. Избор се врши јрема унујџраџњем усџаву свакој манасџира.*²⁸

Чл. 111.

*Сваким ојџџејџиџељним манасџиром ујравља унујџра иујман са ејџијројџом и јерондјџом чији се чланови бирају јо јројџисима чл. 108.*²⁹

Затим је у наставку од члана 112 па све до члана 120, пажња усмерена на избор игумана, његова права и обавезе, с тим што је важно да се нагласи члан 115, где се примећује да под одређеним условима игуман ипак може бити смењен:

*Иујман је доживојџан, сем ако буде чинио исџује или се јокаже нейољан у својим дужносџима и не исџравља своје изџреде.*³⁰

²⁵ Д. Ђукић (2016), 18.

²⁶ Више о Студитском типикy види у: Владимир Антић, *Функција елеменџа азмајској џиџика у савременој бојослужбеној форми Православне цркве, лиџуриолоџка анализа*, докторска дисертација, Православни богословски факултет у Београду, Београд 2017, 89–95.

²⁷ О улози епитропа у светогорским манастирима види у: Тамара Матовић, „Епитроп (επίτροπος) – извршилац тестаментa“, *Зборник радова Визанџолоџкој инсџиџуџа 51/1*, Београд 2014, 187–214.

²⁸ Свети Архијерејски Синод СПЦ, *Усџав Свејџе Горе Аџонске*, 38.

²⁹ *Ibid.*, 39.

³⁰ *Ibid.*, 41.

3.3. Цимискијев типик (972.)

Овај извор права је први свеопшти акт којим су обједињене норме из световног и аутономног права светогорске монашке заједнице. Основна одлика овог типика је свеобухватност регулисања организације светогорске заједнице.³¹ Овај најстарији светогорски Устав или Први Устав Свете Горе, назван је Трагос (јарац), по јарећој кожи на којој је написан. Потписан је од стране 56 старца (геронда) и византијског цара Јована Цимискија, а документ се и данас чува у Кареји, административном центру Свете Горе.³²

Основна одлика овог типика је реорганизација монашког живота у односу на правила и типик Светог Атанасија Атонског из Велике Лавре. Први Устав Свете Горе регулисао је функционисање Протата, Прота и достојанственика монашке заједнице и њихове односе са монасима, као и односе између различитих категорија монаха.³³ Цимискијев типик наглашава да је Прот први управитељ целе Свете Горе, а његов избор потврђује сам цар.³⁴ Иако је њен управитељ, Прот не може самостално да доноси одлуке без Сабора игумана. Наиме, Сабор игумана и Прот представају највишу власт према Цимискијевом типиком. У Конститутивној повељи из 1926. године наилазимо на нешто сложенију поделу власти у односу на Цимискијев типик. Највишу власт на Светој Гори нема појединац, већ Свештени протат кога чине Свештена општина и Света епископија (извршни одбор Протата). У првом поглављу Конститутивне повеље, у члану 11 дефинисан је Свештени протат:

*Свешћени протат Свете Горе, чија права прописују специјалне одредбе овог Устава, састављен је од двадесет претставника свешћених манастира, по један из сваког манастира; он заседа у Кареји и перманентно је тело познато под именом Свешћена општина Свете Горе Ајонске.*³⁵

Утицај Трагоса на Конститутивну повељу уочава се на неколико примера, један од важнијих односи се на број заседања свештеног Протата. Типиком Светог Атанасија, прописана су заседања три пута годишње, док су свеопштим Цимискијевим типиком заседања предвиђена два пута годишње, што је прописано и тренутно важећим Стаутом. Цимискијев типик донео је важну одредбу која се односи на трајање искушеничког периода монаха, где прописује да је неопходно да искушенички период траје најмање једну годину. Сличан члан се уочава у Конститутивној повељи, а то је члан 93 који гласи:

³¹ Епископ Порфириј Успенскиј, *История Афона*, Труды Киевской духовной академии, Киев 1871, 265.

³² Мирко Сајловић, *Први и други Устав Свете Горе*, Православни Богословски факултет, Фоча 2016, 105.

³³ Д. Папахрисанту, 189.

³⁴ А. Ангелопулос, 38.

³⁵ Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Устав Свете Горе Ајонске*, 8.

*За стиујање у монашки чин ѿошребно је служиши као искушеник једну до три године и имаши навршених 18. година старости. Монах иако ѿосирижен не ѿдлеже никаквој војној обавези.*³⁶

У Цимискијевом типичу се налази основна подела монашке заједнице на Светој Гори. На првом месту је облик келијатског уређења (келија – пустињаци), затим облик који подразумева скитски начин уређења и живота (лавре) и последњи облик је живот у манастирима (општежителни монаси). Посебно је важно да се истакне теорија која истиче да је типик цара Цимискија, монахе који су живели самостално у групама или засебно (келијатски облик уређења), спасао од потпуног нестајања.³⁷

4. ПИТАЊЕ СУВЕРЕНИТЕТА СВЕТЕ ГОРЕ НАКОН 1912.

Света Гора је још у првим вековима постојања тежила успостављању сопствене управе. Данас је ово питање регулисано највишим правним актом – Уставом Републике Грчке (чл. 105).³⁸ Самоуправни статус потврђује и Конститутивна повеља (чл. 9), као и Закон о потврди Устава Свете Горе (чл. 6). Међутим, до правних решења се није лако долазило, компликације су постојале код међународног признања грчког суверенитета над Атонским полуострвом.

До међународног признања суверенитета Свете Горе није дошло на Лондонској мировној конференцији (1912 – 1913.), а разлог је противљење Русије. Поменуте околности отвориле су „Атонско питање“, односно својеврсну дипломатску борбу око коначног дефинисања међународноправног положаја Свете Горе.³⁹ Први споразум који наглашава намере Русије према Светој Гори је Санстефански мировни споразум из 1878. године. Заштита имовине руских монаха, који постају привилеговани у односу на грчке монахе, прописана је чланом 22 овог споразума.⁴⁰ Мотиви за реакцију и противљење Русије налазе се у покушају заштите руских монаха на полуострву, којих је пред почетак Балканских ратова на Атосу било преко 3500. Међутим, оправдано незадовољство монаха грчког порекла који су сматрали да је природно припајање Свете Горе Грчком Краљевству, окончано је усва-

³⁶ *Ibid.*, 33.

³⁷ Д. Папахрисанту, 182.

³⁸ Nataliya Semenova, Ekaterina Kiseleva, Aleksandr Solntsev, „Legal Status of Mounth Athos and Modern Challenges“, *International Conference on Politics, Economics ang Management* (eds. Dina Elshenawi and Darko Vukovic), Zhengzhou 2019, 218.

³⁹ Далибор Ђукић, „Правни положај и организација монаштва на Светој Гори након првог Балканског рата“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 49/1, Нови Сад 2015, 254.

⁴⁰ *Ibid.*, 264.

јањем меморандума који је Свештена општина упутила тадашњем председнику Владе 25. јануара 1913. године. Усвојени меморандум је заправо један од многобројних који су предати у истом временском периоду различитим државним управама. У њиховој суштини налазио се опис светогорске управе из које је могуће уочити циљеве и намере аутора. Меморандум је указао на то да се пажња на Светој Гори посвећује броју манастира, као институцији неопходној за остваривање правног субјективитета, а не броју монаха који се у њима налазе.

Лондонским мировним уговором од 30. маја 1913. године, није уређено питање међународног суверенитета над Светом Гором. У уговору се истиче да државе савезнице Србија, Црна Гора, Бугарска, Грчка и Отоманско царство питање суверенитета поверавају великим силама (Немачкој, Аустроугарској, Енглеској, Италији и Русији).⁴¹ Задатак великих сила био је да регулишу међународноправни положај полуострва Атос и државе која се на њему налази. Препуштање ове важне одлуке великим силама није произвело посебне резултате, док је утицај руске дипломатије био ограничен из разлога што су се уважавали ставови других држава. Опадање руског утицаја евидентно је од 1917. године, када Бољшевичка револуција у потпуности гуши интересовање Русије за ову територију. У сваком случају, победу је однела фактичка власт Грчке над Светом Гором, што је касније потврђено најважнијим правним актом Свете Горе – Конститутивном повељом.

5. КОНСТИТУТИВНА ПОВЕЉА ИЛИ СТАТУТ СВЕТЕ ГОРЕ АТОНСКЕ (1926.)

Свеопшти правни акт чији је Нацрт настао 1924. године, а који је РГ усвојила две године касније (10. септембар 1926.), познат је под називом Статут или Конститутивна повеља Свете Горе. Поменути термини представљају најбољи еквивалент грчком термину „Καταστατικός Χάρτης“, који се користи у Уставу Републике Грчке из 1975. године.⁴² Према важећем Уставу Републике Грчке, детаљно одређивање статуса светогорских манастира и начина њиховог функционисања препуштено је Статуту Свете Горе, који уз сарадњу представника државе, сачињавају и изгласавају представници двадесет манастира, док су за његову потврду задужени Васељенска патријаршија и Парламент Републике Грчке (чл. 105, ст. 3).⁴³

⁴¹ *Ibid.*, 264.

⁴² Σύσταγμα της Ελλάδος (1975) – ФЕК А 111, Άρθρο 105, παράγραφος 3, доступно на: <https://www.e-nomothesia.gr/syntagma/syntagma-ellados-1975.html> (приступ: 21. 04. 2024).

⁴³ Д. Аврамовић, 434- 435.

Историјска околност која је претходила настанку Конститутивне повеље је окончање грчко-турског рата и потписивање мировног уговора у Лозани.⁴⁴ Најпре је настао Нацрт који је петочлана комисија формирала у мају 1924. године, чије стогодишње обележавање истиче наше истраживање. Нацрт је формиран на основу Општих правилника из 1912. и 1921. године. Међутим, Нацрт је наишао на негативну реакцију монаха, посебно оног дела који се односи на „келијатско питање“. Затим је Министарство спољних послова формирало комисију у којој су учествовала два монаха. Комисија је утврдила два велика недостатка Повеље. Први је да у Нацрту нема учешћа државе, а други је да није благословљен од стране Цариградске патријаршије. Да би се овај проблем решио, комисија је саставила још два нацрта: Нацрт резолуције Велике Народне скупштине (који регулише статус Свете Горе унутар Грчке, као и права и привилегије које има), и Нацрт закона о ратификацији Конститутивне повеље којима су попуњене празнине и исправљене неправилности садржане у Повељи. Ова два нацрта најпре је одобрила Свештена општина, а убрзо и Цариградска патријаршија.

Комисија је нацрте проследила Министарству спољних послова на разматрање. Велика Народна скупштина је Нацрт прихватила, али он није одмах усвојен. Коначно је 10. септембра 1926. године, донет Декрет којим се потврђује Конститутивна повеља Свете Горе.⁴⁵ После шест дана Декрет о потврди Статута је објављен у Службеним новинама, а следећег дана је ступио на снагу. Статут Свете Горе не представља обичан акт аутономног права, већ један конститутивни акт, „параустав“, чији је поступак промене изузетно компликован, чак много сложенији од поступка промене закона.⁴⁶

Конститутивном повељом Светој Гори је потврђен аутономни статус унутар Грчке државе. Државни суверенитет гарантује се кроз представника државе кога директно именује Министарство спољних послова, то је гувернер који заседа у Кареји.⁴⁷ У Закону – Декрету о потврди Устава Свете Горе, друго поглавље посвећено је гувернеру, његовим правима и обавезама, као и дужностима како према држави од које је изгласан и постављен, тако и према Светој Гори. Конститутивна повеља члан 8 посвећује гувернеру, где се каже да је он:

Представник грчке државе у Светој Гори делује преко својих органа, наређује извршење манастирских и њојашњих решења уколико се ова доносе сагласно овом Сајнају.⁴⁸

⁴⁴ Д. Ђукић (2016), 236.

⁴⁵ Д. Ђукић (2016), 239.

⁴⁶ Д. Аврамовић, 435.

⁴⁷ О. Зиньковский, „Статус афона и возможные угрозы ему в современном мире“ Православие РУ, Москва 2011.

⁴⁸ Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Устав Свете Горе Афонске*, 7.

Канонски и духовно Света Гора припада Васељенској Патријаршији. Два главна примера који то доказују су помињање Васељенској патријарха на бојослужењима и право жалбе Патријаршији. Конститутивном повељом чланом 5 се ово потврђује:

Сви свештени манастири у Светој Гори, као патријаршијски и савројиски, подпадају под јурисдикцију Велике Христове Источне православне цркве. Не дозвољава се ничији други помен сем имена Васељенској патријарха. Ниједном иноверцу, шизматику није дозвољено наступање на Светој Гори.⁴⁹

Самосталност у односу на Грчку и Васељенску патријаршију знак је сигурности за манастире и монашку заједницу Свете Горе.⁵⁰ Свих двадесет манастира су потпуно независне установе, независни су чак и једног од другог. Међутим, оно што је можда и важније је то да је Статут Свете Горе правни акт који је оличење сигурности манастирима и Светогорцима. Разлог томе налази се у природи Конститутивне повеље, која превазилази природу законског акта. Иако Устав из 1975. Конститутивну повељу одређује као законодавни акт који детаљно уређује начин живота и рада светогорских манастира,⁵¹ ипак се чини да Повеља има већу правну снагу од закона из разлога што ниједна његова одредба не може бити промењена обичним законом. Свака промена Статута мора бити изгласана од представника свих 20 манастира, затим потврђена најпре од стране Васељенске патријаршије, па тек на крају следи ратификација од стране грчког парламента.⁵²

6. ЗАКОН – ДЕКРЕТ О ПОТВРДИ УСТАВА СВЕТЕ ГОРЕ (1926.)

Република Грчка је потврдила Нацрт Конститутивне повеље Свете Горе из 1924. године, на најзваничнији могући начин, а то је доношењем Закона који се на то односи. Наиме, на предлог Министарског Савета, држава је донела Закон од 44. члана где се већ се у првом члану истиче:

Потврђује се приложени Устав Свете Горе Ајонске под дајумом од 10. маја 1924., изгласан од Ванредној гујлој сабора двадесет свештених манастира и одобрен од Васељенске патријаршије, уколико није противан следећим одредбама.⁵³

⁴⁹ *Ibid.*, 6.

⁵⁰ Zachary Chitwood, „Elective Affinities: Papal and Regal Privileges for Mount Athos and the Holy Mountain’s Relationship with the Medieval West”, *Endowment Studies* 7, Brill – Leiden 2023, 46.

⁵¹ X. K. Папастатис, 528.

⁵² Д. Аврамовић, 435.

⁵³ Свети Архиепископ Синод СПЦ, *Устав Свете Горе Ајонске*, 69.

Овај Декрет је специфичан из разлога што већ у другом члану можемо видети какве све то царинске и пореске привилегије ужива Света Гора у односу на Грчку. Привилегије се тичу увоза на Свету Гору, где је Закон веома јасан и каже да је дозвољен сваки увоз вредности хиљаду металних драхми⁵⁴ по монаху, а контролу врши Министарство финансија Грчке и Свештена општина Свете Горе.

Друго поглавље овог Закона односи се на потврђивање самоуправе на Светој Гори, где је посебно значајна улога гувернера, именованог од Министарства спољних послова. Гувернеру су овим законом посвећени чланови 3, 4 и 5. Он је представљен као начелник Свете Горе, односно посредник између државе Грчке и монашке државе Свете Горе.

Делатност ванредног двадесеточланог сабора прописана је чланом 6, где је важно нагласити да се овај сабор састаје два пута годишње и да га чине представници свих двадесет манастира. Истим чланом гарантовано им је право прописивања уредби које морају бити сагласне са Конститутивном повељом. Уредбе које они донесу, накнадно прегледа гувернер и прослеђује надлежном Министарству, осим уредби које су духовне природе, за које је надлежна Васељенска патријаршија.

Посебно је важна садржина последњег члана (чл. 44) овог Закона:

*Заједно са овим законодавним Декретом ојављује се Устав Свете Горе, који се њим потврђује у Службеним новинама као државни закон. Важност овој законодавној декрета почиње један дан после сјуцања на снагу Устава (државној) који ће га објавити.*⁵⁵

Овај Закон објављен је у Атини 10. септембра 1926. године. А потписао га је лично тадашњи председник Грчке, Павлос Кундуриотис, као и Министарски савет са својим члановима. Усвајањем Конститутивне повеље коначно је стављена тачна на унутрашњу организацију и устројство Свете Горе, као и на њен међународноправни субјективитет.

7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Овим истраживањем у години која је пред нама обележавамо сто година од доношења Нацрта Конститутивне повеље од 10. маја 1924. године. Конститутивна повеља или Статут како се другачије назива, ће за две године прославити стогодишњи јубилеј. Стогодишњој примени супротстављало се неколико ревизија, и то из 1948, 1969, 1984 и 1986. године, које нису битно утицале на садржај правног извора. Разлог је тај што Конститутивна

⁵⁴ Грчка драхма (Ελληνική δραχμή) је некадашња национална валута Грчке (од 1831 – 1927). Поређења ради, један еуро има вредност око 340 грчких драхми.

⁵⁵ Свети Архиепископски Синод СПЦ, *Устав Свете Горе Ајфонске*, 19.

повеља испуњава све потребе и очекивања како светогорске заједнице, тако и Републике Грчке.

Први Устав Свете Горе трајао је осамдесет година, Други (Мономахов типик из 1048. године) трајао је 156 година, све до окупације Атона 1204. године, када га замењује франачки систем управе. Типик из 1810. године примењивао се све до 1924. године што је 114 година. Природа светогорских Статута је да се представљају као најтемељнији и најдуготрајнији правни извори. Важност и постојаност неког типика у највећој мери одређује његово поштовање и строго придржавање од стране Светогораца.

Круцијална особеност анализираних Статута је то што власт на полуострву извире из двадесет самоуправних манастира који га сачињавају. Васељенска патријаршија и Грчка имају дужност надзорног органа, који интервенише једино код решавања питања која по својој природи не приличе Светој Гори и Светогорцима. То су тешка кривична дела, крађе, уништавање верских објеката или тешки теолошки преступи, неканонски поступци. За све остало задужена је аутономна управна, извршна и судска власт Свете Горе која делује на територији полуострва.

Првобитни облици уређења на Атонском полуострву оставили су значајан траг у обликовању Нацрта Конститутивне повеље из 1924. године. Њихова важност је у томе што представљају здрав темељ светогорске организације и устројства који је неопходно одржати. И поред различитих спољашњих утицаја и превирања на Атонском полуострву, награда за одрживост уследила је након пуних 10 векова. Доношење Конститутивне повеље означило је тријумф светогорског уређења и његове правне природе.

Типик Атанасија Великог из X века тежио је самосталности и регулисању државно-црквених односа. Његов посебан допринос везује се за доживотни избор игумана. Прецизне одредбе о избору игумана из периода Атанасија Великог у потпуности су примењиве и данас. Посебно је важно да избор буде прецизно регулисан, а да се провери кандидатова достојност звању у које се бира. Бројне су норме из Конститутивне повеље које потврђују важност овог избора где се уочава заправо о каквој одлуци и избору је реч.

Посебна одлика Цимискијевог типика је признавање Света Горе као независне монашке државе, која може потпуно самостално да уређује унутрашња питања. Аутономија и независност су најбоље везе које постоје између првог и последњег правног извора.

Корак по корак, Света Горе је успела да сачува свој интегритет и то као субјекат унутрашњег правног поретка Републике Грчке од 1913. године (Букурештански мировни уговор). Систематични концепт и практична примена Конститутивне повеље, и њена зајемченост у Уставу Републике Грчке, шире утисак да је након десет векова постигнуто трајно решење како на примеру суверенитета и територијалног интегритета, тако и правног поретка Свете Горе Атонске.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Аврамовић Д., „Света Гора – између аутономности и државности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 47/2, Нови Сад 2013, 431 – 447.
- Ангелопулос, А., *Монашка заједница Свете Горе*, Манастир Хиландар, Света Гора Атонска, 1997.
- Антић В., *Функција елементарних азмајских типика у савременој бојослужбеној форми Православне цркве, лингвистичка анализа*, докторска дисертација, Православни богословски факултет у Београду, Београд 2017.
- Велимировић, Н., *Живој и речи Свете Горе*, Добробит, Београд 2012.
- Γεδεών, Μ., *Ο Άθως – Αναμνήσεις, Έγγραφα, Σημειώσεις*, Εκ του Πατριαρχικού Τυπογραφείου, Κωνσταντινούπολη 1885.
- “General information about Mount Athos”, *Афонский Православный Паломнический Центр “СВЯТОГОРА”*, Москва 2015. Доступно на: <https://sviatogoga.com/general-information-mount-athos/> (приступ: 19. 03. 2024.)
- Ђукић, Д., „Правни положај и организација монаштва на Светој Гори након првог Балканског рата“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 49/1, Нови Сад 2015, 253 – 271.
- Ђукић, Д., *Правноисторијска анализа синајуса и организације светогорске монашке заједнице*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016.
- Живојиновић, М., „Почети светогорског монаштва (Од краја VIII до друге половине IX века)“, *Казивања о Светој Гори*, Просвета, Београд 1995, 12 – 15.
- Зиньковский, О., „Статус афона и возможные угрозы ему в современном мире“, *Православие РУ*, Москва 2011. Доступно на: <http://www.pravoslavie.ru/47653.html> (приступ: 12. 03. 2024.)
- Kermeli, E., *Central administration versus provincial arbitrary governance: Patmos and Mount Athos monasteries in the 16th century*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.
- Konidaris, I., „The Mount Athos Avaton“, еκδ. Εκδόσεις Α. Σάκκουλας, Atina 2000, 215–226.
- Κτενάς, Χ., *Та εν Αγίω Όρει ιερά καθιδρύματα και ο διέπων αυτά οργανισμός*, Τύποις Μιχαηλίδου & Κομνηνο, Θεσσαλονίκη 1925.
- Матовић, Т., „Епитроп (ἐπίτροπος) – извршилац тестаментa“, *Зборник радова Византолошког института* 51/1, Београд 2014, 187 – 214.
- Μοσχόπουλος, Διονύσης, „То νομικό καθεστώς του Αγίου Όρους, μία критική αποτίμηση στο πλαίσιο της θεολογικής σκέψης, της νομικής κοινωνιολογίας και της θεσμικής θεωρίας του νόμου“, се : *Αγάπης αντιδωρον, Μνήμη Μητροπολίτου κυρού Γερασίμου Φωκά*, Ιερά Μητρόπολις Κεφαλληνίας, Αργοστόλι 2019, 365-392.
- Панајотис, Х., *Света Гора Аџонска*, Задужбина Светог манастира Хиландара, Београд 2009.
- Папахрисанту, Д., *Аџонско монаштво њочеци и организација*, Друштво пријатеља Свете Горе Атонске, Београд, 2003.

- Сајловић, М., *Први и други Устави Свете Горе Аџонске*, Православни Богословски факултет Светог Василија Острошког, Фоча 2016.
- Свети Архиепископски Синод Српске Православне Цркве, *Устав Свете Горе Аџонске*, Београд, 1959.
- Semenova, N., Kiseleva, E., Solntsev, A., „Legal Status of Mounth Athos and Modern Challenges“, *International Conference on Politics, Economics ang Management* (ed. Dina Elshenawi and Darko Vukovic), Zhengzhou 2019, 216 – 222.
- Σύνταγμα της Ελλάδος (1975) – ФЕК А 111. Доступно на: <https://www.e-nomothesia.gr/syntagma/syntagma-ellados-1975.html> (приступ: 21. 04. 2024)
- Торовић В., *Света Гора и Хиландар*, Задужбина Светог манастира Хиландара, Београд 1985.
- Успенский, П., *История Афона*, Труды Киевской духовной академии Киев 1871.
- Хиландарац, О., *Светиоторски Бојослужбени Устав*, Крагујевац, 2012. год.
- Хараламбос, П., „Савремени правни статус Свете Горе“, Зборник радова Византолошког института 41/1, Београд 2004, 525 – 536.
- Chitwood, Z., „Elective Affinities: Papal and Regal Privileges for Mount Athos and the Holy Mountain’s Relationship with the Medieval West“, *Endowment Studies* 7, Brill – Leiden 2023, 44–69.

Aleksandar B. Vasiljević
Institute of european studies, Belgrade
aco.vasiljevic96@gmail.com
ORCID ID: 0009-0003-9167-6224

One Hundred Years since the Draft of the Constitutional Charter: Legal Regulation up to the 10th Century and Its Reflection on the Current Source of Law

Abstract: *The draft of the Constitutive Charter of Mount Athos (1924) is a legal act that will mark its centenary in 2024. In the research, the author applies a comparativist approach to the legal arrangement of Mount Athos until the 10th century and its effect on the current Statute. The forms of the St. Athos arrangement, based on the Cathedral of the Elders, the Athanasius and Tsimiski typica, managed to survive in fragments despite military occupations, political and other circumstances. The regulation of legal subjectivity over the Athos peninsula is a crucial circumstance and the most important contribution to the creation of the relevant source of law. The author introduces us to a wide range of constitutional and legal solutions prescribed by the Constitutional Charter, as well as to the Decree by which the Greek state officially confirmed and presented the most important legal act of Mount Athos. The author's goal is to use research to encourage the professional public to celebrate the double jubilee in 2026: one hundred years since the adoption and one hundred years of application of the Constitutive Charter.*

Keywords: *Holy Mountain, Draft Constitutive Charter, Monastic community, legal subjectivity.*

“No Place on Earth Can be Compared to This”
(*Holy Bishop Nikolaj Velimirović*)

Датум пријема рада: 04.08.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 01.10.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Јелена В. Станисављевић
Универзитет у Крагујевцу
Правни факултет у Крагујевцу
stanisavljevicjelena06@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-9467-9613

НАСИЉЕ НАД СТУДЕНТИМА: РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА СПРОВЕДЕНОГ НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ

Сажетак: *Насиље над студентима представља актуелни проблем чије последице утичу негатаивно не само на појединца, већ и на академску заједницу и друштво у целини. Као облици испољавања овакве врсте насиља, најчешће се јављају психичко, физичко и сексуално насиље. Предмет овог рада је приказивање резултата истраживања о насиљу над студентима које је у току 2023. године спроведено на Правном факултету у Крагујевцу и чији је узорак чинило 303 студента овог факултета. Циљ истраживања био је добијање информација о томе да ли су студенти на факултету изложени насиљу, а ако јесу, каквог је оно облика и ко су његови извршиоци. Резултати су упоредени са претходним студијама на ову тему и показују да је насиље на факултету заступљено у мањем обиму него претходних година, али да постоји забрињавајућ процена случајева у којима студенти нису никоме пријавили насиље које су доживели. У раду су приказани ставови испитаника о томе да ли факултет адекватно реагује на насиље над студентима, као и разлози због којих се ова врста насиља најчешће не пријављује.*

Кључне речи: *насиље над студентима, насиље на факултету, викимизација студената, студенти као жртве.*

УВОД

Насиље представља специфичан облик неправда којим се угрожавају основне сфере друштвеног функционисања.¹ Појавни облици насиља се

¹ Жељко Бјелајац, Јелена Матијашевић, „Насиље као облик социо-патолошког понашања“, *Култура људска*, год. X (2013), бр. 22, стр. 409 наведено према: Петар Ђурчић, Горан Николић, „Насиље као друштвени феномен“, *Култура људска*, vol. 19, br. 2, 2022, стр. 3.

непрестано шире, а начини манифестације постају све савршенији,² што отежава изучавање, откривање и адекватно реаговање. Како се јавља у свим сегментима људског живота, насиље представља честу појаву и у образовним институцијама, између осталог и на факултетима, и то у толикој мери да се универзитетско окружење у многим случајевима сматра за опасно и несигурно.³ Поједина истраживања указују на то да су студенткиње у већем ризику од сексуалног злостављања од њихових вршњакиња које не студирају.⁴ Статистички подаци о жртвама насиља указују на то да је свака трећа студенткиња била жртва прогањања, као и да су жртве сексуалног узнемиравања на радном месту најчешће студенткиње и ученице.⁵ Према неким подацима, ризик за сексуалну виктимизацију жене је већи за време студирања него у било ком другом животном периоду.⁶

Иако наведене чињенице указују на значајну учесталост насиља над студентима, утврђивање тачне распрострањености ове врсте насиља није једноставан задатак с обзиром да се једна од специфичности насиља над студентима огледа у његовој високој тамној бројци. Узрочнике овог негативног феномена у виду високе тамне бројке није тешко пронаћи. Очигледна разлика у моћи, угледу и ауторитету између студената и наставника⁷ доводи до тога да се ова врста насиља често не пријављује. У литератури је указивано и на то да је у проблематици насиља над студентима присутно намерно скретање пажње са овог проблема управо због чињенице да се највећи број злостављача налази на високим и одговорним позицијама, те би се на тај начин угрозило њихово радно место и углед.⁸ Све наведено указује да проучавање, спречавање, откривање и реаговање на насиље над студентима није нимало једноставан задатак.

Предмет овог рада јесте приказивање резултата истраживања о насиљу над студентима које је спроведено на Правном факултету Универзитета у

² Vesna Buljubašić Kuzmanović, Ana Milašin, Tjaša Vranić, „Ispitivanje učestalosti verbalne agresije kod djece i mladeži“, *Život i škola : časopis za teoriju i praksu odgoja i obrazovanja*, Vol. LV No. 22, 2009, 118.

³ Yazid Isa Alshoraty, „Reasons for University Students’ Violence in Jordan“, *International Education Studies*, Vol. 8, No. 10, 2015, 150.

⁴ Paul Makoboza, *Addressing Sexual Violence in the University: How Do We Prevent And Punish Sexual Violence At Campuses? A Case Of Makerere University*, Oslo 2016, 2.

⁵ Славица Коматина, *Жена жртва насиља из уџла ситуације: истраживање о безбедности и квалитету животова жена*, Београд 2022, 46.

⁶ Andrea Čvek, Ivana Tucak Junaković, „Prevalencija, vrste i prediktori seksualne agresije u studenata“, *Društvena istraživanja : časopis za opća društvena pitanja*, Vol. 29 No. 3, 2020, 432.

⁷ Janice Joseph, „Sexual Harassment in Tertiary Institutions: A Comparative Perspective“, *Temida*, 2015, 136.

⁸ Aleksandra Dimitrijević, Milena Mladenović, „Seksualno uznemiravanje studenata rezultati istraživanja“, *Temida*, vol. 20, br. 2, 2017, 294.

Крагујевцу. За разлику од претходних истраживања која су била спроведена у Србији и која су се односила искључиво на тему сексуалног насиља на факултетима, предметно истраживање није било ограничено на неки од појединачних облика насиља, већ је обухватило насиље у целини, а испитаници су конкретизовали који су облик насиља доживели у оквиру посебног питања. Добијени одговори указали су на заступљеност психичког, физичког и сексуалног насиља над студентима, који резултати су анализирани у раду. Циљ спроведеног истраживања био је добијање релевантних података о распрострањености насиља на факултетима, као и анализа добијених резултата и њихово упоређивање са резултатима претходних истраживања. Крајњи циљ овог рада је подизање свести о распрострањености насиља над студентима, као и унапређење реакције на појаву овог облика насиља, а ради његовог ефикаснијег спречавања, откривања и сузбијања.

УКРАТКО О ПОЈМУ, УЗРОЦИМА И ОБЛИЦИМА НАСИЉА НАД СТУДЕНТИМА

Насиље се јавља у различитим аспектима живота и има више облика, због чега је тешко дати универзалну дефиницију ове појаве која би задовољила све аспекте и варијације у којима се јавља. Светска здравствена организација насиље дефинише као намерно коришћење физичке силе или моћи, претњом или стварним актом, према себи, другој особи, групи људи или читавој заједници, што за последицу има или је веома вероватно да ће имати повреду, смрт, психичку сметњу, тешкоће у развоју или депривацију.⁹ Битни елементи насиља јесу да је то понашање које није неопходно, које је намерно, нежељено и штетно.¹⁰

Као и за било коју другу врсту насиља, узрочнике насиља над студентима није једноставно пронаћи. У литератури се могу наћи застарела, а надамо се и превазиђена схватања да је живот на универзитету „мушки живот под мушким условима“, те да се насиље у овим институцијама јавља као последица тога што су жене откриле да је најлакши начин за кршење тих (мушких) услова истицање проблематичних питања која пажњу усмеравају на род.¹¹ Неприхватљивост оваквих навода није потребно посебно образлагати. Објашњење насиља над студентима је сложен задатак због

⁹ World Health Organization, *World report on violence and health*, Geneva 2002, 5.

¹⁰ Sherry Hamby, „On Defining Violence, and Why It Matters“, *Psychology of violence*, Vol. 7, No. 2, 2017, 168.

¹¹ Billie Wright Dziech, Linda Weiner, *The Lecherous Professor: Sexual Harassment on Campus*, Chicago 1990 наведено према: J. Joseph, „Sexual Harassment in Tertiary Institutions: A Comparative Perspective“, *Temida*, 2015, 131.

чињенице да ова врста насиља није искључиво узрокована академским проблемима, већ представља комбинацију психолошких, културних, интелектуалних и друштвених чинилаца.¹² Због сложености овог феномена, одговор на питање шта доводи до насиља најчешће се не може свести на један фактор или чинилац који доприноси овој појави. Истраживања насиља на факултетима у САД-у међу водеће факторе који утичу на појаву сексуалног насиља сврставају пол, сексуалну оријентацију, сиромаштво и низак економски статус, као и коришћење алкохола и дрога.¹³ Један од разлога виктимизације студената може се наћи и у процесу њиховог психосоцијалног развоја који наступа у касним тинејџерским и раним двадесетим годинама. У том периоду, одвија се прелаз између родитељске контроле ка аутономији, када су студенти посебно рањиви и подлежу под притиском вршњака и културних очекивања.¹⁴ Деловање овако различитих фактора веома је сложено и међусобно условљено, те се они често надовезују једни на друге,¹⁵ што додатно указује на комплексност ове проблематике.

Иако су појавни облици насиља вишеструки и крећу се од физичког насиља до занемаривања,¹⁶ најчешћи облици насиља који се јављају на факултетима јесу психичко, физичко и сексуално насиље.¹⁷ Психичко насиље представља дело емоционалног злостављања које подразумева примену психичке принуде која је проузроковала осећај страха, угрожености или повреде достојанства, као што су вербално насиље, псовање и слично.¹⁸ Оно што је неопходно нагласити јесте да је психичко злостављање често увод у физичко или је пак његов пратилац.¹⁹ У најширем смислу, физичко насиље

¹² Moneera Almerab, „The phenomenon of students’ violence at Hail University: Prevalence, causes and suggested solutions from the students’ perspective“, *International Journal of Psychology and Counselling*, Vol. 9(6), 2017, 35.

¹³ Catherine Hill, Elena Silva, *Drawing the Line: Sexual Harassment on Campus*, Washington DC 2005 наведено према: Весна Николић-Ристановић, Сања Ћопић, *Сексуално насиље над студенцима на факултетима у Србији*, Београд 2022, 31.

¹⁴ Ankita Singh Gujjar, Simran, „Campus Violence: Infringement of Fundamental Rights“, *International Journal of Policy Sciences and Law*, Volume 1, Issue 3, 2021, 1494.

¹⁵ Дамир Газетић, *Узроци, последице и превенција вршњачког насиља у школи*, Ниш 2022, 5.

¹⁶ World Health Organization, 6.

¹⁷ Ahmed Elhassan, Ahmed Elhassan Hamid Hassan, Mohammed Edris Elduod Ageed, „Student Violence in Universities (Manifestation, Causes, Effects, and Solution’s) in Zalingei University-central Darfur State Sudan“, *ARPN Journal of Science and Technology*, Vol. 5, No. 2, 2015, 80; Carmen Baltazar-Meza *et al.* „Violence forms among university students from Junin Region, Perú“, *Rev. Salud Pública*, 22(4), 2020, 5; Jillian J. Turanovic, Sonja E. Siennick, *The Causes and Consequences of School Violence: A Review*, Washington 2022, 36.

¹⁸ Marija Žilić, Josip Janković, „Nasilje“, *Socijalne teme : Časopis za pitanja socijalnog rada i srodnih znanosti*, Vol. 1, No. 3, 2016, 74.

¹⁹ Tanja Nedimović, Miklos Biro, „Фактори ризика за појаву вршњачког насиља у основним школама“, *Применјена психологија*, 4(3), 2011 наведено према: М. Žilić, Ј. Janković, 75.

представља радњу која је усмерена или је резултирала изазивањем бола и/или физичке повреде.²⁰

Сексуално узнемиравање у академском контексту односи се на сваки нежељени коментар или прилазак од стране лица које је запослено или студира на једном факултету према другом лицу које је запослено или студира на истом факултету, а који се испољава у виду речи или дела која имају сексуалну конотацију.²¹ У смислу сексуалног узнемиравања у образовним институцијама, ово понашање можемо одредити и као искоришћавање ауторитета како би се нагласила сексуалност или сексуални идентитет ученика или студента на начин на који се спречава или нарушава његово уживање у образовним погодностима или могућностима.²² Под економским насиљем подразумева се било која радња која ствара финансијску зависност код појединца, а начини манифестовања укључују потпуну контролу над финансијским ресурсима, ускраћивање приступа новцу, као и забрану школовања и едукације.²³

Негативне последице по жртве насиља на факултетима су вишеструке и огледају се у депресији или другим психичким и емоционалним проблемима,²⁴ што често доводи до социјалних и академских потешкоћа.²⁵ Универзитетско насиље подрива образовну мисију универзитета и нарушава интегритет академског окружења,²⁶ те поред деструктивних последица које има по појединце, негативно делује и на универзитете и друштво у целини.²⁷ Због овако широко распрострањених негативних последица, јасна је потреба за свеобухватним истраживањем проблема насиља над студентима, у циљу што бољег разумевања овог негативног феномена, а ради његовог ефикаснијег спречавања, откривања и сузбијања.

²⁰ Rui Gomes (ed.), *Gender Matters, A manual on addressing gender-based violence affecting young people*, Council of Europe 2019, 23.

²¹ J. Janice, 127; Milica Resanović, *Istraživanje o praksama za prijavljivanje seksualnog uznemiravanja na fakultetima u Srbiji*, Beograd 2021, 7.

²² Frank Till, *Sexual Harassment. A Report on the Sexual Harassment of Students*, Washington DC 1980, 7.

²³ F. D'Agostino, G. Zacchia, M. Corsi, *Risk of Economic Violence: A New Quantification*, *International Journal of Financial Studies*, 12:82, 2024, 1. Види и: N. Sharp-Jeffs, *Economic abuse: A global perspective*, 2021.

²⁴ Rachel Voth Schrag, Leila Wood, Noël Busch-Armendariz, „Pathways From Intimate Partner Violence to Academic Disengagement Among Women University Students“, *Violence and Victims*, Volume 35, Number 2, 2020, 229.

²⁵ Linda Langford, *Preventing Violence and Promoting Safety in Higher Education Settings: Overview of a Comprehensive Approach*, Newton 2004, 2.

²⁶ J. Janice, 138.

²⁷ Y. I. Alshoraty, 150.

ПРЕГЛЕД ДОСАДАШЊИХ ИСТРАЖИВАЊА О НАСИЉУ НАД СТУДЕНТИМА У СРБИЈИ

Истраживања на тему насиља над студентима на светским и европским универзитетима су честа. Међутим, у Србији и уопштено на домаћим просторима, насиље над студентима је до скоро било предмет свега пар научних студија. Истраживање из 2003. године обухватило је 532 студената и 77 наставника са универзитета у Новом Саду, Темишвару, Пули и Осијеку и резултати су указали да 10% испитаника сматра да постоји експлоатација сексуалности у виду узнемиравања студената од стране наставника. Међутим, непосредно искуство у виду сексуалног узнемиравања имало је око 1% студената.²⁸ У току 2014. године спроведено је истраживање на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду које је обухватило 147 студената. Резултати истраживања показали су да је лично искуство сексуалног узнемиравања доживело 23,1% студената, док је 27,9% испитаника било упознато са искуством виктимизације сексуалним узнемиравањем других студената.²⁹

Истраживање о искуству младих са сексуалним узнемиравањем из 2018. године обухватило је 602 испитаника из Новог Сада, Ниша и Београда, а 32,7% узорка чинили су студенти. Овај подузорок студената упитан је да ли су икада били у ситуацији да у њиховом присуству запослени на факултету причају шале сексуалне конотације, гледају их на начин да им је непријатно или скрећу разговор о студирању на сексуалне теме. Као резултат, 30% испитаника дало је потврдан одговор на ово питање,³⁰ а 50% од укупног броја испитаника навело је да сматра да факултети не штите довољно студенте од сексуалног узнемиравања од стране запослених на факултету.³¹

Једно од најзначајнијих истраживања о сексуалном насиљу на факултетима у Србији спроведено је од стране Виктимолошког друштва Србије у току 2021. године у оквиру пројекта *Сексуално насиље на универзитетима у Србији*.³² Истраживање је спроведено на шест универзитета,³³ а у узорак је ушло 1597 студената са 22 факултета. Од укупног броја студената, 17% њих се изјаснило да су били изложени неком облику сексуалног насиља на

²⁸ Ivan Jerković, Lidija Pivk, „Eksploatacija seksualnosti: Od incidenta do novog morala“, *Pedagoška stvarnost*, Год. 54, бр. 1/2, 2008, наведено према: А. Dimitrijević, М. Mladenović, 297.

²⁹ А. Dimitrijević, М. Mladenović, 297.

³⁰ Autonomni ženski centar, *Percepcija i iskustvo mladih u vezi sa seksualnim uznemiravanjem, terensko istraživanje*, Београд 2018, 5.

³¹ *Ibid*, 32.

³² Сексуално насиље на универзитетима у Србији. Подизање свести и развијање иновативних механизма за подршку жртвама, (2020-2022).

³³ Универзитет у Београду, Универзитет у Новом Саду, Универзитет у Нишу, Универзитет у Крагујевцу, Универзитет Унион и Универзитет уметности у Београду.

факултету, а чак 27,6% је дало одговор да познаје другог студента или студенткињу који су били изложени оваквој врсти насиља.³⁴ С обзиром да је у оквиру пројекта из 2021. године 67 студената Правног факултета у Крагујевцу чинило део узорка истраживања и како је 20,9% њих навело је да је доживело сексуално насиље на факултету, сматрали смо да је потребно спровести ново истраживање чији ће узорак обухватити већи број студената са овог факултета.

МЕТОДОЛОШКИ ОКВИР ИСТРАЖИВАЊА

Истраживање је спроведено анкетом о виктимизацији као најзначајнијом истраживачком техником за долажење до података о распрострањености, структури и карактеристикама виктимизације криминалитетом.³⁵ С обзиром да се ова техника користи за прикупљање података како о пријављеном, тако и о непријављеном криминалитету, она је погодна за долажење до података о тамној бројци криминалитета, која је карактеристична за сексуално насиље уопште, а посебно за сексуално насиље на факултетима.

Као инструмент за спровођење анкете коришћен је анкетни упитник који се састојао од шест делова и укупно 20 питања. Поред квантитативних питања која су била усмерена на приказ учесталости и структуре насиља, већи део питања био је квалитативног карактера и усмерен на описивање искуства насиља од стране испитаника ради бољег разумевања насиља на факултету као појаве.³⁶ Питања предвиђена анкетним упитником била су директна и углавном затвореног типа.³⁷ Прва два питања односила су се на опште податке о испитанику,³⁸ потом су следила питања која су била усмерена на непосредно искуство виктимизације насиљем на факултету,³⁹ а затим

³⁴ В. Николић-Ристановић, С. Попић, 62.

³⁵ Весна Николић-Ристановић, *Од жртве до победника: виктимологија као теорија, пракса и активизам*, Београд 2019, 69.

³⁶ Како је виктимизација сложен појам који подразумева лично, субјективно и суштински релативно искуство, дефинисана према нормативним стандардима или специфичној идеологији, виктимизација неће бити на исти начин преципирана од стране оних који су жртве (Е. Fattah, *Victims and Victimology: The Facts and the Rhetoric*, International Review of Victimology International Review of Victimology, 1(1), 1989, 52). Због тога, у анкетним упитницима нису биле наведене дефиниције насиља, већ су испитаници упитани да ли су доживели неку врсту насиља, док су у оквиру посебног питања конкретизовали облик претрпљеног насиља.

³⁷ Два питања у анкетном упитнику била су отвореног типа, а три питања комбинованог типа у којима је испитаник имао могућност да бира један од понуђених одговора, али и да сам допише свој одговор уколико није задовољан понуђеним.

³⁸ 1. Пол; 2. Место рођења;

³⁹ 3. Да ли сте током студирања на факултету доживели неку врсту насиља?; 4. Уколико је одговор на претходно питање потврдан, заокружите облик претрпљеног насиља (а.

група питања која се односила на (не)пријављивање насиља и ставове о адекватности реакције на насиље.⁴⁰ Потом, наредна два питања односила су се на посредно сазнање о виктимизацији студената на Правном факултету,⁴¹ једно питање било је усмерено на то да ли је испитаник икада извршио насиље на факултету⁴² и на крају, последња три питања односила су се на ставове испитаника о реакцији факултета на насиље, као и о потреби за ангажовањем стручних лица ради помоћи жртвама насиља.⁴³

Поред питања која су се односила на податке о виктимизацији, једно питање се односило и на самооптужење испитаника, чиме су кроз упитник биле обухваћене две најзначајније методе за изучавање тамне бројке⁴⁴ која карактерише насиље над студентима. Анкетни упитник попунило је укупно 303 студента Правног факултета у Крагујевцу, од тога 203 студенткиње и 100 студената. Истраживање је спроведено у периоду од 29.05.2023. године до 05.06.2023. године и обухватило је студенте свих година студија. Студенти нису били унапред обавештени о спровођењу истраживања и анкетни упитник добили су у штампаној форми током обављања свакодневних активности на факултету.

РЕЗУЛТАТИ И ДИСКУСИЈА

Од 301 испитаника који су одговорили на питање да ли су на факултету доживели неку врсту насиља, 87,7% навело је да никада није доживело

физичко насиље; б. психичко насиље; в. сексуално насиље; г. економско насиље; д. други облик насиља (остављен простор да испитаници сами допишу облик претрпљеног насиља)); 5. Уколико сте на факултету доживели неки облик насиља, на који начин је оно било испољено?; 6. На којој години студија сте доживели насиље?; 7. На ком месту се догодило насиље?; 8. Ко је био извршилац насиља које сте доживели?; 9. Да ли је неко други био присутан у тренутку када сте доживели насиље?

⁴⁰ 10. Да ли сте претрпљено насиље пријавили некоме?; 11. Уколико је Ваш одговор на претходно питање потврдан, коме сте пријавили претрпљено насиље?; 12. Да ли сматрате да сте добили адекватну помоћ након што сте пријавили претрпљено насиље?; 13. Уколико сматрате да реакција на пријављено насиље није била адекватна, објасните због чега тако мислите?; 14. Уколико никоме нисте пријавили насиље које сте претрпели, наведите разлог непријављивања?

⁴¹ 15. Да ли познајете некога ко је доживео насиље на факултету?; 16. Уколико је Ваш одговор на претходно питање потврдан, заокружите облик насиља за који знате да је друга особа доживела на факултету;

⁴² 17. Да ли сте некада извршили насиље над другим студентима, наставницима или ненаставном особљу на факултету?

⁴³ 18. Да ли сматрате да би факултет адекватно реаговао у случају насиља над студентима?; 19. Уколико је Ваш одговор на претходно питање одричан, образложите зашто тако мислите; 20. Да ли сматрате да на факултету треба бити ангажовано лице које је специјализовано за пружање помоћи жртвама насиља?

⁴⁴ Ђорђе Игњатовић, *Криминологија*, Београд 2018, 57.

насиље на факултету, 8,3% да је доживело неку врсту насиља, а 4% испитаника изјавило је да не зна да ли је доживело насиље на факултету. Значајно је на овом месту поново напоменути да су студенти Правног факултета у Крагујевцу чинили део узорка у истраживању у оквиру Пројекта о сексуалном насиљу спроведеног 2021. године.⁴⁵ Од 67 тада испитаних студената, 20,9% њих навело је да је доживело сексуално насиље на факултету.⁴⁶ Ово представља знатну разлику у односу на резултате актуелног истраживања које је предмет овог рада.

Испитаници актуелног истраживања навели су да су били изложени психичком, физичком, сексуалном и економском насиљу у укупном проценту од 8,3%, док је изложеност сексуалном насиљу износила 1% (три случаја) од укупног броја испитаника. Ако узмемо у обзир да су се наведена претходна истраживања односила само на сексуално насиље, а да је актуелно истраживање обухватило и остале облике насиља, добијени резултати додатно охрабрују. Ипак, иако је проценат судената који су на Правном факултету у Крагујевцу доживели неку врсту насиља условно речено низак, он свакако није занемарљив, те и даље треба тежити искорењавању свих облика насиља на факултетима.

Од 25 испитаника који су се изјаснили да су доживели насиље на факултету 84% је женског, а 16% мушког пола. У сва три случаја претрпљеног сексуалног насиља радило се о студенткињама, тј. особама женског пола. Ово је у складу са досадашњим истраживањима која указују да су студенткиње чешће жртве сексуалног насиља на факултетима, док су студенти чешће извршиоци оваквог насиља.⁴⁷ Међутим, иако жене чешће доживљавају насиље, морамо имати у виду да се и мушкарци јављају као жртве, те да и они трпе негативне последице насиља које, у зависности од облика, могу бити чак и теже од оних које трпе припаднице женског пола.⁴⁸ Највећи проценат испитаника који су претрпели насиље на факултету рођени су у мањем граду (56%), затим у нешто мањем проценту у Крагујевцу (36%), док је мали проценат испитаника рођен у неком другом већем граду (4%) или у сеоској средини (4%).

Од укупног броја испитаника који су навели да су на факултету доживели неку врсту насиља (25 испитаника или 8,3%), 80% њих је доживело

⁴⁵ Сексуално насиље на универзитетима у Србији. Подизање свести и развијање иновативних механизма за подршку жртвама, (2020-2022).

⁴⁶ В. Николић-Ристановић, С. Топић, 104.

⁴⁷ Joe Lewis, *Sexual harassment and violence in further and higher education*, Commons Library Research Briefing 2022, 6.

⁴⁸ Patrizia Romito, Michele Grassi, „Does violence affect one gender more than the other? The mental health impact of violence among male and female university students“, *Social Science & Medicine*, 65(6) 2007, 1233.

психичко насиље, 12% сексуално насиље, 4% физичко насиље, док се вређање или неки други облик насиља јавља у 4% (Табела 1). Нико од испитаника није навео да је доживео економско насиље, а поједини испитаници су навели да су доживели више облика насиља истовремено. Насиље које су испитаници доживели у највећем проценту је било у вербалном облику (67,9%), потом невербално (гестовно) (39,3%), затим физичко насиље (10,7%) и насиље путем друштвених мрежа (7,1%).

Табела 1. Облици насиља које су студенти доживели

Облик претрпљеног насиља	Број	%
Психичко насиље	20	80
Сексуално насиље	3	12
Физичко насиље	1	4
Економско насиље	0	0
Други облик насиља	1	4

Највећи број испитаника насиље је доживео на првој години студија (84,6%), затим на другој (15,4%) и на трећој години студија (7,7%). Нико од испитаника није навео да је насиље доживео на четвртој години студија. Као место извршења насиља испитаници су најчешће наводили амфитеатар или учионицу (46,2%), а као остала места на којима су испитаници доживели насиље наведен је хол факултета (23,1%), затим друге просторије на факултету (19,2%) и простор ван факултета (11,5%). Да је амфитеатар место где се насиље најчешће одиграва резултат је и других истраживања у којима се овај одговор јавља у сличном проценту (42,7%).⁴⁹

Извршиоци насиља на факултету најчешће су били други студенти (50%) и наставно особље (46,2%), а у 15,4% случајева као извршилац је наведено неко друго лице (табела 2). Овакви резултати идентични су резултатима ранијих истраживања, у којима се као извршилац у 55,8% случајева јавио студент/студенткиња, а у 34,9% наставно особље.⁵⁰ Ненаставно особље није наведено као извршилац насиља ни у једном анкетном упитнику, што представља позитивно одступање од резултата претходних истраживања у којима је у 7%⁵¹ и 10,3%⁵² случајева ненаставно особље било извршилац насиља.

⁴⁹ 42,7% у истраживању у оквиру Пројекта о сексуалном насиљу на универзитетима у Србији, као и 50% у истраживању спроведеном на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију. В. Николић-Ристановић, С. Ћопић, 61; А. Димитријевић, М. Младеновић, 302.

⁵⁰ В. Николић-Ристановић, С. Ћопић, 71.

⁵¹ В. Николић-Ристановић, С. Ћопић, 72.

⁵² А. Димитријевић, М. Младеновић, 300.

Табела 2. Лица која су вршила насиље над студентима

Извршиоци насиља	Број	%
Студент/студенткиња	13	50
Наставно особље	12	46,2
Ненаставно особље	0	0
Неко друго лице	4	15,4

Према врсти насиља у којој су се наставници јавили као извршиоци, најчешћи облик насиља јесте психичко (75%), потом сексуално (16,67%) и на крају физичко насиље (8,33%). Студенти као извршоци насиља најчешће се јављају код психичког насиља (83,33%), а потом код физичког (8,33%) и сексуалног (8,33%) насиља. У литератури се указује да се као извршиоци сексуалног насиља над студенткињама најчешће јављају партнери или бивши партнери, колеге са факултета или познаници. Факултетски професори се не јављају често као извршиоци силовања или случајева сексуалне принуде, али се у мањем броју пријављују за насиље које укључује нежељени сексуални контакт.⁵³ У тренутку доживљавања насиља најчешће су били присутни други студенти (62,5%) или лица која нису студенти, нити наставно или ненаставно особље (8,3%). Наставници и ненаставно особље нису били присутни ни у једном случају доживљеног насиља, а у 37,5% случајева нико није био присутан у тренутку када се насиље догодило.

У забрињавајуће великом проценту случајева (92,3%) студенти који су претрпели насиље то никоме нису пријавили, док су то учинили само у 7,7% случајева (два испитаника), а у оба случаја насиље је пријављено пријатељима и испитаници сматрају да је њихова реакција била адекватна. Као разлог непријављивања испитаници су у највећем проценту (50%) навели да нису сматрали да је насиље било толико озбиљно да би захтевало помоћ других. У 16,7% нису веровали да неко може да им помогне, а у истом проценту (16,7%) нису веровали да неко жели да им помогне. У 12,5% насиље није пријављено због осећаја срамоте или нелагоде, а у 8,3% због страха од поновног вршења насиља у случају пријављивања. У једном случају (4,2%) испитаник је навео да насиље није пријавио из разлога што је сам решио проблем (табела 3). Наведени разлози у складу су са ранијим истраживањима у којима је један од главних разлога непријављивања насиља став студентата да насиље није било довољно озбиљно да би га пријавили, као и страх и обесхрабрење од стране факултета да се насиље пријави.⁵⁴

⁵³ Bonnie S. Fisher, Francis T. Cullen, Michael G. Turner, *The Sexual Victimization of College Women*, Washington, DC 2000, 17.

⁵⁴ Matthew J. Mayhew, Rebecca J. Caldwell, Emily Grey Goldman, „Defining Campus Violence: A Phenomenological Analysis of Community Stakeholder Perspectives“, *Journal of College Student Development*, Volume 52, Number 3, 2015, 255.

Табела 3. Разлози због којих испитаници нису пријавили претрпљено насиље

Разлози непријављивања насиља	Број	%
Нисам мислио/мислила да је насиље толико озбиљно да захтева помоћ од других лица	12	50
Нисам веровао/веровала да могу да ми помогну	4	16,7
Нисам веровао/веровала да желе да ми помогну	4	16,7
Осећао/осећала сам срамоту или nelaгоду	3	12,5
Осећао/осећала сам страх од поновног вршења насиља у случају пријављивања	2	8,3
Друго	2	8,3

На питање да ли познају некога ко је доживео насиље на факултету одговор је дало 248 испитаника, од чега је 78,2% навело да не познаје никога ко је доживео насиље на факултету, а 21,8% навело је да му је познато да је неко други доживео насиље на факултету. У 92,6% случајева радило се о психичком насиљу, у 9,3% о сексуалном, а у 1,9% случајева о физичком насиљу. Како је само 8,3% испитаника навело да је имало лично искуство са насиљем на факултету, а проценат постојања посредног искуства је знатно виши (21,8%), ово може бити показатељ да је заступљеност насиља над студентима виша од онога што приказују подаци о личној виктимизацији. Поред тога, од 250 испитаника који су дали одговор на питање да ли су некада извршили насиље над другим студентима, наставницима или ненаставном особљу, 98,8% испитаника навело је да никада нису извршили насиље, а 1,2% испитаника навело је да јесте извршило овакву врсту насиља.

На питање да ли сматрају да би факултет адекватно реаговао у случају насиља над студентима одговоре је дало 259 испитаника, од којих 72,6% сматра да би факултет адекватно реаговао, а 27,4% испитаника сматра да факултет не би реаговао адекватно у случају насиља над студентима. Као разлоге свог става да факултет на насиље не би реаговао адекватно, испитаници су углавном исказивали бојазан да особље факултета не би било објективно, да би се запослени међусобно штитили, као и да би се случајеви насиља углавном прикривали. Испитаници су указали и на то да сматрају да факултет нема довољно механизма за адекватно реаговање, да не постоје лица која су за то довољно обучена, а јављају се и ставови да се студентима жртвама насиља не би веровало, као и да факултет не показује заинтересованост за решавање овог проблема.

Иако највећи број испитаника никада није доживео насиље на факултету, чак 89,6% њих сматра да на факултету треба бити ангажовано лице које је специјализовано за пружање помоћи жртвама насиља. Ово потврђује став да студенти друштвених наука показују више саосећања и неодобравања

када су у питању сексуално и родно засновано насиље, у односу на друге студенте.⁵⁵ Овакав став испитаника могао би бити повезан са њиховим неповерењем према факултету у смислу адекватног реаговања, што је један од узрочника непријављивања ове врсте насиља. Надлежни органи на факултету требало би да узму у обзир ставове студената да постоји потреба за ангажовањем лица које је специјализовано за пружање помоћи жртвама насиља, те да размотре о усвајању адекватног нормативног оквира који би омогућио ангажовање оваког лица. Поред тога што би на овај начин жртве насиља добиле адекватну помоћ од лица које је за то специјализовано, ово решење допринело би и повећању пријављивања претрпљеног насиља, што је нужни предуслов за адекватно реаговање.

ЗАКЉУЧАК

Насиље над студентима представља посебну врсту насиља која годинама уназад угрожава светску и домаћу академску заједницу. Због специфичног односа надређености и подређености који постоји између наставника и студената, случајеви у којима се наставници јављају као извршиоци насиља најчешће остају непријављени, због чега насиље над студентима карактерише висока тамна бројка. Ова чињеница знатно отежава истраживање ове врсте насиља, као и његово адекватно откривање и спречавање.

У циљу добијања података о распрострањености насиља над студентима, у периоду од 29.05.2023. године до 05.06.2023. године, на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу спроведено је истраживање које је обухватило 303 студента овог факултета са свих година студија. Истраживање је спроведено анкетом о виктимизацији, а анкетни упитник попунило је 203 студенткиње и 100 студената, који нису били унапред обавештени о спровођењу истраживања.

Резултати указују да 87,7% анкетираних студената никада није доживело насиље на факултету, док је 8,3% њих доживело неку врсту насиља. Поред тога, 4% испитаника не зна да ли је доживело насиље на факултету. У току истраживања из 2021. године, у оквиру Пројекта о сексуалном насиљу, студенти Правног факултета у Крагујевцу чинили су део узорка и од 67 тада испитаних студената, 20,9% њих навело је да је доживело сексуално насиље на факултету. С обзиром да се истраживање из 2021. године односило само на сексуално насиље, а да је актуелно истраживање обухватило и остале облике насиља, добијени резултати додатно охрабрују, али не смеју

⁵⁵ Mercedes Osuna-Rodríguez, María Isabel Amor, Irene Dios, „An Evaluation of University Students' Perceptions of Gender Violence—A Study of Its Prevalence in Southern Spain“, *Education Sciences*, 13(2), 2023, 2.

да доведу до тога да се овај проценат насиља занемари. У прилог томе говори и чињеница да, иако је свега 8,3% испитаника навело да је имало лично искуство са насиљем на факултету, проценат постојања посредног искуства са насиљем је знатно виши (21,8%), што је показатељ да је заступљеност насиља над студентима виша од онога што приказују подаци о личној виктимизацији

Од 25 испитаника који су се изјаснили да су доживели насиље на факултету 84% је женског, а 16% мушког пола. Највећи проценат студената који су претрпели насиље рођени су у мањем граду (56%), затим у нешто мањем проценту у Крагујевцу (36%), док је мали проценат испитаника рођен у неком другом већем граду (4%) или у сеоској средини (4%). Од укупног броја испитаника који су доживели насиље на факултету, 80% њих је доживело психичко насиље, 12% сексуално насиље, 4% физичко насиље, док у 4% одговора испитаници наводе неки други облик претрпљеног насиља. Најчешћи извршиоци насиља на факултету су други студенти (50%) и наставно особље (46,2%), док чланови ненаставног особља нису наведени као извршиоци насиља ни у једном анкетном упитнику.

Иако постигнути резултати указују на то да је насиље над студентима заступљено у мањој мери у односу на резултате истраживања од пре две године, оно што је забрињавајуће јесте чињеница да претрпљено насиље студенти у изразито високом проценту (92,3%) нису никоме пријавили. Најчешћи разлог томе јесте њихова оцена да насиље није било довољно озбиљно, али и неповерење испитаника да би неко могао или желео да им помогне. Више од четвртине студената (27,4%) сматра да факултет не би адекватно реаговао у случају насиља, а овакав став произилази из неповерења према запосленима, страху од прикривања насиља, као и бојазни да факултет нема адекватне механизме и довољно обученог кадра за помоћ жртвама насиља. Напоследку, чак 89,6% студената сматра да би на факултету требало ангажовати особу која је специјализована за пружање помоћи жртвама насиља.

Како би постигнути резултати у борби против насиља над студентима били још успешнији, потребно је информисати студенте, али и наставно и ненаставно особље о томе шта је насиље над студентима, у којим облицима се јавља, као и о могућим механизмима заштите жртвава. С обзиром на изражено неповерење студената према запосленима на факултету, поред тога што је потребно тежити успостављању односа поверења, треба размислити о ангажовању лица специјализованог за пружање помоћи жртвама насиља. На овај начин, сматрамо да би се студенти који су жртве насиља лакше одлучили да насиље пријаве, што би имало двоструке позитивне последице. Са једне стране, насиље над студентима би се лакше откривало и било санкционисано, а са друге стране, ово би деловало генерално превентивно на потенцијалне учиниоце, што би за последицу имало смањење случајева насиља над студентима.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Almerab Moneera, „The phenomenon of students’ violence at Hail University: Prevalence, causes and suggested solutions from the students’ perspective“, *International Journal of Psychology and Counselling*, Vol. 9(6), 2017.
- Alshoraty Yazid Isa, „Reasons for University Students’ Violence in Jordan“, *International Education Studies*, Vol. 8, No. 10, 2015.
- Аутономни женски центар, *Перцепција и искуства младих у вези са сексуалним узнемиравањем*, Београд 2018.
- Baltazar-Meza Carmen *et al.* „Violence forms among university students from Junin Region, Perú“, *Rev. Salud Pública*, 22(4), 2020.
- Buljubašić Kuzmanović Vesna, Milašin Ana, Vranić Tjaša, „Ispitivanje učestalosti verbalne agresije kod djece i mladeži“, *Život i škola : časopis za teoriju i praksu odgoja i obrazovanja*, Vol. LV No. 22, 2009.
- Voth Schrag Rachel, Wood Leila, Busch-Armendariz Noël, „Pathways From Intimate Partner Violence to Academic Disengagement Among Women University Students“, *Violence and Victims*, Volume 35, Number 2, 2020.
- Газетић Дамир, *Узроци, последице и превенција вршњачкој насиља у школи*, Ниш 2022.
- Gomes Rui (ed.), *Gender Matters, A manual on addressing gender-based violence affecting young people*, Council of Europe 2019.
- Gujjar Ankita Singh, Simran, „Campus Violence: Infringement of Fundamental Rights“, *International Journal of Policy Sciences and Law*, Vol. 1, Iss. 3, 2021.
- D’Agostino Federica, Zacchia Giulia, Corsi Marcella, *Risk of Economic Violence: A New Quantification*, *International Journal of Financial Studies*, 12:82, 2024
- Dimitrijević Aleksandra, Mladenović Milena, „Сексуално uznemiravanje studenata rezultati istrazivanja“, *Temida*, Vol. 20, br. 2, 2017.
- Elhassan Ahmed, Elhassan Hamid Hassan Ahmed, Edris Elduod Ageed Mohammed, „Student Violence in Universities (Manifestation, Causes, Effects, and Solution’s) in Zalingei University-central Darfur State Sudan“, *ARPN Journal of Science and Technology*, Vol. 5, no. 2, 2015.
- Žilić Marija, Janković Josip, „Nasilje“, *Socijalne teme : Časopis za pitanja socijalnog rada i srodnih znanosti*, Vol. 1 No. 3, 2016.
- Игњатовић Ђорђе, *Криминологија*, Београд 2018.
- Joseph Janice, „Sexual Harassment in Tertiary Institutions: A Comparative Perspective“, *Temida*, 2015.
- Коматина Славица, *Жена жртва насиља из уџла сјајнистике : испраживање о безбедности и квалитету животног жена*, Београд 2022.
- Langford Linda, *Preventing Violence and Promoting Safety in Higher Education Settings: Overview of a Comprehensive Approach*, Newton 2004.
- Lewis Joe, *Sexual harassment and violence in further and higher education*, Commons Library Research Briefing 2022.
- Makoboza Paul, *Addressing Sexual Violence in the University: How Do We Prevent And Punish Sexual Violence At Campuses? A Case Of Makerere University*, Oslo 2016.

- Mayhew Matthew, Caldwell Rebecca, Goldman Emily Grey, „Defining Campus Violence: A Phenomenological Analysis of Community Stakeholder Perspectives“, *Journal of College Student Development*, Volume 52, Number 3, 2015.
- Николић-Ристановић Весна, *Од жртве до победника: викијмолођија као теорија, пракса и актиџивизам*, Београд 2019.
- Николић-Ристановић Весна, Топић Сања, *Сексуално насиље над студентима на факултетима у Србији*, Београд 2022.
- Osuna-Rodríguez Mercedes, Isabel Amor María, Dios Irene, „An Evaluation of University Students’ Perceptions of Gender Violence—A Study of Its Prevalence in Southern Spain“, *Education Sciences*, 13(2), 2023.
- Resanović Milica, *Istraživanje o praksama za prijavljivanje seksualnog uznemiravanja na fakultetima u Srbiji*, Београд 2021.
- Romito Patrizia, Grassi Michele, „Does violence affect one gender more than the other? The mental health impact of violence among male and female university students“, *Social Science & Medicine*, 65(6) 2007.
- Till Frank, *Sexual Harassment. A Report on the Sexual Harassment of Students*, Washington DC 1980.
- Turanovic Jillian, Siennick Sonja, *The Causes and Consequences of School Violence: A Review*, Washington 2022.
- Ђурчић Петар, Николић Горан, „Насиље као друштвени феномен“, *Култура полиса*, vol. 19, br. 2, 2022.
- Fattah Ezzat, *Victims and Victimology: The Facts and the Rhetoric*, International Review of Victimology International Review of Victimology, 1(1), 1989
- Fisher Bonnie, Cullen Francis, Turner Michael, *The Sexual Victimization of College Women*, Washington, DC 2000.
- Hamby Sherry, „On Defining Violence, and Why It Matters“, *Psychology of violence*, Vol. 7, No. 2, 2017.
- Љвек Andrea, Tucak Junaković Ivana, „Prevalencija, vrste i prediktori seksualne agresije u studenata“, *Društvena istraživanja: časopis za opća društvena pitanja*, Vol. 29 No. 3, 2020.
- World Health Organization, *World Report on violence and health*, Geneva 2002.

Jelena V. Stanisavljević
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac
stanisavljevicjelena06@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-9467-9613

Violence Against Students: Results of the Research Conducted at the Faculty of Law, University of Kragujevac

Abstract: *Violence against students is a current problem and its consequences negatively affect not only the individual but also the academic community and society as a whole. Psychological, physical, and sexual violence are the most common forms of this type of violence. The subject of this paper is the presentation of the research results on violence against students, which was conducted in 2023 at the Faculty of Law in Kragujevac and whose sample consisted of 303 students of this faculty. The research aimed to obtain information on whether students at the faculty are exposed to violence, and if so, what form it takes and who its perpetrators are. The results were compared with previous studies on this topic and show that violence at the university is represented on a smaller scale than in previous years, but that there is a worrying percentage of cases in which students did not report the violence they experienced to anyone. The paper presents the views of the respondents on whether the faculty responds adequately to violence against students, as well as the reasons why this type of violence is most often not reported.*

Keywords: *violence against students, violence at the university, victimization of students, students as victims.*

Датум пријема рада: 12.06.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 21.10.2024.

Датум прихватања рада: 12.12.2024.

Ђорђе Б. Марјановић
Институти за уредно право у Београду
djordje2611@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-5238-7292

КРИВИЧНО ДЕЛО НАСИЛНИЧКО ПОНАШАЊЕ НА СПОРТСКОЈ ПРИРЕДБИ ИЛИ ДРУГОМ ЈАВНОМ СКУПУ – СПОРНА ПИТАЊА У ДОКТРИНИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ –

Сажетак: Српски законодавац је Кривичним закоником Републике Србије у групи кривичних дела проиш из јавног реда и мира проишао дело насилничкој понашања на спортиским приредбама или другим јавним скуповима. Предмет истраживања је ово дело, које аутор анализира ради разјашњења свих уочених дилема у доктрини и домаћој судској пракси. У првом делу рада, аутор указује да је између кривичноправне доктрине и судске праксе дошло до размимоилажења у погледу питања месна извршења дела, као и могућности да спортистички и други обавезни учесници спортиске приредбе буду његови извршиоци. Појавне облике дела као и дилеме у њиховом тумачењу, аутор анализира приказујући већи број необјављених судских пресуда донетих у проишеклих десет година у којима су окривљени били спортистички. У другом делу рада, аутор указује на изазов са којим се сусрећу субјекти примене норми приликом разграничења између кривичног дела насилничкој понашање на спортиској приредби и прекршаја предвиђених Законом о спречавању насиља и недоличној понашања на спортиским приредбама. Аутор указује да је разграничење важно посебно уколико се као извршиоци дела појављују професионални спортисти, спортиски стручњаци и стручњаци у области спорта, а у смислу могућих радноправних последица уколико је извршено кривично дело а не прекршај. Аутор у трећем делу рада анализира став члана Кривичног законика у коме се инкриминише насилничкој понашање на спортиским приредбама или другим јавним скуповима, а којим се судови обавезују да учиниоцима овог дела на спортиским приредбама изрекну меру безбедности

забране присусијвовања спортијским приредбама. У овом делу, анализирају се ишијања ојравданости обавезној изрицања мере као и основаност решења да се мера изриче свим лицима. Аутор закључује да извршиоци кривичној дела насилничко понашање на спортијским приредбама или грујим јавним скујовима моју бијти спортијисти, да законодавац треба да учини најор у прецизирању појединих појмова из законској ојиса дела појуи појма спортијске приредбе, односно у разјраничењу радњи извршења кривичној дела од прекршаја који моју бијти извршени насилничким понашањем на спортијској приредби као и да је појребно учинијти изрицање мере безбедности забране присусијвовања спортијским приредбама факултијивним у поледу свих лица.

Кључне речи: кривично дело, насилничко понашање, спортиј, спортијске приредбе, *lex sportiva*.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Насилничко понашање на спортским приредбама један је од облика насилничког понашања које се у домаћем кривичном законодавству посебно инкриминише. Првобитно, то је учињено у споредном законодавству, док је након измена Кривичног законика Републике Србије у 2009. години ово дело сврстано у групу кривичних дела против јавног реда и мира. Иако је реч о новијем делу у домаћем законодавству, на међународном нивоу, проблем насилничког понашања препознат је крајем прошлог века, након трагичне утакмице одржане између Јувентуса (*Juventus F.C.*) и Ливерпула (*Liverpool Football Club*), на стадиону Хејсел (*Heysel Stadium, caga. Koning Boudewijn Stadion*). Последице сукоба навијача ова два тима су биле 39 мртвих и 670 повређених лица.¹ Након ове утакмице, Савет Европе, покренуо је иницијативу за усвајање резолуције која би допринела хармонизацији прописа који се односе на заштиту опште сигурности и безбедности посетилаца и учесника спортских приредби. Прва таква конвенција била је Европска конвенција о насиљу и недолжном понашању гледалаца на спортским приредбама посебно на фудбалским утакмицама која је донета 1985. године (*European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches*).² Друга конвенција са сличним циљем донета је 2016. године, под називом Европска конвенција о интегрисаном приступу безбедности, сигурности и услугама на фудбалским утакмицама

¹ Rob Steen, „Interwoven tragedies: Hillsborough, Heysel and daniel“, *Sport in Society* No. 2, Vol. 19, 2016, 260.

² Закон о ратификацији Европске конвенције о насиљу и недолжном понашању гледалаца на спортским приредбама посебно на фудбалским утакмицама, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 9/90.

и спортским приредбама (*Europe Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events*).³ Како при инкриминисању спорног дела од стране законодавца, тако и у наведене две конвенције, превасходно је истакнут проблем понашања гледалаца. О насилничком понашању спортиста, спортских стручњака и стручњака у области спорта, у овим прописима није било посебно речи.

Опредељење домаћег законодавца да наведено дело превасходно инкриминише ради сузбијања недозвољеног понашања навијача на спортским приредбама може се сматрати логичким следом догађаја, након неколицине спортских догађаја како у земљи тако и у иностранству у коме су навијачи били извршиоци неког облика насилничког понашања. Домаћи аутори у мноштву истраживања анализирали су питања која се односе на кривичну одговорност због насилничког понашања на спортским приредбама, чиме је дат научни допринос актуелизацији овог друштвеног проблема.⁴ У појединим радовима, анализирана је посебно могућност да спортисти буду извршиоци кривичних дела на спортским приредбама. Међутим, у овим радовима аутори се нису у већој мери бавили питањем кривичног дела које је предмет нашег истраживања, већ су анализирали кривичноправни аспект

³ Вид. Ненад Ђурђевић, „Конвенција о интегрисаном приступу безбедности, сигурности и услугама на фудбалским утакмицама и спортским приредбама“, *XXI век-век услуга и услужној њрава*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, књига 9, 2019, 143-164; Вождар Оташевић, Војан Јанковић, „Uloga Saveta Evrope u suzbijanju nasilja na sportskim priredbama“, *Međunarodni odnosi i pravda-Zbornik radova 36. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava-Slobodan Perović*, Кopaоничка школа природног права Slobodan Perović, Beograd, 2023, 387-401.

⁴ Вид. Aleksandar Stevanović, „Huliganizam, vandalizam i nasilničko ponašanje“, *Crimen-časopis za krivične nauke* 2/2017, 172-188; Nenađ Đurđević, „Krivična odgovornost za nasilje i nedolično ponašanje na sportskim priredbama u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2010, 285-308; Вељко Турањанин, Вишња Милекић, „Основни облик кривичног дела насилничког понашања на спортској приредби или другом јавном скупу кроз судску праксу“, *Гласник Права* 3/2013, 54-70; Саша Мијалковић, Бранислав Симоновић, Бојан Јанковић, Божидар Оташевић, Вељко Турањанин, *Млади и хулиганизам на сјорпјским њприредбама*, Beograd, 2013; Вождар Бановић, Вељко Туранјанин, „Nasilje na sportskim priredbama: analiza stavova studenata“, *Kultura polisa* 2/2022, 244-276; Darko Dimovski, Ivan Ilić, „Nasilje u sportu u Republici Srbiji-primer područja Višeg suda u Nišu“, *Nauka, bezbednost, policija* 1/2015, 119-133; Божидар Оташевић, *Насилје на сјорпјским њприредбама кривично-њравни, криминалошки и криминалистички аспекти-докјорска дисертација*, Крагујевац, 2014; Dejan Šuput, „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2011, 69-85; Dragan Kalaba, „Krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi-zakonodavstvo, sudska praksa, dileme“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 4/2011, 250-258; Вељко Делибашић, Sanja Mandarić, „Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Kultura polisa*, 1/2015, 79-92; Mladen Milošević, Bojana Savović, Milena Božović, „Krivičnopravna zaštita od nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama“, *Srpski fudbal-uporednopravni izazovi i perspektive*, 2022, Beograd, 57-69.

повреда у спорту⁵ односно услове за искључење противправности у тим ситуацијама.⁶ Ипак, и поред великог броја радова, учача се да поједина питања као примера ради могућност кривичне одговорности обавезних учесника спортских приредби за кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу, нису у довољној мери разјашњена као и да могу изазвати дилеме код субјеката који примењују норме. Предмет овог истраживања јесте кривично дело насилничко понашање на спортским приредбама, чије појавне облике анализирамо приказујући ставове судске праксе у поступцима у којима су окривљени били спортисти. Значај овог истраживања видимо у могућности отклањања дилема са којима се судска пракса и правна доктрина суочила у тумачењу норми које се односе на ово дело. У домаћој судској пракси, у свакој од протеклих десет година, судови су доносили осуђујуће пресуде за кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу. У 2023. години, донете су 44 такве пресуде.⁷ Наведени статистички подаци указују да се посматрано дело појављује у пракси као и да изискује практичну примену норми кривичног законодавства. Применом метода анализирања правноснажних судских пресуда, можемо уочити конкретне недоумице које су ове норме изазвале. Опредељење да појавне облике дела, анализирамо приказујући ставове судске праксе у предметима у којима су окривљени били спортисти произашла је из актуелности теме коју су проузроковале нежељене сцене насилничког понашања спортиста у врхунском спорту. У протекле две деценије, у професионалном спорту у више наврата такве радње дешавале су се на кошаркашким и фудбалским утакмицама. Подсећања ради, током кошаркашких утакмица између Реал Мадрида (шпа. *Real Madrid de Baloncesto*) и Партизана, кошаркашког клуба Хемофарма и Партизана у два наврата (у спортским сезонама 2005/2006 и 2009/2010), кошаркашких клубова Црвена Звезда и Партизан у више наврата, долазило је до физичких напада и обрачуна између спортиста. Овакви поступци за последицу имају нарушавање позитивних вредности спорта, могуће отказивање спортских приредби, проузроковање телесних повреда другим спортистима и тешко надокнадиву штету навијачима и организаторима спортских приредби...

Циљ овог рада јесте прегледни приказ кривично-правних последица које произилазе из недозвољеног насилничког понашања на спортској приредби, тумачење правних норми које у овим ситуацијама треба применити

⁵ Veljko Delibašić, Sanja Mandarić, „Criminal aspect of injuries in sport“, *Fizička kultura* 1/2016, 105-114.

⁶ Ђ. Марјановић, „Извршење кривичних дела од стране спортисте у току трајања спортске игре“, *Архив за правне и друшћивене науке* 4/2023, 141-161.

⁷ Републички завод за статистику, *Саопшћење- Пунолећни учиниоци кривичних дела у Републици Србији 2023*, Београд, 2024, 11.

и отклањање свих уочених дилема које су до сада те норме изазвале у доктрини и судској пракси. Поред тога, уочавањем недостатака у законским решењима, указаћемо законодавцу на потребу измена појединих важећих решења. Напослетку, понудићемо *de lege ferenda* предлоге који би допринели већем степену заштите оних добара који су предмет заштите кривичног дела које анализирамо, као и спорта као друштвеног чиниоца који не ужива посебну кривичноправну заштиту, али који у друштвеном животу доприноси остваривањих различитих индивидуалних и друштвених функција. Како би остварили циљеве истраживања користићемо: догматски, нормативни, упоредноправни као и метод анализирања правноснажних судских пресуда.

2. ОПШТА ОБЕЛЕЖЈА КРИВИЧНОГ ДЕЛА НАСИЛНИЧКО ПОНАШАЊЕ НА СПОРТСКОЈ ПРИРЕДБИ ИЛИ ДРУГОМ ЈАВНОМ СКУПУ

Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу извршава лице које 1) физички нападне или се физички обрачунава са учесницима спортске приредбе или јавног скупа; 2) врши насиље или оштећује имовину веће вредности приликом доласка или одласка са спортске приредбе или јавног скупа; 3) унесе у спортски објекат или баца на спортски терен, међу гледаоце и учеснике јавног скупа предмете, пиротехничка средства или друге експлозивне, запаљиве или штетне супстанце које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа; 4) неовлашћено уђе на спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазове насиље; 5) оштећује спортски објекат, његову опрему, уређаје и инсталације; 6) својим понашањем или паролама на спортској приредби или јавном скупу изазива националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост засновану на неком дискриминаторном основу услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесником.⁸ Кривично дело има три квалификаторна облика. Квалификаторне околности представљају чињенице да је кривично дело извршено од стране групе,⁹ да је дело извршио коловођа групе,¹⁰ или да је при извршењу основног облика овог дела нанета тешка телесна повреда или је оштећена имовина веће вредности.¹¹ Посебан облик

⁸ Čl. 344a, st. 1, Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

⁹ Čl. 344a, st. 2, *Ibidem*.

¹⁰ Čl. 344a, st. 3, *Ibidem*.

¹¹ Čl. 344a, st. 4, *Ibidem*.

овог кривичног дела постоји када службено или одговорно лице које при организовању спортске приредбе или јавног скупа не предузме мере обезбеђења како би се онемогућио или спречио неред, па услед тога буду угрожени живот или тело већег броја људи или имовина веће вредности.¹² Посматрано кривично дело има више алтернативно предвиђених облика извршења дела. У овом делу рада, указаћемо на она општа обележја дела која су у пракси и доктрини изазвала одређене дилеме, првенствено на питање места извршења дела и субјеката који могу бити извршиоци истог.

Заштитни објект овог дела је сигурност и безбедност свих учесника спортске приредбе.¹³ Ипак, поред спортских приредби ово дело може бити извршено и на другом јавном скупу. У кривичноправној доктрини постоје различита мишљења у погледу тога што се ово дело може извршити и на јавном скупу. Једно од таквих мишљења које није у складу са важећим решењем јесте да не треба да долази до мешања објеката заштите и да ово дело треба да се односи само на заштиту спорта.¹⁴ Други аутори имају став према коме је важеће решење оправдано с обзиром да се овим кривичним делом не штити спорт већ јавни ред и мир.¹⁵ Мишљења смо да је потребно инкриминисати сваки облик насилничког понашања на друштвено значајним скуповима и догађајима. Поред спортских приредби интерес заштите јавног реда и мира постоји и на различитим културним манифестацијама попут фестивала или концерата као и другим врстама јавних окупљања. У судској пракси, примера ради, биће овог кривичног дела остварено је на политичком скупу, односно према лицу које долази на политички скуп.¹⁶

Практични значај утврђивања места извршења дела постоји у смислу обавезе суда да изрекне меру безбедности забране присуствовања одређеним спортским приредбама учиниоцима насилничког понашања на спортској приредби. У неким ситуацијама у пракси је тешко утврдити правну природу скупа на коме је извршено ово дело. У актуелној судској пракси, неки од догађаја који су могли изазвати овакву дилему били су меморијални или културно-спортски турнири у малом фудбалу.¹⁷

Ради правилне примене материјално-правних одредаба судови морају утврдити да ли се ради о спортској приредби или другом јавном скупу. Законодавац је пропустио могућност да Кривичним закоником, дефинише ове појмове, па је у том смислу посматрана инкриминација делимично бланкетна, што подразумева да субјекти примене норме, тумечење израза употребљених

¹² Чл. 344а, ст. 5, *Ibidem*.

¹³ Наташа Делић, *Кривично право-пољубни гео*, Београд 2023, 408;

¹⁴ В. Турањанин, В. Милекић, 59.

¹⁵ V. Delibašić, S. Mandarić (2015), 82.

¹⁶ Пресуда, Виши суд у Крушевцу, бр. К. 8/21, пресуда од: 16.06.2021. године.

¹⁷ Пресуда, Виши суд у Краљеву, бр. К. 3/19, пресуда од: 08.05.2019. године.

у Кривичном законуку треба да чине уз употребу других прописа. У доктрини¹⁸ и Закону о спорту,¹⁹ спортска приредба дефинише се као одређени, плански припремљен и спроведен, временски ограничен спортски догађај, за који постоји јавни интерес и на којем учествује више спортиста. Основа разграничења између спортске приредбе и других општих спортских активности који се не сматрају спортским приредбама је у интезитету организационих активности које се спроводе и постојању јавног интереса који су конституивни елементи појма спортске приредбе.²⁰ У којој мери се организационе активности више спроводе код спортских приредби него код спортских активности није прецизирано законском одредбом. Други елемент разликовања између спортских активности и спортске приредбе јесте постојање јавног интереса. Овај елемент подразумева присуство већег броја гледалаца на спортској приредби или могућност да догађај привуче такав број лица.²¹ Наведени елементи разликовања по нашем мишљењу остављају исувише простора слободној оцени судова. Наведено не треба да чуди, с обзиром да је у примени прописа који дефинишу ове појмове, првенствено Закона о спорту, потреба за прецизнијим нормама мања него што је то случај у кривичном законодавству.

Мишљења смо да би судови у образложењу пресуда и надлежна тужилаштва у садржини оптужних аката требало да укажу на околности због којих се заузима став према коме су испуњени услови да се један догађај може подвести под појам спортске приредбе. У доказном поступку, требало би разјаснити све околности од којих зависи да ли се један догађај може сматрати спортском приредбом, као што су: ко је организатор приредбе, које су припремне мере спроведене, које су мере за осигурање безбедности учесника спортске приредбе спроведене. И поред свега што се у једном поступку може утврдити, сматрамо да услови који треба да буду испуњени да би се одређени догађај квалификовао као спортска приредба нису у складу са начелом законитости (*nullum crimen nulla poena sine lege*) и његовим сегментом који изискује да норме кривичног законодавства у довољној мери буду одређене (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). У појединим пресудама, судска пракса определила се да место извршења дела (да ли је реч о спортској приредби или не), квалификује у односу на начин на који је то

¹⁸ Ненад Ђурђевић, *Коментар Закона о спорту*, Крагујевац 1997, 8.

¹⁹ Чл. 3. ст.1. таč. 21., *Zakona o sportu Republike Srbije*, *Službeni glasnik Republike Srbije*, 10/2016.

²⁰ У доктрини је чини се исправно, одбачена идеја да су мотиви бављења спортском активношћу један од основа за разграничење између спортских активности и спортских приредби. Разлог томе јесте уочавање да се код општих спортских активности може тежити победи и постизању што бољих резултата исто као што се одржавају спортске приредбе код којих резултат није у првом плану. Вид: Nenađ Đurđević, *Imovisnka odgovornost organizatora sportskih priredbi i sportskih organizacija-doktorska disertacija*, Крагујевац 1991, 24.

²¹ Oliver Arter, „Der Zuschauer im sport”, *Sport und Recht* 2/2005, 36.

учинио надлежно тужилаштво, без да у неким случајевима изврши потребну анализу исправности овог става.

Неке од радњи извршења посматраног кривичног дела могу бити извршене приликом доласка или одласка са спортске приредбе или јавног скупа. У том смислу, место извршења неће бити само спортски објекат у коме се одржава такмичење или манифестација. Оно што у овим ситуацијама може представљати проблем јесте начин на који ће судови утврдити да је дело извршено при доласку или одласку са спортске приредбе. Ово питање неће представљати проблем када је насиље извршено непосредно испред спортског објекта у коме се одржава приредба. Примери таквих места јесу простор испред самог уласка на део трибине објекта²² или улица у којој се стадион налази.²³ Ипак, при ситуацији када навијачи изврше насиље у другом делу града или другом граду у односу на спортски објекат у коме се одржава спортска приредба, поставља се питање како ће бити утврђено да је дело извршено при доласку или одласку на спортску приредбу. Примера ради, у поступку вођеном због посматраног дела, суд је донео осуђујућу пресуду због насиља које је извршено на Железничкој станици у Новом Саду, док се спортска приредба одржавала у Београду.²⁴

Судови би могли да утврде да је ово дело учињено у доласку или одласку са приредбе уколико би код учиниоца затекли купљене карте за утакмицу, одећу са обележјима клуба, неки од навијачких реквизита, или уколико би били у присуству других навијача односно навијачких група.²⁵ Међутим, мишљења смо да законодавац употребљеном језичком формулацијом,²⁶ оставља могућност да се под овај облик дела подведу и оне радње које нису у вези са спортском приредбом или јавним скупом, па чак ни да време извршења не мора бити исти дан када се одржава спортска приредба. Познато је да у неким ситуацијама, при којима је удаљеност између града и спортског објекта, велика, навијачи долазе на спортске приредбе и неколико дана раније или се задржавају у том граду дужи временски период. Сматрамо потребним да вршење насиља приликом доласка или одласка на спортску приредбу буде у вези са самом спортском приредбом, с обзиром да би у супротном имало више оправдања да се такво вршење насиља подведе под биће неког другог дела као што је кривично дело насилничко понашање, као

²² Пресуда, Виши суд у Новом Пазару, бр. К. 27/15, од: 09.10.2015. године.

²³ Пресуда, Виши суд у Новом Саду, бр. К. 149/15, од: 12.10.2018. године.

²⁴ Пресуда, Виши суд у Новом Саду, К. 36/18, од: 22.02.2018. године.

²⁵ Слично. Б. Оташевић (2014), 231.

²⁶ „врши насиље или оштетењу је имовину веће вредности приликом доласка или одласка са спортиске приредбе или јавног скупа”, *Буг*: *Сл. 344а*, ст. 1, *Кривични законик Републике Србије*, *Службени гласник Републике Србије*, 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

и да субјекти примене треба да сагледају који да ли се извршењем дела угрожава или повређује заштитни објект овог дела.

У кривичноправној доктрини спорно је питање да ли спортисти као субјекти који су обавезни учесници спортске приредбе могу бити извршиоци овог кривичног дела. Део доктрине који сматра да то није случај као аргументе у прилог овом ставу износи: да је понашање спортиста регулисано правилима који важе у одређеној области у спорту те да су прописане и дисциплинске казне за кршење ових прописа,²⁷ да је сврха инкриминације кажњавање навијача а да за спортисте постоје одговарајуће одредбе у Закону о спорту и дисциплинским правилницима,²⁸ могући проблеми који би се могли појавити у случају изрицања и примене мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама.²⁹ Други аутори мишљења су да ово дело може извршити свако лице, што произилази из законом употребљене језичке формулације „ко“.³⁰

Сагледавајући упоредноправне ставове судске праксе, примећујемо да су у неколицини држава, судови највише инстанце већ заузели став да спортисти могу бити извршиоци неког од кривичних дела на спортској приредби на којој учествују као обавезни учесници. Примера ради, Врховни суд Чешке Републике у предмету вођеном због поступка фудбалског играча који је за време трајања спортске приредбе другом играчу нанео телесну повреду заузео је став да и поред постојање посебних спортских прописа друштвени интерес може оправдати изрицање кривичних санкција спортистима који изврше акт насиља.³¹ Врховни суд Републике Литваније заузео је став да вођење дисциплинског поступка органа спортских савеза не представља сметњу за вођење поступка судова редовне надлежности у случајевима када су спортисти извршили неки од аката насиља на спортској приредби.³² Слични ставови судске праксе приметни су и у другим државама попут Републике Пољске,³³ што указује да је у иностраној судској пракси у

²⁷ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика-12. гођуњено издање, према стању Кривичног законика од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 15. маја 2022. године*, Београд 2022, 1065.

²⁸ Saša Marković, „Suzbijanje i sprečavanje nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Zbornik radova sa Naučnog skupa „Mreža“ 2018*, Београд, 2018, 18.

²⁹ Ivan Đokić, „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama kao krivična i prekršajna sankcija“, *Kaznena reakcija u Srbiji, XII deo*, Београд 2022, 255.

³⁰ Нп. Д. Шупут, 71.

³¹ Michal Kralik, „Criminal liability of sports participants for sportsrelated injuries in the Czech Republic“, *Sports Law and Governance Journal* 1/2015, 3-6.

³² Leva Norvidaite, Patricija Biečiūtė, Vilius Lapis, „Injuries and violence in sports: What happens on the court stays on the court“, *Teises Mokslo Pavasaris*, 1/2023, 79-98.

³³ Tomasz Waldzinski, Cezary Waldzinski, Aleksandra Durzynska, Ewa Waldzinska, Malgorzata Knas, „Criminal liability for injuries of competitors arising in the course of sports competition in Polish criminal law“, *Baltic Journal of Health and Physical Activity* 6/2020, 17.

неким од држава одбачена идеја потпуне аутономије спортских прописа³⁴ у погледу посматраног питања.³⁵

У домаћој судској пракси, слично као и у домаћој доктрини, приметни су различити ставови у погледу овог питања. Томе је допринела и једна пресуда донета у првим годинама након што је дело инкриминисано примарним кривичним законодавством. Апелациони суд у Београду 2011. године у тој пресуди заузео је став да лица која имају статус обавезног учесника спортске приредбе не могу бити извршиоци овог кривичног дела. До наведеног закључка, овај суд је дошао тумачењем инкриминације и Европске конвенције о насиљу и недоличном понашању гледалаца на спортским приредбама посебно на фудбалским утакмицама као инструмента искључиво намењеног сузбијању насилничког понашања гледалаца.³⁶ Наведена пресуда често се користи као аргумент за подношење жалбе или другог правног средства након доношења осуђујуће пресуде за ово дело према спортистима. Такође, у доктринарним радовима аутора који су мишљења да ово дело не могу извршити спортисти, поред других аргумената, наводи се и поменута пресуда. Врховни суд Републике Србији, у новијим пресудама, заузима другачији став па се тако у једној од њих наводи да свако лице може бити извршилац овог дела.³⁷ Овакав став неспорно се прихвата и од стране новије праксе свих домаћих апелационих судова.³⁸ Ови судови до оваквог закључка долазе језичким тумачењем Кривичног законика као и чињенице да је законодавац приликом доношења Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама заузео став да свако лице може бити извршилац насилничког понашања на спортским приредбама. Судови нижих инстанци у мноштву пресуда у протеклим годинама донеле су осуђујуће пресуде према лицима која су на спортској приредби наступили као спортисти, док су такве пресуде доношене и према спортским стручњацима односно стручњацима у области спорта.

Мишљења смо да је став дела судске праксе и оног дела доктрине која сматра да свако лице може бити извршилац овог дела исправан. Превасходно, из садржине законског описа дела не може се извести закључак да је законодавац за циљ имао да од кривичне одговорности за насилничко понашање на спортској приредби изузме било које лице. Законодавац није

³⁴ Председник Међународног олимпијског комитета (*International Olympic Committee*), Томас Бах (*Thomas Bach*), у говорима одржаним након избора за председника, употребљава израз, одговорна аутономија (*engl. responsible autonomy through good governance*).

³⁵ Bronislava Coufalová, Jan Pinkava, „Some Aspects of Criminal Liability for Sports Injuries”, *International and Comparative Law Review*, 2/2014, 69.

³⁶ Пресуда, Апелациони суд у Београду, бр. Кж1. 3316/11, од: 15.09.2011. године.

³⁷ Пресуда, Врховни суд Србије, бр. Кзз. 644/20, од: 08.09.2020. године.

³⁸ Нпр. Пресуда, Апелациони суд у Крагујевцу, Кж1-236/23, од: 19.05.2023. године; Пресуда, Апелациони суд у Новом Саду, Кж1-384/20, од: 21.05.2020. године; Пресуда, Апелациони суд у Нишу, Кж1-123/23, од: 09.02.2023. године.

употребио могућност да за ово дело предвиди лични основ искључења кажњивости. Поред тога, могуће су ситуације када ће елементи бића дела бити остварени, али неће постојати кривично дело због постојања неког од основа искључења противправности или кривице. Доношење *a priori* закључка да при било којој ситуацији спортиста не може бити извршилац овог дела чини нам се неприхватљивим.

Аргумент којем желимо посветити више пажње јесте да су понашања активних учесника у спорту регулисана посебним спортским правилима,³⁹ те да је у случају кршења истих могуће изрицање дисциплинских санкције. Закон о спорту Републике Србије упућује на непосредну примену спортских правила⁴⁰ и спортских правила надлежног међународног спортског савеза уколико та правила нису у супротности са овим законом.⁴¹ Не само да кривични закон у области спорта упућује на примену спортских правила, већ је гаранција аутономије спорта садржана у могућности спортских организација да доносе, мењају, и надзиру примену прописа који се односе на друштвене, спортске и правне односе учесника у неком спорту.⁴² У том смислу, поставља се питање, односа између норми садржаних у овим прописима и одредби Кривичног законика. Првенствено разлика између њих је у субјекту доносиоцу прописа. Док Кривични законик доноси законодавни орган, спортске прописе доносе надлежни национални и међународни спортски савези. Област регулисања ова два формална извора права је другачија. Док се Кривичним закоником прописују кривична дела и кривичне санкције, спортским прописима се уређује обављање спортских активности и делатности, односно остваривање утврђених спортских циљева. Кривичним закоником прописују се кривичне санкције које су по природи репресивног карактера док је сврха њиховог изрицања у битноме другачије него што је

³⁹ *Спортијска љравила јесу љравила уљврђена ољшљим акљјима надлежних националних спортијских савеза, којима сеуређује обављање спортијских акљјивности и делатности и остваривање уљврђених спортијских циљева* (Ѓл. 3. ст. 1. таљ. 28, Закона о спорту Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 10/2016)

⁴⁰ *Спортијска љравила нељосредно се љрмењују на сва лица која су, нељосредно или љосредно, обухвљена надлежностљма надлежној националној спортијској савеза* (Ѓл. 6. ст. 2, Закона о спорту Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 10/2016)

⁴¹ *Надлежни национални спортијски савези усаљашавају своја спортијска љравила са спортијским љравилима надлежној међународној спортијској савеза, а у случају да нису усаљашена или да надлежни национални спортијски савез није донео ољоварајућа спортијска љравила, нељосредно се љрмењују спортијска љравила надлежној међународној спортијској савеза, осим ако нису у складу са овим законом* (Ѓл. 6. ст. 3, Закона о спорту Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 10/2016)

⁴² Вид. Marko Ivkošić, „Pravni ustroj nogometnih klubova u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2010, 362; Nenad Đurđević, „Autonomija sporta – obaveznost sportskih pravila međunarodnih sportskih saveza na nacionalnom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2018, 291;

то случај са дисциплинским санкцијама спортских савеза. Кривични поступак у коме се изричу кривичне санкције и дисциплински поступак који спроводе надлежни органи спортских савеза, имају различите циљеве, другачији процесни положај учесника, док је могућ и различит исход. Кривична и дисциплинска одговорност се не могу међусобно искључити.⁴³

Колизија између норми кривичног законодавства и спортских прописа постоји када је спортским прописима као спротска активност прописана радња која је Кривичним закоником предвиђена као кривично дело. Примера ради, спортским прописима, и правилима спортске игре бокс: дозвољено је задавати телесни ударац противнику. Таква врста понашања може довести до остваривања елемената бића кривичног дела које анализирамо или неког дела против живота и тела. Фудбал, по својој природи није такав спорт, међутим, одређени вид контакта је дозвољен, док је у неким ситуацијама он недозвољен али се може подвести под уобичајени спортски ризик. Пример такве радње јесте: уклизавање и ударање прво лопте а након тога и ноге другог фудбалера, уз проузроковање последица у виду телесне повреде.⁴⁴ У оваквим ситуацијама постојање кривичног дела може бити искључено на нивоу противправности. Спортиста, добровољним пристанком да учествује у спортској приредби преузима на себе ризик могућих штетних последица, док из угла кривичног права не постоји потреба за изрицањем санкција због недостатка друштвене штетности оваквих радњи. Законодавац је због позитивних вредности спорта, његовог доприноса остваривању различитих друштвених функција, препустио спортским организацијама да уреде правила игре. У том смислу, док су таква правила дефинисана од стране надлежних и признатих савеза, поступање у складу са њима и могућим одступањима која се односе на ризик се и у смислу кривичног права требају сматрати дозвољеним. На субјектима примене одредаба кривичног законодавства је

⁴³ Ljubinka Kovačević, „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije”, *Teorija in praksa, pravo in življenje: liber amicorum Etelka Korpič-Horvat, Pravna fakulteta Univerza v Mariboru* (ur. Darja Senčurak Peček), Maribor, 2018, 133.

⁴⁴ Пример наведен према чињеничном стању из правноснажне Пресуде Основног суда у Новом Саду, бр. П. 4338/2016, од: 11.12.2017. године: Тужбени захтев одређен је у захтеву за накнаду нематеријалне штете на име накнаде за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, за физичке болове, за претрпљени страх, за душевне болове, због повреде права на психички и физички интегритет. Фудбалски играч је за време одигравања спортске утакмице, у 75. минути, уклизао на лопту и у наставку клизећег старта ударио десну, стајаћу ногу тужиоца, и тешко га повредио. Суд је утврдио да је намера туженог спортисте била лопта, а не да да грубо повреди другог спортисту. Суд је одбио захтев за накнаду штете, с обзиром да до телесне повреде није дошло нити због намере проузроковања повреде нити grubим кршењем правила спортске игре. Суд оцењује да правила спортске игре имају одлучујући утицај на одређивање граница дозвољеног и недозвољеног понашања спортиста.

задатак да исправно разумеју спортске прописе и правила спортске игре у чему могу имати помоћ различитих лица. У смислу свега претходно наведеног закључујемо да спортисти могу бити извршиоци свих дела за време одржавања спортске приредбе, па тако и оног које посматрамо, али и да ће у неким ситуацијама при остваривању елемената бића кривичног дела његова противправност бити искључена.

2.1 Појавни облици насилничког понашња на спортским приредбама и разграничење са другим кривичним делима

У посматраној домаћој судској пракси спортисти од свих прописаних облика дела најчешће извршавају радњу физичког напада или физичког обрачувања са другим учесницима спортске приредбе. Оштећена лица у овим пресудама су: други спортисти, тренери, судије или навијачи. Судови су доносили осуђујућу пресуду за физички напад спортисте који се састоји у: ударању помоћног (линијског) судије чеоним делом главе у пределу левог ока, услед незадовољства проузрокованог судијском одлуком,⁴⁵ задавању ударца главом у пределу носа противничком спортисти ван контекста спортске игре,⁴⁶ ударање песницом у пределу главе противничког спортисте који у том тренутку није био у поседу лопте.⁴⁷ Ово кривично дело поред физичког напада може бити остварено и физичким обрачуном са учесницима спортске приредбе. Иако оба облика карактерише да се ради о делатносним облицима дела, између њих постоји садржинска разлика. Физички напад подразумева агресивно деловање усмерено на тело пасивног субјекта, а физички обрачун тучу између више лица. Како овај облик извршења кривичног дела подразумева учешће више лица у функцији напада и одбране, на судској пракси је задатак да разграничи оне ситуације код којих би евентуално нека од радњи напада био саставни део спортске игре или уобичајеног спортског ризик (примера ради недозвољени клизећи старт). Лице које неопрезно стартује не може се само због недозвољеног потеза сматрати учесником обрачуна. У мноштву ситуација како у домаћој тако и у иностраној судској пракси до насиља је управо дошло након неког оваквог потеза у току трајања игре. И у домаћој судској пракси уочавамо пресуде које су према спортистима донете управо због учествовања у физичком обрачуна. У једној од таквих пресуда, до спорне ситуације је дошло након неопрезног старта једног фудбалера, након чега је окривљено лице физички насрнуло на оштећеног и песницом га ударило у потиљачни део главе.⁴⁸

⁴⁵ Пресуда, Виши суд у Врању, бр. К. бр. 76/15, од: 22.02.2016. године.

⁴⁶ Пресуда, Виши суд у Неготину, бр. К. 24/2016, од: 20.12.2016. године.

⁴⁷ Пресуда, Апелациони суд у Крагујевцу, бр. Кж1. 236/23, од: 19.05.2023. године.

⁴⁸ Пресуда, Виши суд у Прокупљу, бр. К. 37/18, од: 07.03.2019. године.

Заједничка карактеристика оба претходно наведена облика дела јесте што се извршавају самом радњом односно не захтевају наступање било каквих последица. Ово је и једна од разлика између кривичног дела насилничко понашања на спортским приредбама и кривичног дела насилничко понашање. Оба кривична дела сврстана су у групу кривичних дела против јавног реда и мира, с тим што је кривично дело које је предмет наше анализе по питању места извршења конкретизовано. Разлика је у томе што кривично дело насилничко понашање у сваком облику извршења има последицу која се састоји у угрожавању спокојства грађана или тежем ремећењу јавног реда и мира, док првоанализирани облици кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу не захтевају наступање последице..

Једна од могућих последица физичког напада на другог спортисту током трајања спортске приредбе може бити остваривање елемената кривичног дела тешка телесна повреда. У погледу ових ситуација, поставља се питање, да ли ће се радити о идеалном или привидном идеалном стицају. Могући одговори на ово питање јесу да ће постојати само тешка телесна повреда, само насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу, као и да ће постојати идеални стицај оба дела. Додатни разлог за могуће колебање судске праксе, јесте да је као квалификаторни облик кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби прописана ситуација када из нереда произађе тешка телесна повреда. У судској пракси срећу се пресуде у којима је суд заузимао сваки од могућа три одговора. У једном од поступка, надлежно тужилаштво подигло је одговарајући оптужни акт да је кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу учињено у стицају са кривичним делом тешке телесне повреде. Првостепени суд је донео осуђујућу пресуду само за кривично дело тешка телесна повреда а с обзиром да у чињеничном опису оптужног акта није навео ниједну другу алтернативну радњу дела насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу, сем радње физичког напада.⁴⁹ Надлежни другостепени суд укинуо је наведену пресуду, и указао да је код ова два кривична дела различити заштитни објект па у ситуацији када је радњом физичког напада дошло до телесног повређивања другог учесника спортске приредбе, остварена су бића два кривична дела у идеалном стицају.⁵⁰ Мишљења смо да је опредељење другостепеног суда исправно, да се у два дела ради о заштити различитих заштитних објеката, да једно дело не представља посебан облик другог, да законодавац није предвидео тешку телесну повреду као квалификаторну околност у сваком

⁴⁹ Пресуда, Виши суд у Нишу, бр. К. 79/20, од: 24.05.2022. године.

⁵⁰ Пресуда, Апелациони суд у Нишу, бр. Кж1. 722/22, од: 06.10.2022. године.

случају, већ само уколико је произашла из нереда. Оно о чему би требало размислити, јесте да као посебна квалификаторна околност овог дела буде предвиђена тешка телесна повреда без садашњег додатног услова да је до ње дошло у нередима.

Једна од могућих радњи насилничког понашања на спортској приредби или другом јавном скупу јесте вршење насиља. У доктрини се истиче да вршење насиља код овог дела треба схватити на исти начин као и код других дела.⁵¹ Оно што изазива проблем јесте да не постоји јединствено схватање које у теорији објашњава шта се све подводи под ову радњу. Истиче се да под вршењем насиља треба сматрати употребу физичке снаге којом се повређује телесни интегритет другог лица, одузимање слободе кретања или слободе да се несметано одлучује о својим поступцима.⁵² Други аутори сматрају да акт насиља представља противправну употребу силе или претње према другоме, односно према стварима.⁵³ Ни ово мишљење није у потпуности прихваћено с обзиром да аутори исправно уочавају да је разлика између силе и насиља у томе што је сила средство које је увек управљено на постизање неког циља, док насиље не мора бити управљено на неки циљ, већ може бити и само себи циљ.⁵⁴ Мишљења смо да разграничење између физичког напада и вршења насиља као два облика дела које посматрамо треба чинити у погледу интезитета напада на тело оштећеног лица. Тај интезитет свакако је већи код физичког напада. Спортисти су у домаћој судској пракси били извршиоци и овог појавног облика дела. У једној од таквих пресуда, фудбалер је проглашен кривим јер је истргао пиштаљку из уста судије спортског такмичења, и руком га је мало закачио по устима али без задобијања телесне повреде.⁵⁵ И из садржине наведене пресуде може се приметити, да је интезитет телесног повређивања мањи него што је то случај код физичког напада.

Као један од облика извршења посматраног дела које у пракси спортисти ретко извршавају издвајамо радњу неовлашћеног уласка у спортски терен или део гледалишта намењен противничким навијачима и изазивање насиља. У једној од пресуда за ово дело, фудбалер је осуђен због тога што је неовлашћено ушао на спортски терен, након што је ислучен из игре добијањем црвеног картона, а након што је незадовољан још једном судијском одлуком, ушао у терен, задао ударац судији отвореном шаком у пределу

⁵¹ Н. Делић, 409.

⁵² Н. Делић, 405.

⁵³ Jasmina Igrački, „Delikti nasilja i društvena reakcija”, *Prestup i kazna: de lege lata et de lege ferenda*, Београд, 2014, 353.

⁵⁴ Зоран Стојановић, “Кривичноправни појам насиља”. *Зборник радова Насиље у Србији, том I*. 2014. стр. 4.

⁵⁵ Пресуда, Виши суд у Смедереву, К65/22, од: 13.12.2022. године.

врата. Како би постојао овај облик дела, потребно је утврдити: да је лице неовлашћено ушло у спортски терен или део гледалишта а након чега је такав улазак изазвао насиље. Делује нам да ће се надлежна тужилаштва радије опредељивати да насилничко понашање квалификују као физички напад или вршење насиља, с обзиром на мање околности које морају утврдити у самом поступку, које су по својој природи и лакше доказиве него што је узрочно-последична веза код овог облика дела.

Извршиоци појединих облика дела које је предмет наше анализе нису у нама доступној пракси били спортисти. Пример таквог облика дела јесте уношење у спортски објекат или бацање на спортски терен, међу гледаоце и учеснике јавног скупа предмете, пиротехничких средстава или других експлозивних, запаљивих или шкодљивих супстанци које могу да изазову телесне повреде или угрозе здравље учесника спортске приредбе или јавног скупа. Као спорно питање се може поставити оно које се односи на могућу кривичну одговорност због проузрокованих телесних повреда навијачима од стране спортисте који је бацио међу навијаче опасан спортски реквизит или који је примера ради у спортовима који подразумевају управљање моторним возилом, изгубио контролу и ушао међу гледаоце. Могући пример такве радње из иностране судске праксе јесте ситуација када тенисер снажно рекетом удари по лоптици која се након ударца одбије и телесно повредио посматрача-навијача.⁵⁶ Ипак, како ово питање захтева посебну анализу, закључке у погледу оваквих ситуација донећемо у наредним истраживањима.

Последње предвиђени облик извршења овог дела постоји када лице својим понашањем или паролама на спортској приредби или јавном скупу изазива националну, расну, верску или другу мржњу или нетрпељивост засновану на неком дискриминаторном основу услед чега дође до насиља или физичког обрачуна са учесницима. Сузбијање расизма на спортским приредбама, и сваког другог сличног понашања навијача и спортиста један је и од циљева бројнијих кампања које спроводе међународне спортске организације. У неколико наврата, репрезентативне селекције Републике Србије, у различитим спортовима биле су кажњене збој појаве расизма на приредбама организованим у Републици Србији. Резултати појединих истраживања која су спроведена од домаћих аутора показала су да већи број испитаника сматра да у Србији постоји проблем са расизмом на спортским приредбама.⁵⁷ Ипак, у посматраној судској пракси нисмо уочили пресуде за последње предвиђени алтернативни облик дела. Узрок томе може бити и

⁵⁶ Primer naveden prema: Dragan Kostić, *Грађанскоправна одговорност спортиста и спортских организација*, Београд 1976, 62.

⁵⁷ Bojan Janković, Saša Milojević, „Расизам у фудбалској Србији“, *Култура Полиса*, Vol. 30, 13/2016, 363-373; Božidar Banović, Veljko Turanjanin, „Насилје на спортским приредбама-Анализа ставова студената“, *Култура Полиса* Vol. 19, No.2, 244-276.

рестриктивно постављени облик инкриминације који захтева утврђивање узрочне везе између изазивања националне, расне, верске или друге мржње односно нетрепеливости засноване на дискриминаторном основу и насиља односно физичког обрачуна са учесницима спортске приредбе. У том смислу, потребно је да законодавац размотри евентуалне измене у законском опису кривичног дела које анализирамо, у погледу последње предвиђеног облика, и евентуалног ширења граница кажњивог понашања у погледу сваког ширења националне, расне, верске или друге мржње.

Приметно је да у ситуацијама када се доносе осуђује пресуде због насилничког понашања спортиста да је до извршења радње дела дошло ван било каквог контекста спортске игре, да је насиље у неким ситуацијама предузето према лицима која не учествују као спортисти у игри, да је радња извршена у периоду прекида игре или након што је утакмица завршена. Наведене радње за које су фудбалери осуђени не могу се сматрати ситуацијама које би се могле подвести под уобичајени спортски ризик на који је спортиста пристао својим учешћем у таквој активности. Такође, не могу се сматрати друштвено прихватљивим понашањем. Физички напад, учествовање у обрачуну или вршење насиља извршени изван трајања спортске игре или које је усмерено према субјектима који нису учесници игре свакако нису дозвољени правилима игре било ког спорта нити на њих спортиста пристаје учешћем у игри. У том смислу прихваћени став судске праксе у приказаним пресудама у коме су спортисти осуђени због кривичног дела које је предмет нашег истраживања, у наведеним примерима из судске праксе чини нам се потпуно прихватљивим и неспорним.

3. РАЗГРАНИЧЕЊЕ СА ПРЕКРШАЈИМА ПРЕДВИЂЕНИМ ЗАКОНОМ О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА И НЕДОЛИЧНОГ ПОНАШАЊА НА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА

Законом о спречавању насиља и недолучног понашања на спортским приредбама законодавац је предвидео девет облика насилничког понашања за које у случају да их изврши физичко лице може бити прекршајно одговоран.⁵⁸ Неки од предвиђених облика, прописани су на исти начин као и неке од алтернативних радњи извршења кривичног дела које анализирамо. Примера ради неки од таквих облика јесу: физичко нападање учесника на спортској приредби или учествовање у физичком обрачуну или унешење односно покушај да се унесе у спортски објекат или користи пиротехничка средства

⁵⁸ *Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009 – dr. zakon, 111/2009, 104/2013 – dr. zakon i 87/2018.

и други предмети и средстава којима може да се омета ток спортске приредбе. Правни значај разграничења између две врсте кажњивих дела је у доследном поштовању принципа *ne bis in idem*, у изрицању различитих мера забране присуствовања спортским приредбама које се изричу у другачијем временском распону, различитој природи и правилима два поступка, различитим последицама осуде за кривично и прекршајно дело. Запослени (примера ради, професионални спортиста, спортски стручњак, стручњак у области спорта), може бити удаљен привремено са рада ако је против њега започето кривично гоњење због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом,⁵⁹ док у случају доношења правноснажне осуђујуће пресуде за кривично дело које је извршено на раду или у вези са радом постоји основ за законити отказ уговора о раду.⁶⁰

Сагледавајући поједине пресуде прекршајних судова, и вршећи поређење са посматраним пресудама донетим у кривичним поступцима, чини нам се да је разграничење појединих појавних облика насилничког понашања комплексније у пракси него што би то могло на први поглед изгледати. Како би на тежину тог задатка указали, приказаћемо поједине пресуде донете како у кривичном, тако и у прекршајном поступку које нису селектиране по субјекту извршења дела, као у претходном делу рада.

Правноснажном пресудом у кривичном поступку лице је осуђено за посматрано дело с обзиром да је извршило радњу бацања ПВИЦ столице међу учеснике спортске приредбе.⁶¹ Пресудом Прекршајног суда лице је оглашено одговорним због тога што је за време спортске приредбе поломио неколико пластичних столица, а затим је исте бацао у правцу полицијских службеника који су се налазили на атлетској стази до спортског терена.⁶² Правноснажном пресудом лице је оглашен кривим за кривично дело насилничког понашања на спортским приредбама за радњу уношења у спортски објект пиротехничког средства које може да изазове телесне повреде или угрози здравље учесника спортске приредбе, исто средство је запалио, држао у руци до њеног сагоревања, након чега је исту одбацио на трибини.⁶³ Пресудом Прекршајног суда, лице је оглашено одговорним због тога што је за време одигравања фудбалске утакмице, активирао пиротехничко средство-димну бомбу и исту је

⁵⁹ Чл. 161. ст. 1. таč. 1, *Zakona o radu Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

⁶⁰ Чл. 179. ст. 1. таč. 2, *Zakona o radu Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

⁶¹ Пресуда, Виши суд у Новом Пазару, бр. СПК 19/21, од: 29.10.2021. године.

⁶² Пресуда, Прекршајни суд у Крагујевцу, бр. Пр. М46/22, од: 11.03.2024. године.

⁶³ Пресуда, Виши суд у Суботици, бр. К. 34/22, од: 14.10.2022. године.

бацио на фудбалски терен⁶⁴ или због тога што је за време спортске приредбе два пута у размаку од 15 минута, из одеће извадио пиротехничко средство-петарду, и одбацио у правцу фудбалског терена где је експлодирала.⁶⁵

Као што можемо видети и из наведених пресуда, разграничење између прекршаја и кривичних дела на спортској приредби је веома тешко начинити. Одговорност у том смислу преваходно има законодавац, а након њега и субјекти примене спорних норми. На законодавцу је задатак да изменом спорних норми направи јасније разграничење између две врсте кажњивих дела, док субјекти примене прописа до тада треба да раде на што већем уједначавању праксе, у циљу отклањања правне несигурности. Овакав посао није увек лак, и законодавца чека и у разграничења између кривичних дела и прекршаја и у неким другим ситуацијама. До таквих неопходних измена, потребно је пронаћи начине како би степен правне сигурности био већи. Најпре, разграничење би свакако требало правити по интезитету повреде заштитног добра, што ипак делује да је лакше рећи, него у пракси применити када се ради о посматраним ситуацијама и делима. Разграничење се може чинити и на елементу кривице. Наиме, прекршаји предвиђени Законом о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама, могу бити извршени и нехатно,⁶⁶ док то није случај са кривичним делом насилничког понашања на спортским приредбама или другим јавним скуповима. Што се тиче овог основа разграничења, делује да није од великог практичног значаја, с обзиром да је тешко замисливо да било које дело насилничког понашања на спортској приредби буде учињено из нехата.

4. ОБАВЕЗНО ИЗРИЦАЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ЗАБРАНЕ ПРИСУСТВОВАЊА СПОРТСКИМ ПРИРЕДБАМА

Кривичним закоником Републике Србије, законодавац је у члану закона у коме се инкриминше дело насилничког понашања на спортским приредбама прописао обавезу суду да изрекне меру безбедности забране присуствовања спортским приредбама учиниоцима кривичног дела насилничког понашања на спортској приредби.⁶⁷ Иако је у општим одредбама Кривичног законика, предвиђена могућност, да се у закону, предвиди оба-

⁶⁴ Пресуда, Прекршајни суд у Чачку, бр. Пр. 2627/16, од: 11.04.2016. године.

⁶⁵ Пресуда, Прекршајни суд у Крушевцу, бр. Пр. 5982/21, од: 10.08.2022. године.

⁶⁶ *За њосшојање одговорности довољан је нехатј учиниоца ако ѡройсом о ѡпрекршају није одређено да ће се казнији само ако је ѡпрекршај учињен са умишљајем* (Ї. 20. ст. 1. Закона о прекршајима, *Službeni glasnik Republike Srbije*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019, 91/2019 – др. закон и 112/2022 – одлука УС.).

⁶⁷ Ї. 344а ст. 6, *Krivični zakonik Republike Srbije*, *Službeni glasnik Republike Srbije*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

везно изрицање ове мере безбедности,⁶⁸ то је учињено само код кривичног дела које је и предмет нашег истраживања. Као спорно се може поставити питање оправданости решења према коме се ова мера безбедности обавезно изриче свим лицима (из законске одредбе произилази да ни спортисти нису изузетак) извршиоцима дела које анализирамо у овом истраживању.

Сагледавајући поједина упоредноправна решења можемо увидети да у неким државама изрицање оваквих мера није обавезно, и да се судови могу одредити да исту не изрекну. Судови у Енглеској су у обавези да изрекну меру која је по својој природи слична забрани присуствовања спортским приредбама из домаћег Кривичног законика, осим уколико не постоје посебне околности које се односе на кривично дело или учиниоца, због чега би то било неправедно.⁶⁹ Уколико такве околности постоје, суд мора на јавном претресу навести разлоге због којих се није определио да то учини. У Републици Хрватској судови немају обавезу да изрекну заштитне мере забране присуствовања спортским приредбама које су предвиђене Законом о спречавању нереда на спортским такмичењима.⁷⁰

Мишљења смо да ни у Републици Србији изрицање мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама не треба да буде обавезно. Уколико би изрицање било факултативно, судови би ову меру изрицали само онда када њена примена може и остварити општу сврху мера безбедности.⁷¹ Делује да је законодавац, прописивањем обавезног изрицања мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама, изгубио из вида могућност да изрицање ове мере у неким ситуацијама неће погодовати остваривању сврхе и циља мера безбедности као кривичних санкција. Такође, остаје нејасно, да ли судови имају обавезу изрицања ове мере безбедности уколико је кривично дело насилничко понашање на спортиској приредби или другом јавном скупу извршено при доласку или одласку са спортске приредбе. Уколико би одговор био позитиван, спорно је на који начин ће мера остварити сврху уколико се забрана односи само на присуство спортиској приредби, а то никако не значи удаљавање лица са подручја одакле се долази или одлази на спортску приредбу.

Што се тиче обавезе да се ова мера изриче свим лицима извршиоцима дела које анализирамо, што би подразумевало и спортистима, у доктрини

⁶⁸ Čl. 89b, Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

⁶⁹ Art. 14a, Football Spectators Act, *UK Public General Acts*, 1989.

⁷⁰ Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 117/03, 71/06, 43/09, 34/11, 114/22

⁷¹ *сврха мера безбедности је да се ошклоне сјања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела*, (Čl. 78 st. 1, Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019).

је наведено тумачење било предмет критика. Аутори сматрају да би изрицање ове мере довело до фактичке забране бављења спортским активностима и делатностима, да природа мере и њен назив иду у прилог томе да се може изрицати само гледаоцима,⁷² односно да изрицање исте спортистима нема неку нарочиту „сврху“, с обзиром да као играч најчешће није емотивно везан за клуб, већ наступа професионално, па лако може и променити клуб за који је наступао на приредби на којој је и извршио дело.⁷³

Иако у доктрини критиковано као решење, приметно је да судови и спортистима изричу меру безбедности забране присуствовања спортским приредбама. Оно што је у овим пресудама различито то је на које се тачно приредбе, ова забрана односи. Мера се као и у случају других лица којима се она до сада изрицала, опредељује на неуједначен начин, без јасног образложења због чега се забрана односи на тачно одређене приредбе,⁷⁴ а у случајевима када се изрицала фудбалерима, односила се примера ради на: све званичне утакмице између клуба за који су наступали на спортској приредби на којој су извршили кривично дело и других фудбалских клубова у прецизно дефинисаном такмичењу (Прва градска лига Града Крушевца),⁷⁵ свим званичним утакмицама које ће одиграти клуб за који је наступао у време извршења дела,⁷⁶ свим утакмицама које се одржавају у оквиру турнира на територији одређене месне заједнице,⁷⁷ утакмицама које организује прецизно одређени спортски савез (Фудбалски савез подручја Панчева) у тачно одређеним такмичењима (Прва јужнобанатска лига; Друга јужнобанатска лига-запад; Друга јужнобанатска лига-исток), на спортским приредбама које буде судило лице које је оштећено делом насилничког понашања на спортској приредби,⁷⁸ на спортским приредбама на којима учествује спортски клуб за који је наступао на приредби на којој је извршио дело а суди лице које је оштећено тим делом.⁷⁹

Мишљења смо да је поступање судова и изрицање поменуте мере безбедности оправдано. Оно је превасходно у складу са одредбама Кривичног законика, а како законодавац није предвидео могућност факултативног изрицања ове мере спортистима или било којим другим лицима.⁸⁰ Што се

⁷² З. Стојановић, (2022), 1065

⁷³ Saša Marković, „Mera bezbednosti zabrane prisustvovanja sportskim priredbama“, *NBP-Nauka, bezbednost, policija*, 1/2016, 151.

⁷⁴ Ђ. Марјановић, „Мера безбедности забране присуствовања спортским приредбама“, *Међународна научна конференција-Изазови и ошворена ишњања услужној права*, мај 2024, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 325-326.

⁷⁵ Пресуда, Виши суд у Крушевцу, бр. К.5/16, од: 26.04.2016. године.

⁷⁶ Пресуда, Виши суд у Крушевцу, бр. К.36/19, од: 23.12.2019. године.

⁷⁷ Пресуда, Виши суд у Новом Саду, бр. К.24/18, од: 03.09.2019. године.

⁷⁸ Пресуда, Виши суд у Прокупљу, бр. К.11/16, од: 09.05.2016. године.

⁷⁹ Пресуда, Виши суд у Прокупљу, бр. К.15/18, од: 06.09.2018. године.

⁸⁰ Ђ. Марјановић (2024), 327.

тиче аргументације да спортисти могу изиграти меру безбедности преласком у други клуб, мишљења смо да ни овај аргумент није такав да обесмишљава изрицање поменуте мере безбедности. Превасходно, од судова зависи на које се спортске приредбе забрана односи. Као што смо видели у примерима из судске праксе, забрана се односи на различите спортске приредбе у различитим пресудама. Као што се овај аргумент у погледу неефикасности мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама може истаћи у ситуацији изрицања спортистима, може се истаћи и у погледу било ког другог лица. Законодавац није дефинисао критеријуме према којима ће судска пракса дефинисати круг спортских приредби на којима се забрањује присуство. Као што спортиста може променити клуб, навијачи могу извршити неки од облика насилничког понашања на оним спортским приредбама на којима им није забрањено присуство. Да ова опасност постоји без обзира на субјекта коме се мера изриче, указује нам околност да судови у образложењу пресуда или занемарују или веома штуро дефинишу разлоге због којих се забрана односи на одређене спортске приредбе.⁸¹ На овакав начин се свакако не доприноси циљу који ова мера има. Ипак, све то по нама не указује да се мера безбедности забране присуствовања спортским приредбама не треба изрицати спортистима, већ да законодавац треба да норме које се односе на поменуту меру безбедности измени на такав начин да њено изрицање и извршење учини спроводивим без обзира ко је извршилац овог дела. Ипак, како предмет нашег истраживања није сама мера безбедности забране присуствовања спортским приредбама, на овом месту, о начину на који је потребно измени услове за изрицање, као и начин њеног извршења, нећемо се више бавити у овом истраживању. У овом раду,⁸² задржавамо се на предлогу о измени одредбе садржане у посебном делу Кривичног законика. Мишљења смо да у члану у коме се инкриминише дело које смо анализирали, не треба да буде предвиђено обавезно изрицање мере безбедности забране присуствованај спортским приредбама.

5. ЗАКЉУЧАК

Кривичноправна доктрина у протеклим годинама у мноштву радова истраживала је теме које су повезане са кривичним делом насилничко понашање на спортијској приредби или другом јавном скупу. Веће интересовање

⁸¹ *Ibid.*

⁸² О мери безбедности забрана присуствовања спортским приредбама Вид: И. Ђокић, 244–259; Наташа Мрвић-Петровић, „Недостаци законске регулативе као разлог неделотворне примене забране присуствовања спортским приредбама“ *Правни животи* 9/2013, 623–632; Ђ. Марјановић (2024), 315–335.

аутора за овом темом може се сматрати оправданом како због околности да се у пракси сваке године судови суочавају са потребом примењивања норми кривичног законодавца који се односе на инкриминацију, тако и због штете коју овакав вид понашања наноси спорту. Имајући увид у мноштво доктринарних радова и вршећи поређење са ставовима акутелне судске праксе, дошли смо до закључка да се у погледу појединих питања, схватања теорије и лица који свакодневно у раду примењују норме, разилазе. У овом истраживању настојали смо дати наше виђење у погледу тих питања, као и да скренемо пажњу законодавцу на оним местима на којима би он својим изменама прописа требало да допринесе повећању степена заштите оних добара који се штите овом инкриминацијом.

Кривично дело насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу је делимично бланкетно, што значи да судови морају поједине норме тумачити у складу са неким другим прописима. Оно што је у овим ситуацијама проблем, јесте недовољна прецизност појединих појмова, што доводи до одступања од стандарда кривичноправних норми, док може угорзити и начело законитости. У том смислу, законодавац би могао да у општем чл. 112. Кривичног законика, пружи тумачење норми садржаних у законском опису кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или другом јавном скупу. Већи део кривичноправне доктрине, у протеклим годинама, био је схватања да извршиоци овог кривичног дела не могу бити лица попут спортиста и других обавезних учесника спортске приредбе. Судска пракса стоји на супротном становишту и у протеклим годинама доноси осуђујуће пресуде и према овим лицима. Могло би се закључити и да процентуални велики удео чине управо пресуде у којима су спортисти осуђени за ово дело. Приликом анализирања појединих алтернативно предвиђених облика дела, приказали смо управо пресуде у којима су окривљени били спортисти. Анализирајући такве пресуде, уочили смо да се оне доносе у ситуацијама у којима је насилничко понашање изван било каквог контекста спортске игре, које се не може тумачити као уобичајени спортски ризик, услед чега и сматрамо да је потпуно непримењивање норми кривичног законодавства према овим лицима, неприхватљиво. У том смислу, предност дајемо схватањима судске праксе, на супрот виђењу једног дела доктрине. Анализирајући поједине облике овог дела, уочили смо да је законодавац границу кажњиве зоне понашања поставио исувише рестриктивно, односно да су неки облици дела могли бити делатносни уместо последични. Овакав приступ законодавца може водити опредељењу тужиоца да гоне по правилу за онај облик дела који могу једноставније доказати.

У овом раду, такође смо приказали проблеме са којима се судска пракса може суочити у разграничењу прекршаја извршених на спортским приредбама и кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или

другом јавном скупу. У погледу појединих облика дела, једино разграничење се тренутно може чинити степеновањем интензитета угрожавања или повређивања заштитног објекта дела, као и на степену кривице. Мишљења смо да наведени основи разграничења, који су и једини, нису адекватни, као и да уводе могућу арбитрабилност, која је у случају кривичног права неприхватљива. На законодавцу је да овај проблем отклони, што треба учинити и у неким другим сличним ситуацијама код којих је немогуће начинити разлику између кривичног дела и прекршаја. То се може начинити, предвиђањем различитих законских описа кривичног дела и прекршаја, а приликом чега морају бити поштовани основни принципи кривичног права.

У последњем делу рада, анализирали смо норму садржану у члану Кривичног законика којом се инкриминише дело насилничког понашања на спортијској приредби којом се предвиђа обавезно изрицање мере безбедности забране присуствовања спортским приредбама. У овом делу рада, указали смо на разлоге због којих би било оправдано, изрицање поменуте мере учинити факултативним. Такође, уочени су различити приступи судске праксе и доктрине, у погледу питања изрицања ове мере безбедности спортистима, и другим обавезним учесницима спортијске приредбе. Док је у доктрини истакнута бојазан у погледу могућих последица изрицања ове мере спортистима она се у пракси изриче свим лицима. Као и код претходно спорног питања, ближи смо схватањима судске праксе. Како законодавац није предвидео основе по којем спортистима не би требало изрицати ову меру, у складу са Кривичним закоником је да судови свим извршиоцима кривичног дела на спортијској приредби, изрекну ову меру безбедности. Могуће последице њеног изрицања зависе од начина на који ће пракса одредити круг спортских приредби на којима се забрањује присуство. У погледу овог питања, проблеми не само да постоје код спортиста, већ и код свих других лица, подједнако. На законодавцу је да начини нужне промене у погледу услова и садржине мере безбедности након којих би она постала спроводива.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Oliver Arter, „Der Zuschauer im sport“, *Sport und Recht* 2/2005.
Božidar Banović, Veljko Turanjanin, „Nasilje na sportskim priredbama: analiza stavova studenata“, *Kultura polisa* 2/2022.
Bronislava Coufalová, Jan Pinkava, „Some Aspects of Criminal Liability for Sports Injuries“, *International and Comparative Law Review* 2/2014.
Veljko Delibašić, Sanja Mandarić, „Nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Kultura polisa* 1/2015.
Veljko Delibašić, Sanja Mandarić., „Criminal aspect of injuries in sport“, *Fizička kultura* 1/2016.

- Darko Dimovski, Ivan Ilić, „Nasilje u sportu u Republici Srbiji-primer područja Višeg suda u Nišu“, *Nauka, bezbednost, policija* 1/2015, 2015.
- Ivan Đokić „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama kao krivična i prekršajna sankcija“, *Kaznena reakcija u Srbiji, XII deo*, Beograd, 2022.
- Michal Kralik, „Criminal liability of sports participants for sportsrelated injuries in the Czech Republic“, *Sports Law and Governance Journal* 1/2015.
- Nenad Đurđević „Autonomija sporta – obaveznost sportskih pravila međunarodnih sportskih saveza na nacionalnom nivou“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2018.
- Nenad Đurđević „Krivična odgovornost za nasilje i nedolično ponašanje na sportskim priredbama u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 2/2010.
- Nenad Đurđević, *Imovinska odgovornost organizatora sportskih priredbi i sportskih organizacija-doktorska disertacija*, Kragujevac, 1991.
- Jasmina Igrački, „Delikti nasilja i društvena reakcija“, *Prestup i kazna: de lege lata et de lege ferenda*, Beograd, 2014.
- Marko Ivkošić, „Pravni ustroj nogometnih klubova u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* br. 2/2010.
- Bojan Janković, Saša Milojević, „Rasizam u fudbalskoj Srbiji“, *Kultura Polisa*, Vol. 30, No. 13, 2016.
- Dragan Kalaba, „Krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi-zakonodavstvo, sudska praksa, dileme“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 4/2011.
- Dragan Kostić, *Građansko-pravna odgovornost sportista i sportskih organizacija*, Beograd, 1976.
- Ljubinka Kovačević „Razumevanje disciplinske i krivične odgovornosti zaposlenih u jurisprudenciji Ustavnog suda Republike Srbije“, *Teorija in praksa, pravo in življenje: liber amicorum Etelka Korpič- Horvat, Pravna fakulteta Univerza v Mariboru* (ur. Darja Senčurak Peček), Maribor, 2018.
- Ђорђе Марјановић, „Извршење кривичног дела од стране спортисте у току трајања спортске игре“, Архив за правне и друштвене науке 4/2023.
- Saša Marković, „Mera bezbednosti zabrane prisustvovanja sportskim priredbama“, *NBP-Nauka, bezbednost, policija* 1/2016.
- Saša Marković „Suzbijanje i sprečavanje nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Zbornik radova sa Naučnog skupa „Mreža“ 2018*, Beograd, 2018.
- Mladen Milošević, Bojana Savović, Milena Božović, „Krivičnopravna zaštita od nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama“, *Srpski fudbal-uporednopravni izazovi i perspektive, II*, 2022.
- Ieva Norvidait., Patricija Biečiūtė., Vilius Lapis, „Injuries and violence in sports: What happens on the court stays on the court“, *Teises Mokslo Pavasaris* 1/2023.
- Božidar Otašević, Bojan Janković, „Uloga Saveta Evrope u suzbijanju nasilja na sportskim priredbama“, *Međunarodni odnosi i pravda-Zbornik radova 36. susreta Kopaoničke škole prirodnog prava-Slobodan Perović*, Kopaonička škola prirodnog prava Slobodan Perović, Beograd, 2023.
- Rob Steen, „Interwoven tragedies: Hillsborough, Heysel and daniel“, *Sport in Society* No. 2, Vol. 19, 2016.
- Aleksandar Stevanović „Huliganizam, vandalizam i nasilničko ponašanje“, *Crimen-časopis za krivične nauke* 2/2017.

- Dejan Šuput „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2011.
- Наташа Делић, *Кривично право-појасни гео*, Београд, 2023.
- Ненад Ђурђевић „Конвенција о интегрисаном приступу безбедности, сигурности и услугама на фудбалским утакмицама и спортским приредбама“, *XXI век-век услуга и услужној права*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, књига 9, 2019.
- Ненад Ђурђевић, *Коментар Закона о спорти*, Крагујевац, 1997.
- Ђ. Марјановић, „Мера безбедности забране присуствовања спортским приредбама“, *Међународна научна конференција-Изазови и остворена права услужној права*, мај 2024, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, том I, Крагујевац, 315-335.
- Саша Милојевић, Бранислав Симоновић, Бојан Јанковић, Божидар Оташевић, Вељко Турањанин, *Млади и хулијанизам на спортиским приредбама*, Београд, 2013.
- Наташа Мрвић-Петровић, „Недостаји законске регулативе као разлог неделотворне примене забране присуствовања спортским приредбама“ *Правни животи*, 9/2013, 2013.
- Божидар Оташевић, *Насилје на спортиским приредбама кривично-правни, криминологијски и криминалистички аспекти-докторска дисертација*, Крагујевац, 2014.
- Републички завод за статистику, *Саопштење-Пунолејни учиниоци кривичних дела у Републици Србији 2023*, Београд, 2024.
- Зоран Стојановић, „Кривичноправни појам насиља“. *Зборник радова Насилје у Србији, том I*. 2014.
- Зоран Стојановић, *Коментар Кривичној законика-12. доуњено издање, према стању Кривичној заоника од 1. децембра 2019. године и према стању законодавства од 15. маја 2022. године*, Београд, 2022.
- Вељко Турањанин, Вишња Милекић, „Основни облик кривичног дела насилничко понашање на спортиској приредби или другом јавном скупу кроз судску праксу“, *Гласник Права*, 3/2013.

Судска пракса:

- Пресуда, Виши суд у Крушевцу, бр. К 8/21, пресуда од: 16.06.2021. године.
- Пресуда, Виши суд у Краљеву, бр. К 3/19, пресуда од: 08.05.2019. године.
- Пресуда, Виши суд у Новом Пазару, бр. К. 27/15, од: 09.10.2015. године.
- Пресуда, Виши суд у Новом Саду, бр. К. 149/15, од: 12.10.2018. године.
- Пресуда, Виши суд у Новом Саду, бр. К. 36/18, од: 22.02.2018. године.
- Пресуда, Апелациони суд у Београду, бр. Кж1. 3316/11, од: 15.09.2011. године.
- Пресуда, Врховни суд Србије, бр. Кзз 644/20, од: 08.09.2020. године.
- Пресуда, Апелациони суд у Новом Саду, бр. Кж1-384/20, од: 21.05.2020. године.
- Пресуда, Апелациони суд у Нишу, бр. Кж1-123/23, од: 09.02.2023. године.
- Пресуда, Основни суд у Новом Саду, бр. П. 4338/2016, од: 11.12.2017. године.
- Пресуда, Виши суд у Врању, бр. К. бр. 76/15, од: 22.02.2016. године.
- Пресуда, Виши суд у Неготину, бр. К. 24/2016, од: 20.12.2016. године.
- Пресуда, Апелациони суд у Крагујевцу, бр. Кж1. 236/23, од: 19.05.2023. године.

- Пресуда, Виши суд у Прокупљу, бр. К. 37/18, од: 07.03.2019. године.
Пресуда, Виши суд у Нишу, бр. К. 79/20, од: 24.05.2022. године.
Пресуда, Виши суд у Новом Пазару, бр. СПК 19/21, од: 29.10.2021. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Крагујевцу, бр. Пр. М46/22, од: 11.03.2024. године.
Пресуда, Виши суд у Суботици, бр. К. 34/22, од: 14.10.2022. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Чачку, бр. Пр. 2627/16, од: 11.04.2016. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Крушевцу, бр. Пр. 5982/21, од: 10.08.2022. године.
Пресуда, Виши суд у Новом Пазару, бр. СПК 19/21, од: 29.10.2021. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Крагујевцу, бр. Пр. М46/22, од: 11.03.2024. године.
Пресуда, Виши суд у Суботици, бр. К. 34/22, од: 14.10.2022. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Чачку, бр. Пр. 2627/16, од: 11.04.2016. године.
Пресуда, Прекршајни суд у Крушевцу, бр. Пр. 5982/21, од: 10.08.2022. године.
Виши суд у Крушевцу, бр. К.5/16, од: 26.04.2016. године
Виши суд у Крушевцу, бр. К 36/19, од: 23.12.2019. године
Виши суд у Новом Саду, бр. К. 24/18, од: 03.09.2019. године
Виши суд у Прокупљу, бр. К. 11/16, од: 09.05.2016. године.
Виши суд у Прокупљу, бр. К. 15/18, од: 06.09.2018. године.

Dorđe B. Marjanović
Institute of Comparative Law Belgrade
djordje2611@gmail.com
ORCID ID: 0000-0001-5238-7292

Violent Behaviour During Sports Event or Public Gathering – Discussable Questions in Doctrine and Court Practice –

***Abstract:** In the Criminal Code of the Republic of Serbia, the Serbian lawmaker prescribed the crime of violent behavior during sports events or other public gatherings in the group of criminal offenses against public peace and order. The subject of this work research, which the author analyzes for the purpose of clarifying all perceived dilemmas in the doctrine and domestic judicial practice. In the first part of the paper, the author points out that there was a disagreement between criminal law doctrine and court practice regarding the issue of the place of execution of the crime, as well as the possibility of athletes and other mandatory participants of the sports event being its perpetrators. The author analyzes the emergent forms of the act as well as the dilemmas in their interpretation, showing a large number of unpublished court judgments made in the past ten years in which the defendants were athletes. In the second part of the paper, the author points to the challenge faced by the subjects of the application of norms when distinguishing between the criminal offense of violent behavior at a sports event and the misdemeanors provided for in the Law on Prevention of Violence and Misbehavior at Sports Events. The author points out that the distinction is important especially if the perpetrators are professional athletes, sports experts and experts in the field of sports, and in terms of possible labor law consequences if a criminal offense was committed and not a misdemeanor. In the third part of the paper, the author analyzes the position of the article of the Criminal Code in which violent behavior during sports events or other public gatherings is criminalized, and which obligates the courts to impose the security measure of prohibition from attending certain sports events on the perpetrators of this act at sports events. In this part, the questions of the justification of the mandatory imposition of the measure are analyzed, as well as the validity of the decision to impose the measure on all persons. The author concludes that the perpetrators of the criminal act of violent behavior at sports events or other public gatherings can be athletes, that the legislator should make an effort to specify certain concepts from the legal description of the act, such as the concept of a sports event, that is, in demarcating the actions of committing a criminal act from misdemeanors that can be committed by violent behavior at a sports event, as well as that it is necessary*

to make the imposition of a security measure prohibition from attending at sports events optional.

Keywords: *crime, violent behavior, sports, sporting events, lex sportiva.*

Датум пријема рада: 23.09.2024.

Датум достављања коначне верзије рада: 05.10.2024.

Датум прихватања рада: 07.10.2024.

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), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Braunereder (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
prof. dr András Téglési (Мађарска), проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Атила Дудаш, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа
Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Наташа Рајић, др Сандра Самарцић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић,
др Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста
Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2024

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад

34(082)

ЗБОРНИК радова = Collected Papers / Правни факултет
у Новом Саду ; главни уредник Владимир Марјански
- 1966, 1- . - Нови Сад : Правни факултет, 1966-. -
24 cm

ISSN 0550-2179

COBISS.SR-ID 16397826

ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255