

Библиотека Србија — правна држава
Књига 43

Издавачи

Савет пројекта *Конституционалне Србије као правне државе* и
Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Београду
Београд, Булевар Револуције 67

и

Југословенско удружење за теорију,
филозофију и социологију права

Књига је један од резултата рада на пројекту *Конституционалне Србије као правне државе*, који се реализује на Правном факултету у Београду, под руководством проф. др Слободана Перовића, а финансира га Министарство за науку и технологију Републике Србије.

За издаваче

Проф. др Светислав Табороши
Проф. др Слободан Благојевић

Уредник

Проф. др Светислав Табороши

Зборник приредно

Проф. др Драган Митровић

Слог и њрелом

Д◎СИЈЕ

Технички уредник

Мирко Милићевић

Тираж

100

Штампа

Print-graphic trade, Београд

ISBN 86-80763-94-2

© 2000, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ, БЕОГРАД. Сва права придржана. Није дозвољено да било који део ове књиге буде снимљен, емитован или репродукован на било који начин, укључујући, али не ограничавајући се на фотокопирање, фотографију, магнетни упис или било који други вид записа, без претходне дозволе Издавача.

Садржај

СТВАРАЊЕ ПРАВА

Трећи скуп Југословенског удружења
за теорију, филозофију и социологију права
Милочер 24–25. септембар 1999.



Београд, 2000

СР – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.15(497.1)(082)

СТВАРАЊЕ права / Трећи скуп Југословенског удружења
за теорију, филозофију и социологију права Милочер 24–25.
септембар 1999. ; [зборник приредио Драган М. Митровић]. –
Београд : Савет пројекта Конституисање Србије као правне
државе : Центар за публикације Правног факултета
Универзитета : Југословенско удружење за теорију, филозофију
и социологију права, 2000 (Београд : Print-graphic trade). – 283
стр. ; 24 см. – (Библиотека Србија – правна држава ; књ. 43)

Тираж 100. – Напомене и библиографске референце
уз сваки рад.

ISBN 86–80763–94–2

340.12(082)

а) Правни систем – Југославија (СР) – Зборници

б) Теорија права – Зборници

ИД=86148620

Садржај

<i>др Божидар С. Марковић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији</i> О дуалитету позитивног права	9
<i>др Славољуб Б. Појовић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Нишу, у пензији</i> О заштити вода од загађивања према праву Европске уније и нашем праву	21
<i>др Слободан М. Блажојевић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Подгорици</i> Апстрактно-регулативна функција права (Стварање права као дио правног процеса)	33
<i>др Костиа Чавошки</i> <i>редовни професор Правног факултета у Београду</i> Макијавели о препороду изопачене државе и исквареног народа.....	47
<i>др Тодор Подгорица</i> <i>редовни професор Правног факултета у Крајевцу</i> Нека општа запажања о стварању права у контексту правне појаве уопште	55
<i>др Гордана Вукадиновић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Новом Саду</i> <i>др Радивој Сљејанов</i> <i>редовни професор Филозофског факултета у Новом Саду</i> Правни плурализам. Савремена искуства и правнотеоријска становишта	69
<i>др Стеван Лилић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Београду</i> Судске одлуке и стварање права (са посебним освртом на стварање Управног права Европске Уније.....	77

<i>др Драган М. Мишировић</i> <i>редовни професор Правног факултета у Београду</i> Техника стварања права	89
<i>др Рамила Васић</i> <i>ванредни професор Правног факултета у Београду</i> Могућност и моћ правде	109
<i>др Снежана Савић</i> <i>ванредни професор Правног факултета у Бањој Луци</i> О уставу као основној норми правног поретка	119
<i>др Мирослав А. Живковић</i> <i>ванредни професор Полицијске академије у Београду</i> Појам, стварање и тумачење права	137
<i>др Драган Радиновић</i> <i>председник Удружења правника Црне Горе</i> Потребе, могућности и отпори увођењу институције омбудсмана у СР Југославији	143
<i>др Агнеш Карџаг-Одри</i> <i>Научни сарадник Института за криминолошка и</i> <i>социолошка истраживања у Београду</i> Стварање и примена права — правно-психолошки аспекти	147
<i>др Предраг Димиријевић</i> <i>доцент Правног факултета у Нишу</i> Јавни интерес и креативност управне функције	161
<i>др Драган Баџавелић</i> <i>доцент Правног факултета у Нишу</i> Стварање права — давање правног облика друштвеној стварности	183
<i>др Саша Бован</i> <i>доцент Правног факултета у Београду</i> Дистрибутивна функција права и стварање права	197
<i>др Ева Максимовић</i> <i>асистент Правног факултета у Крајувцу</i> Општи принципи стварања права	209

<i>мр Зоран Мирковић</i> <i>асисџенџиј Правноџ факулџетџа у Беоџраџу</i> О постанку српскога кривичног поступка 1865. године. Цртица из повести српских реџепџија)	221
<i>мр Миоџраџ А. Јовановић</i> <i>асисџенџиј Правноџ факулџетџа у Беоџраџу</i> О неопходности васпитавања за демократију	241
<i>мр Дејан Миленковић</i> <i>асисџенџиј Правноџ факулџетџа у Беоџраџу</i> Улога и значај нормативних аката установа јавних служби и јавних предузећа у процесу стварања управног права	247
<i>Сџијаниџа Димџириџевић</i> <i>џрофесор Више џехничке школе у Ниш</i> Соџиолошко схватање Ђорџа Тасића о стварању права	259
<i>Кайџарина Подџораи</i> <i>сџијуденџиј-џоследџијломаи Правноџ факулџетџа у Краџујеџцу</i> Реч-две о улози језика у стварању права	269
<i>Владимир Ђурић</i> <i>сџијуденџиј-џоследџијломаи Правноџ факулџетџа у Беоџраџу</i> Меџународни уговори као извор унутрашњег права	273
Table of Contents	281

Судске одлуке и стварање права (са посебним освртом на стварање Управног права Европске Уније)

I

У вези са стварањем права уопште, у теорији упоредног права истиче се да „...извори права не значе ништа друго до стварање права, с тим што су врсте извора права идентични са облицима (формама) стварања права”¹.

Како се у нашој теорији истиче: ...стварање права је, поред остваривања права, дио правног процеса и остварује се кроз апстрактно-регулативну функцију права, односно правног система. Однос опште правне норме и стварности рјешава се кроз стварање права. Право је апстрактно, хипотетично, симплифицирано и статично, а друштво конкретно, фактичко, комплексно и динамичко. Ова антиномија не може се избјећи, па законодавац мора да уложи много труда да би створио реално право, оно право за чију је примјену друштво проходно.² У том смислу, „...изучавање правне поруке, односно њене садржине, оставља празнину у спознаји права. Какво ће бити право, односно правна порука, и како ће се оставривати у многоме зависи од тога, како су и на који начин створени”³.

У вези са стварањем права, већина наших аутора полази од схватнаја да је стварање права тзв. нормативна делатност. Тако, нормативана делатност је, најопштије речено, стварање права доношењем општих прав-

1 Erwin Melichar, Irme Szabo, *Introduction*, Зборник радова „The Sources of Law — A Comparative Empirical Study”, Budapest, 1982, стр. 11.

2 Упореди: Слободан Благојевић, *Апстрактно-регулативна функција права (Стварање права као дио правног процеса)*, Зборник радова „Стварање права”, (Трећи скуп ЈУТФСП, Милочер, септембар 1999), Југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, 1999, стр. 31–32.

3 Слободан Благојевић, *Апстрактно-регулативна функција права (Стварање права као дио правног процеса)*, Зборник радова „Стварање права”, (Трећи скуп ЈУТФСП, Милочер, септембар 1999), Југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, 1999, стр. 20.

них аката, док се ова делатност може ближе одредити као скуп поступака, правила и материјалних радњи чији је резултат стварање правних прописа. Правно нормирање се, отуда, може дефинисати као опште-теоријска и позитивно-правна дисциплина која се бави проучавањем стварања права.⁴ Са друге стране, стварање права, односно, легислативна делатност, представља једну од основних државних активности и главни начин настанка правне регулативе у савременим друштвима.⁵ У том контексту, стварање права остварује се одговарајућих нормативним техникама.⁶ Тако, стварање права захтева коришћење одговарајућих сазнајних и техничких правних метода. Да би поредак постојао и да би функционисао, потребно је да претходно буде створен. То се управо чини делатношћу стварања права. Тек када је право створено, оно може да се тумачи и примењује, тј. да важи и буде ефикасно. То у истој мери важи и за већ створени поредак у коме се стално дешавају промене.⁷

II

Код нас се сматра да судска пракса није извор права у смислу да се пресуде врховног суда и одлуке уставног суда морају узимати као обавезна правна правила. За разлику од тога у земљама *common law*-а (нпр. Велика Британија, САД и др), одлуке највиших судова, посебно тзв. прецеденти, изједначене су у погледу правне снаге са законом, и као такве су обавезне. Другим речима, у тим системима, као извор права не сматрају се само закон и други општи акти, већ и појединачни судски акти од прецедентног значаја.⁸ Ипак, може се рећи да се и код нас судске одлуке, односно пресуде могу у извесном смислу јавити као „извор” који ствара право. То ће бити случај када су поједине судске одлуке, на основу изричног законског прописа, обавезне у конкретном случају за (нпр. одлуке судова о сукобу надлежности између органа правосуђа и органа управе). Осим судских пресуда, решења и одлука, судови, на посебним општим седницама (свих одељења истог суда), или заједничким седницама (два или више судова)

- 4 Упореди: Драган Батављевић, *Стварање права — давање правног облика друштвеној стварности*, Зборник радова „Стварање права”, (Трећи скуп ЈУТФСП, Милочер, септембар 1999), Југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, 1999, стр. 113.
- 5 Упореди: Ева Максимовић, *Општи принципи стварања права*, Зборник радова „Стварање права”, (Трећи скуп ЈУТФСП, Милочер, септембар 1999), Југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, 1999, стр. 127.
- 6 Упореди: Зоран Јелић, *Основи нормативне технике*, Економика, Београд, 1986.
- 7 Упореди: Драган Митровић, *Техника стварања права*, Зборник радова „Стварање права”, (Трећи скуп ЈУТФСП, Милочер, септембар 1999), Југословенско удружење за теорију, филозофију и социологију права, 1999, стр. 55.
- 8 Упореди, Стеван Лилић, Петар Кунић, Предраг Димитријевић, Милан Марковић, *Уравно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 84–175.

могу заузимати и тзв. начелне ставове и начелна правна мишљења. У том смислу, правна схватања Савезног суда и републичких врховних судова и других виших (нпр. привредних) судова *de facto* се јављују као нека врста општих правних аката, тих судова. Како она формално нису обавезна, она и нису извор права. Због тога се може рећи да, иако судске пресуде и пракса судова у нашем правном систему нису формални извор права, оне се у стварности јављају као значајан чинилац који утиче на рад судова и других (нпр. управних) органа доношење њихових одлука.

Међутим, осим схватања које стварање права своде само на нормативну делатност у ужем смислу, тј. на доношење општих правних норми и аката (пре свега закона), постоје и схватања која у процес стварања права укључују и судске одлуке. Како се у појединим радовима истиче: Ретка су питања у правној науци која су изазвала толико интересовања, неспоразума и контравезних мишљења као што је то питање судског стварања права. Постојању супротних мишљења допринео је пуно и законодавац, остављајући често пракси да утврди да ли се, под којим условима и на који начин јављају опште правне норме судског порекла. У правној теорији постоје опречна мишљења о могућности стварања права судским пресудама. У правној теорији дуго је суверено владао принцип да судија не ствара право, већ да га само примењује (*ius dicere et non ius dare*). Судија, наимае, налази готово право, које само треба да аплицира на конкретан случај.⁹

Увиђајући немогућност потпуног нормативно-правног регулисања друштвеног живота и нужно постојање празнина у правном поретку, нова доктрина је признала судији слободу стварања правних норми. Ипак, опсег те слободе се доста различито одређује. Нека гледишта инсистирају на слободи судије само у случајевима застарелости закона, односно постојања празнина у њему, док друга истичу апсолутну слободу судије и немогућност постојања опште обавезних, унапред предвиђених правних правила.¹⁰

Сматра се да је овај приступ, тј. теорија о правно-стваралачкој функцији судије доведена *ad absurdum* у америчкој реалистичкој школи и филозофији правног егзистенцијализма.¹¹ Како се истиче, док покрет за слободним истраживањем права, радикално револуционаран у схватању судске функције ову посматра, у начелу, као државну делатност примене правних норми, реалисти и правни егзистенцијалисти категорички одбацују могућност постојања права изван судских одлука.¹² У том смислу, овај концепт полази од става да се просечно људско биће интересује само за оно што се дешава у судовима, јер одлуке судова директно утичу на живот и имовину људи, тако да је „право на небу и изван људског искуства

9 Упореди: Будимир Кошутећ, *Судска пресуда као извор права* (докторска дисертација), Универзитет у Београду, Београд, 1973, стр. 9.

10 Будимир Кошутећ, *Судска пресуда као извор права*, стр. 12–13.

11 Ivo Krbeč, *Pravni egzistencijalizam*, Zbornik pravnog fakulteta u Zagredu, бр. 3–4, 1958, стр. 252 (наведено према: Будимир Кошутећ, *Судска пресуда као извор права*, стр. 17).

12 Будимир Кошутећ, Исто, стр. 17.

безвредно за пролазног човека". За просечне људе право је оно што су судови одлучили, или шта ће одлучити, а не неодређене „чисте” генерализације.¹³ Са друге стране, у модерној правној доктрини заступљена су и гледишта о нормативном ауторитету судске праксе. Чак и аутори који одбацују могућност стварања општих правних правила константном судском праксом, судској пракси признају персуасивни ауторитет и утицај на стварање обичајног права, као право које императивно веже судију. Признање судске праксе за извор права не значи, међутим, истоветност виђења њене природе, основа обавезности и правне снаге. Наиме, судска пракса се посматра у доктрини као посебна врста обичајног права, као идентична обичајном праву или као формални извор *sui generis*.¹⁴

У нашој теорији, провладава мишљење да судска пракса, а поготово судске одлуке прецедентног карактера не могу бити извори права, па самим тим да се њима и не ствара право. Како се истиче, суд је подвргнут закону и другим изворима права и сам не може да ствара право. Према томе, судска пракса се може створити само у примени закона и других извора права који су обавезни за суд, али она сама не може неку норму која није правна (тј. није садржана у поменутим изворима права) учинити правном. Сама судска пракса, пак, није извор права, јер није обавезна за судове. Међутим, у том погледу има изузетака, бар у извесном смислу. Наиме, поставља се питање правних празнина и њиховог попуњавања. Ако суд (или други надлежни орган) нађе да постоји правна празнина (тј. случај који није регулисан општом правном нормом, а друштвени, класни, интереси траже да буде правно регулисан), онда он мора да је попуни сам, својом нормом. Међутим, у вези с тим се поставља и питање судског прецедента. Наиме, да ли је таква норма (појединачна) којом је попуњена правна празнина обавезна и за идуће такве случајеве, тј. да ли се она може претворити у општу норму, односно *cedent*.¹⁵ У том контексту, посебно се истиче да у нашем правном систему, према његовом целокупном духу, то није могуће. Празнине се могу попуњавати, али не може бити судског (ни другог) прецедента. То би значило да судска пракса, чим се створи (а кад би се сматрало да је она створена, прописао би, наравно, онај који би прописао да је она извор права) постаје извор права, тј. постаје обавезна за судове, што би значило да се више не може мењати (за разлику од закона и других извора права који се могу мењати). Другим речима, она би у том погледу била истоветна са судским прецедентом. Стога се чини да се ово мишљење не може прихватити, тј. да ни судски прецедент, ни судска пракса, не би требало да постану извори права у нас.¹⁶

13 Исто, стр. 18.

14 Исто, стр. 22.

15 Упореди: Радомир Д. Лукић, *Извори права*, Зборник радова „Извори права у самоуправном социјалистичком друштву”, Институт за упоредно право, Београд, 1976, стр. 12–13.

16 Упореди: Радомир Д. Лукић, *Извори права*, Зборник радова „Извори права у самоуправном социјалистичком друштву”, Институт за упоредно право, Београд, 1976, стр. 12–13.

Ипак, и код нас су се јављала (додуше веома ретка) схватања да и судска одлука може бити извор права, односно да је и суд „леgitимни произвођач, односно стваралац права”. Тако, поједини аутори истичу да су „прави извор (врела) у формално-техничком смислу” они облици „у којима се право јавља у објективном смислу, а то је правна норма”.¹⁷ Сходно овом схватању појма и елемената права, у формалне изворе права, дакле, не треба убрајати само опште правне норме (односно акте), већ и појединачне — укључујући и судске одлуке.¹⁸

Упоредно посматрано, и у Европској правној традицији (не узимајући овом приликом у обзир правне системе који почивају на традицији енглеског *common law*), судска одлука није искључена као извор којим се ствара право. Тако се, рецимо, у Немачкој одређене правне одлуке, посебно одлуке Савезног уставног суда и одређене одлуке управних судова, могу сматрати изворима права. Тако се истиче, „У овим случајевима нема сумње да пресуде у смислу своје садржине представљају извор права. Њихов значај превазилази појединачан случај и они имају општу обавезујућу снагу сличну закону. Оне се и објављују као закони.”¹⁹ Улога судске одлуке у стварању права још је јаче изражена у праву нордијских земаља. Тако се истиче да је Норвешкој: „Основна функција суда да реши конкретне спорове у складу са важећим правом. (...) Чињеница да судови често морају да конкретизују или допуњују законске одредбе, не значи нужно да они стварају право. Само уколико општи правни принципи указују да је могуће донети прецедентну одлуку, може се рећи да судије стварају право. Таква је ситуација у Норвешкој. Иако не постоје писане одредбе да се има поступити по прецеденту, успостављено је начело да се раније судске одлуке које су релевантне за одређени случај имају применити. (...) Прецеденти су дакле, значајни елементи извора права.”²⁰

Колико је значајна улога судије (и његове одлуке за будуће поступање, дакле прецедента) врло илустративно показује и један судски случај из древне Кине назван „Сабља која говори”.²¹ Радња ове кратке (и поучне параболе) одвија се у доба бивше династије *Han* (која је влада Кином између 206. године пре наче ере до 25. године наче ере). Према овој причи, један богати човек из среза Пеи поседовао је имовину од преко 200.000 талира сребра. Његова жена је умрла и осим ћерке која није била поуздана,

17 Ivo Krbek, *Prilog teoriji o pojmu prava*, Загреб, 1952 (наведено према: Радомир Д. Лукић, *Извори права*, Зборник радова „Извори права у самоуправном социјалистичком друштву”, Институт за упоредно право, Београд, 1976, стр. 8–9).

18 Упореди: Радомир Д. Лукић, *Извори права*, Зборник радова „Извори права у самоуправном социјалистичком друштву”, Институт за упоредно право, Београд, 1976, стр. 8–9.

19 Упореди: D. Merten, *Sources of Law in the Federal Republic of Germany*, Зборник радова „The Sources of Law — A Comparative Empirical Study”, Budapest, 1982, стр. 82.

20 Упореди: M. Aarbakke, J. Helgesen, *Sources of Law in Norway*, Зборник радова „The Sources of Law — A Comparative Empirical Study”, Budapest, 1982, стр. 210–211.

21 *The Eloquent Sword*, у „100 Judicial cases from Ancient China” (приредио K. L. Kiu), Beijing, 1998, стр. 3–5.

и сина од три године, није имао друге родбине. Једног дана богаташ се озбиљно разболео, и почео да је размишља да после његове смрти може доће до сукоба између ћерке и сине око наслеђене имовине, тако да његов син може остати без средстава за живот. Он је сазвао старешине и показао им свој тестамент — све је оставио ћерки, осим сабље, с тим да када син напуни 15 година, она му мора предати сабљу. Када је син напунио 15 година, ћерка је одбила да брату да сабљу. Пошто сестра није испунила услов из тестамента, син се обратио среском суду. У то време начелник среза (и судија) био је велики мајстор Не Vu. Он је прво саслушао наводе тужиоца, а затим ћерку и њеног мужа. Такође је брижљиво проучио тестамент. Закључио је да „ћерка има злу нарав, а зет је лакомислен и похлепан човек”, а свом сараднику је рекао: „Отац је претпоставио да ће сестра изиграти брата, а чак и да је свој иметак оставио малолетном сину, дечак не би могао да се о њој стара како треба и да је очува. Зато се определио да свој иметак повери ћерки иако је у ствари желео да она буде само привремени старалац његове имовине. Сабља предстврваља јасну поруку у овој случају. Отац је одредио да син добије сабљу када напуни 15 година, дакле када буде био у стању да самостално одлучује. Основано је предвидео да ће његова ћерка и зет одбити да предају сабљу сину. Умајући то у виду, отац је пошао од тога да ће, када једног дана случај буде изнет пред надлежне судске власти, савестан судија разумети његове намере и да ће донети правичну одлуку. Јер, како може неко лакомислен и обичан, као што су то били његова ћерка и зет, разумети његову озбиљну забринутост и далекосежна размишљања.” На основу одлуке суда, имовина и посед одузети су ћерки и предати сину. „Ова недостојна ћерка и зао зет уживали су у благодетима наслеђа више од 10 година. То је више него што заслужују”. У закључку и поуци ове приче истиче се да је: „Ова пресуда изазвала поштовање свих који су о њој расправљали.”

III

Све дилеме и контрадикције везане за теоријске и практичне аспекте управног права, посебно у вези са уобличавањем упоредног и међународног управног права,²² испољавају се и у вези са уобличавањем управног права Европске Уније.²³ Зато се може рећи да је управно право Европске Уније област и дисциплина која се налази у фази „*ушврћивања свој идентитет*”.²⁴ У том смислу (слично као што је то био случај и са Државним

- 22 Упореди: Стеван Лилић, *Међународно управно право*, Зборник радова: „Србија — хватање корака” (Прилози пројекту: „Конституисање Србије као правне државе”), Правни факултет, Београд, 1997, стр. 69–83.
- 23 Упореди: Carlos Molina del Pozo, *Derecho administrativo y derecho comunitario — Las Fuentes*, Madrid, 1988.
- 24 Упореди: Стеван Лилић, *Управно право Европске уније*, Зборник радова „Право Европске Уније”, Удружење за Право Европске Уније, Службени гласник, Београд, 1996, стр. 189–206.

саветом у Француској и са административним трибуналима у Британији и САД), важну улогу у формирању управног права Европске Уније има и Европски суд правде. Управно право Европске Уније не формира се доктринарним или легислативним путем, већ, пре свега, управном (и другом) праксом њеног Суда. Дакле, у процесу постепеног обликовања физиономије управног права Европске Уније најзначајнија, ако не и главна улога припада Европском суд правде.

Као општа претходна напомена, може се рећи да се управно право Европске Уније развија и кроз процес усклађивања (*harmonization*) управног права појединих држава чланица са правом Уније. Примера ради, ево како се управно право Европске Уније право примењује у Француској, где Државни савет и данас наставља са традицијом да својим одлукама и праксом ствара нове управно-правне институте: „...дубоке промене у управном праву Француске последица су одређене политике интернационализације и децентрализације у међународноправном систему. Ту се истиче да је Државни савет више година, читавим низом својих одлука јасно у судској пракси прихватио супериорност међународног права, и посебно супериорност права Европске Заједнице према националном праву Француске. У том смислу, Државни савет је својом одлуком прихватио да општа начела француског права могу бити изведена из међународних конвенција као, на пример, у материји права избеглица; да су директиве Европске Заједнице обавезне за државе чланице Заједнице; да су француски закони, чак и они донети касније, који нису сагласни са међународним уговорима, не могу примењивати сагласно члану 55. Устава Француске Републике; да је судија овлашћен да сам тумачи међународне конвенције, не питајући Министарство иностраних послова, као и да француски законодавац мора поштовати право изведено из права Европске Заједнице, односно уредби (регулатива) и директива Заједнице.”²⁵

У односу на улогу Европског суда правде у обликовању физиономије (управног) права Европске Уније, констатује се да је: „...надлежност суда истовремено и комплексна и разноврсна. Чини се да су три најзначајније области његове надлежности: 1) поступци против држава чланица; 2) поступци против институција Заједнице и 3) одлуке о претходним питањима (*preliminary rulings*).”²⁶ Како се истиче: „...на неки начин, може се рећи да Европски суд правде има улогу 'судске девојке за све послове' (*judicial maid of all work*): он је истовремено и нека врста управног суда (*administrative court*) коме могу да се обрате незадовољни службеници Заједнице, али је исто тако на располагању појединцима уколико сматрају да им је поверењено право актима Заједнице. Он такође игра и улогу уставног суда (*constitutional court*) који се бави питањима контроле законитости (*judicial review*), као и међународног суда (*international court*) када тумачи одредбе уговора. Коначно, он игра и улогу другог степеног суда (*appellate court*), када

25 Драгаш Денковић, *Guy Braibant, Le droit administratif français*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3–4, 1993, стр. 452.

26 Е. С. С. Wade, А. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, London-New York, 1985, стр. 131.

су у питању тзв. одлуке по претходним питањима (*preliminary rulings*), тј. уколико је домаћим судовима потребне одређена врста тумачења.”²⁷

Тако, у службеничким споровима Суд има улогу управног суда (административног трибунала) у свим случајевима у којима неки службеник Заједнице покрене поступак против Заједнице. Од укупно 8.293 предмета које је Суд од свог оснивања (1953) до 31. децембра 1993. године расправио: „...далеко највећи број предмета односи се на притужбе службеника појединих институција ЕЗ у стварима као што су заснивање радног односа, плате, унапређења, дисциплински поступци и сл, а што би у националним оквирима потпадало под службеничке спорове.”²⁸ Према статистичким подацима за период од 1953. године до 1993. године, број службеничких спорова пред Судом правде износио је 5.147.²⁹

Управно-судски карактер надлежности Европског суда правде долази до изражаја и у „споравима о законитости” (*judicial review*) аката Заједнице. Надлежност Суда предвиђена је и у случајевима у којима се оспорава „законитост” аката Савета министара или Комисије. Овај поступак може покренути држава чланица, Савет министара или Комисија, а под одређеним условима и појединци и правна лица. За разлику од држава, појединци пред Судом не могу оспоравати опште акте Заједнице, сем у случају када је општи акт основа за доношење појединачне одлуке која се непосредно односи на појединца или правно лице. У таквим ситуацијама, појединачни акт (одлука) може бити стављен ван снаге уколико се утврди да је општи акт (нпр. регулатива) „незаконит” (види одлуке Суда: *Plaumann v. Commission*, 1964; *Compagnie Français Commerciale etc. v. Commission*, 1970; *Bock v. Commission*, и др). „Следствено томе, у случајевима у којима такве одлуке имају за последицу доношење неког управног (административног) акта, односно уколико управни акт није донет, а морао је бити донет (нечињење), имамо ситуацију која у свему има управни карактер. Дакле, у тим случајевима, покретање поступка има за циљ поништење акта (*annulment*) или, пак захтев да Савет или Комисија донесе такав акт јер је то пропустила да учини (*failed to take action*).”³⁰

Међутим, могуће су и ситуације у којима се пред Судом покрене поступак против неке државе чланице од стране неке друге државе чланице или Комисије. Случајеви да једна држава чланица покрене поступак против друге државе чланице Заједнице су веома ретки (види нпр. случај *France v. UK*, 1980), пре свега из разлога, што се државе чланице ослањају на Комисију да предузме одговарајуће кораке уколико за то има потребе. Са друге стране, у случају када Комисија покрене поступак против неке државе чланице, обично претходи нека врста „поступка усклађивања”,

27 Н. В. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London-Rome, 1991, стр. 250–251.

28 Dick Leonard, *Guide To The European Union*, London, 1994, стр. 60.

29 Упореди: Dick Leonard, *Guide To The European Union*, London, 1994, стр. 61–63.

30 Н. В. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London-Rome, 1991, стр. 253.

пак тек уколико то не успе, Комисија ће се обратити Суду (види, нпр. случај *Commission v. Italy*, 1966). До сада, највећи број оваких случајева односи се на Италију: у периоду од 1954. до 1993. године против ње је покренуто 286 поступака пред Судом, док је са своје стране Италија покренула 50 поступака. „Као што подаци показују, Италија се најчешће јавља пред Судом било у својству тужиоца, али још чешће у својству туженог. Италијански парламент је ноторан по својој спорости у доношењу закона, а већина ових спорова односи се на пропуштање да се примене директиве које је усвојио Савет министара у року који је био предвиђен.”³¹ Међутим, иако имају и неке елементе управних ситуација (нпр. тзв. спора о законитости), с обзиром на предмет (нпр. доношења одговарајућих закона ради извршења директива Савета) за ове случајеве пре се може рећи да улазе у домен уставног, а не административног права.³²

И област заштите људских права у одређеној мери потпада под управну јурисдикцију Суда правде. Теоријски посматрано, област заштита људских права у оквиру Европске Уније односи се на повреду ових права од стране саме Уније (Заједнице), с тим што се не искључују ни ситуације покретања поступка пред Судом правде када су ова права повређена од стране држава чланица. У пракси, међутим, судску заштиту у случају повреде људских права најчешће пружају судови држава чланица, али и посебан и релативно сложени механизам који је предвиђен у контексту Европског савета, односно Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (1950).³³ Овом Конвенцијом образована је Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права (са седиштем у Страсбуру). Како све државе чланице Европске Уније признају надлежност Европског суда за људска права, то се и поступци у вези са заштитом ових права, пре свега покрећу пред овим судом, а не пред Судом правде.³⁴ Ова ситуација проистиче из специфичних односа између Европске конвенције о заштити људских права, са једне стране и Европске Заједнице, са друге. Тако, „...Римски уговор о стварању Европске економске заједнице (1957) не садржи изричите одредбе од заштите људских права. (...) Међутим, према члану 164. Римског уговора, Европски суд правде дужан је да се стара о поштовању права приликом тумачења и примене овог Уговора. У својим одлукама, овај Суд је стао на становиште да поштовање људских права чини саставни део заједничке правне традиције држава чланица ЕЕЗ.³⁵ (...) За будуће, било би пожељно да се ова два система више приближе један другом...”.

31 Dick Leonard, *Guide To The European Union*, London, 1994, стр. 62.

32 Упореди: Н. В. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London-Rome, 1991, стр. 253.

33 Упореди: Rosalyn Higgins, *The European Convention on Human Rights*, „Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues” (Edited by Theodore Meron), Oxford, 1985, стр. 495–550.

34 Упореди: Dick Leonard, *Guide To The European Union*, London, 1994, стр. 63; Н. В. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London-Rome, 1991, стр. 255–257.

Улога Суда у стварању (управног) права Европске уније може се видети на следећем примеру. Као што је познато, држављанство (иако има и неких других, рецимо међународноправних аспеката) је типична административна материја која спада у ресор тзв. унутрашњих послова једне државе. Према одредбама Мастритског уговора (чл. 8–8е), међутим, установљава се и држављанство Европске Уније које почива и проистиче из држављанства државе чланице. То значи да је за стицање држављанства Уније у начелу нужно (и довољно) испунити услове које предвиђа одговарајућа држава чланица. Међутим, како се истиче, тешко да се ове одредбе Мастритског уговора могу тумачити у смислу ограничавања слободе одлучивања националне државе у вези са стицањем сопственог држављанства. Да ли то значи да је добијање држављанства Уније аутоматско, тј. да стицањем или поседовањем држављанства чланице лице, *ipso fact* стиче и држављанство Европске Уније. Са друге стране, да ли је за стицање држављанства Уније потребно извршити још неку посебну административну радњу (нпр. подношење захтева или молбе) за пријем у држављанство Уније. Осим тога, постављају се и друга питања значајна питања: рецимо: који је орган надлежан у тој ствари, да ли орган националне државе или неки орган Уније; како се доказује држављанство Уније, да ли неком посебном („европском”) исправом, или је довољна исправа државе чланице.³⁶ Како ова и друга, наизглед техничко-административна питања, нису добила одговор у самим одредбама Уговора, сва је вероватноћа да ће у ближој будућности, управо Европски суд правде бити онај фактор Европске Уније која ће имате одлучујућу улогу у формирању основних институција управног права Европске Уније.

Иако од секундарног значаја, треба рећи да у раду Европског суда правде долазе и до изражаја административне ситуације везане за тзв. судску управу. Наиме, Суд правде има посебно овлашћено службено лице (*registrar*) који је одговоран за вођење административних послова Суда. Осим тога, Суд располаже и једним бројем стручних сарадника правника (*legal assistants*), као и библиотеком и преводилачком службом. Суд сам утврђује своја унутрашња правила рада који су у великој мери слична са традицијом и праксом француског Државног савета: чак се је и француски језик у најчешћој упореби у Суду (иако се може користи језик сваке државе чланице, осим ирског).³⁷

Из свега изложеног, може се констатовати да је управно право Европске Уније нова и релативно неиздиференцирана административна дисциплина чије је садржинско уобличавање и систематизација у току. Теоријски посматрано, физиономија управног права Европске Уније обликује се у оквирима упоредног управног права, односно међународног управног

35 Види случајеве: *Internationale Handesgesellschaft*, 1972; *Nold v. EC Commission*, 1974; *Rutili v. French Minister of Interior*, 1976 и др.

36 Упореди: Весна Кнежевић-Предић, *Држављанство Европске Уније*, Међународни проблеми, Београд, бр. 4, 1994, стр. 621–633.

37 Н. В. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York-London-Rome, 1991, стр. 251.

права. С обзиром на значајне традиционалне разлике концепција управног права појединих садашњих држава чланица Европске Уније (нпр. Француске, Немачке и Велике Британије), управно право Европске Уније суочава се са свим оним тешкоћама са којима се суочавају и друге правне области држава чланица у општем процесу „хармонизације” њихових правних поредака са правним системом „европског права”. Осим тога, управно право Европске Уније, посебно у односу на питања у вези заштите људских права, може се разликовати од сличних (управних) институција Савета Европе. Услед ових околности, у обликовању физиономије и институција управног права Европске Уније, посебну улогу има Европски суд правде који се својим одлукама о садржинским и предходним питањима (уз много сличности са улогом коју је својевремено имао Државни савет у Француској у стварању француског управног права), између осталог, профилише као административни трибунал, тј. управни суд Уније. Време ће показати, а индиције у том правцу су веома јаке, колико ће овај Суд бити „творца” управног права Европске Уније.

IV

Уместо закључка, у прилог схватању да је судска одлука *de facto* и у нашем правном систему релевантан и легитиман основ стварања („извор”) права наводимо једну илустративну одлуку Врховног суда Србије. Наиме, пресудом Врховног суда Србије³⁸ (1998) *место стана* избеглог лица на које се избегло лице настанило и пријавило наведено у избегличкој легитимацији, *угодобиће се појму пребивалишта* (у смислу члана 34. став 3, тачка 2. *Правилника о регистрацији моторних и прикључних возила*).³⁹

У образложењу ове пресуде, између осталог, наводи се и следеће: Оспореним решењем одбијена је жалба тужиоца изјављена против решења Секретаријата унутрашњих послова Београд, Управа за безбедност саобраћаја, Одељење за возила и возаче од 14. 6. 1996. године, а којим решењем је одбијен захтев тужиоца за регистрацију моторног возила марке „Застава”. Тужилац је оспорио законитост решења туженог органа због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, битне повреде одредаба поступака и погрешне примене материјалног права. Истакао је да је до 4. 8. 1995. године живео на територији општине Бенковац, када је због изводјења оружане хрватске акције „Олуја” морао да напусти то подручје, а да је његов син повлачећи се са борбених линија преузео возило, у којем се тада налазила потврда о техничкој исправности, и до-

38 Упореди: *Пресуда Врховног суда Србије, У. број 5393-96 од 15. октобра 1998. године*. Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3, Београд, 1998, стр. 68-69.

39 *Правилник о регистрацији моторних и прикључних возила* (Службени лист СФРЈ, бр. 74/89).

везао га. Навео је да су му сва документа која се односе на власништво возила остала у кући и да због тога није у могућности да их достави, али да је уместо тога доставио уз захтев за регистрацију потврду о техничкој исправности возила и изјаве сведока. Самтра да је тужени орган погрешно закључио да се наведеним доказима не може доказивати порекло, односно власништво возила, јер је требао да цени основаност тих података. Предложио је да суд тужбу уважи и ошпорено решење поништи. Тужени орган сматра да је тужба неоснована јер тужилац не испуњава услове за регистрацију моторног возила предвидјене чланом 6. став 1. цитираног Правилника. При том тужени орган не истиче питање пребивалишта из члана 34. став 3. тачка 2. цитираног Правилника као спорно питање.

Како се ово питање може појавити као спорно, наима да ли лице које је протерано из Хрватске и настанило се у Републици Србији на основу *избегличке легитимације* издате од стране надлежног органа Црвеног Крста уопште може поднети захтев за регистрацију свог моторног возила у вези члана 34. став 3 тачка 2. цитираног Правилника, *мишљења смо да се место стиановања избеглог лица које је као њакво наведено у избегличкој легитимацији надлежног органа Црвеног крста може угодобити појму пребивалишта у смислу одредаба члана 34. став 3. тачка 2. цитираног Правилника.*

Ово стога што је *ноторна чињеница* да су избеглице са територије Српске Крајине у Хрватској насилно протеране са територије и одредјен део се настанио у Републици Србији. Такво настањивање за избеглицу значи његово одређење да стално пребива тамо где се настанио, односно у Републици Србији, ако се у њој на тај начин настанио све до евентуалног пресељења у неку другу републику или земљу. *И свака друга промена адресе у оквиру Републике Србије би била угодобљена појму пребивалишта у наведеном смислу.* Зато се не може сматрати да је пребивалиште избеглице избегле са територије Српске Крајине у Хрватској у Републику Србију и даље у Српској Крајини у Хрватској, већ је таква избеглица засновала своје пребивалиште у Републици Србији, све док евентуално то пребивалиште не промени иселењем из Републике Србије.