

Дарко Т. Димовски
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
darko.dimovski@yahoo.com

САВРЕМЕНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ КАО СРЕДСТВО СПРЕЧАВАЊА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ*

Сажетак: Без обзира на то што постоји одговарајући нормативни оквир за санкционисање извршилаца кривичног дела насиља у породици, у пракси постоје бројни проблеми у погледу доказивања овог дела пред надлежним судом. Аутор је тога у раду, наводећи примере из праксе, идентификовао проблеме у доказивању насиља у породици. На крају рада аутор је, уз навођење постојећих мобилних апликација и њихових мана, представио начине за превазилажење наведених проблема употребом новостворене апликације која ће имати двоструку функцију – превенцију насиља у породици и њено олакшање доказивање.

Кључне речи: насиље у породици, доказивање, превенција, савремене технологије.

1. УВОД

Све до краја шездесетих година XX века, насиље у породици је сматрано за приватну ствар чланова породице, што је онемогућавало реакцију државе. Активизмом женског покрета, као и покрета за права жртава насиља у породици, дошло је до инкриминације насиља у породици као кривичног дела у Републици Србији током 2002. године, доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика.¹

Инкриминацијом насиља у породици као кривичног дела дошло је до тога да се број пријава за кривична дела из главе XIX, под називом кривична дела против брака и породице, повећају у наредним годинама за више од

* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 451-03-9/2021-14/200120 Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије

¹ Кривични законик, Службени гласник РС, бр. 10/2002

седам пута. Тако је 2004. године било пријављено 1.009 пунолетних лица за кривично дело насиља у породици, док је 2019. године број пријављених пунолетних лица нарастао на 7.308. Уједно, током 2004. године осуђено је свега 374 пунолетнаих лица за кривично дело насиље у породици, док је током 2019. године за исто дело осуђено 2.984 лица.²³

Као највећи проблем доказивања кривичног дела насиља у породици намеће се проблем изостанка сведочења жртве, а што је код појединих случајева насиља у породици кључни и једини доказ извршења кривичног дела. С тим у вези у наставку рада аутор ће прво представити облике кривичног дела насиља у породици, према позитивноправним решењима. Након тога аутор ће указати на основне проблеме доказивања насиља у породици, те представити начине за њихово превазилажење уз помоћ савремених технологија.

2. НОРМАТИВНИ ОКВИР НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

Насиље у породици, као социолошки феномен, иманентан је свим друштвима и историјским епохама. Све док није било предмет посебне инкриминације, државни органи су на појаву насиља у породици реаговали тако што су та понашања подводили под нека друга кривична дела. Постојање физичког насиља над чланом породице подводило се под лаку и тешку телесну повреду, док се постојање психичког насиља квалификовало као кривично дело увреда, односно клевета. Немогућност да се силовање супруге у браку подведе под одредбе кривичног законодавства најбоље илуструје неадекватну заштиту на коју наилазе припаднице женског пола. Такође, на случајеве насиља у породици су се примењивале и норме о прекршајима против јавног реда и мира.⁴

Под снажним утицајем различитих невладиних организација, попут Аутономног женског центра, као и потребе пружања веће кривичноправне заштите од насиља члановима породице, законодавац у Србији је 2002. године први пут инкриминисао насиље у породици као кривично дело. Према важећем Кривичном законнику Републике Србије насиље у породици је и даље кривично дело у оквиру кривичних дела против брака и породице. Наиме,

² Републички завод за статистику, *Пунолетни и малолетни учиниоци кривичних дела, 2000-2004*, Београд 2005, 4. и 6.

³ Републички завод за статистику, *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужења и осуде*, Београд 2020, 16. и 42.

⁴ Слободанка Константиновић Вилић, *Кривичнојравна заштитиња жртва насиља у породици*, Правна клиника за заштиту права жена – Приручник за рад студенткиња/студентата, Правни факултет и Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш 2011, 173.

постоји пет облика кривичног дела насиља у породици, односно основни облик, три квалификована/тежа облика и један посебан облик (члан 194. КЗ).⁵ Законодавац се код првог облика послужио тзв. последичном радњом, која се манифестује у угрожавању спокојства, телесног интегритета и душевног стања члана породице, при чему се као начини извршења наводи примена насиља, претња да ће напасти на живот или тело, дрско или безобзирно понашање (члан 194. став 1. КЗ). С обзиром на то да одређење насиља и квалификоване претње нису спорни у кривичноправној теорији, нећемо их посебно објашњавати. Стога је потребно ближе одредити само дрско и безобзирно понашање. Тако се дрско понашање разликује од безобзирног, по схватању др Љубише Лазаревића, само по интензитету. Наиме, дрским понашањем се крше само елементарне норме културе у једном друштву, уз игнорисање, вређање и спремности за физичко обрачунавање, док се под безобзирним понашањем подразумева крајње непоштовање, при чему долази до физичког и психичког малтретирања.⁶ За извршење овог кривичног дела неопходан је умишљај, те је предвиђена је казна затвора од три месеца до три године.

Законодавац је под пасивним субјектом одредио члана породице, под којим се могу подвести: супружници, њихова деца, преци супружника у правој линији крвног сродства, ванбрачни партнери и њихова деца, усвојилац и усвојеник, хранилац и храњеник. Члановима породице сматрају се и браћа и сестре, њихови супружници и деца, бивши супружници и њихова деца и родитељи бивших супружника, ако живе у заједничком домаћинству, као и лица која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству (члан 112. тачка 28. КЗ). Неки аутори оправдавају овакво одређење појма члана породице, подржавајући став да се бивши супружници, њихова деца, као и родитељи бивших супружника не треба подводити под појам члана породице, ако не живе у истом домаћинству.⁷ Оваквом схватању законодавца и појединим кривичноправним теоретичарима може су упутити оправдана критика. Наиме, насиље између бивших партнера се не прекида иселењем супруге из заједничког домаћинства. Оно врло често достиже своју кулминацију у тренуцима одвојености бивших партнера, јер супруг, изгуби свој „предмет” доминације и желећи да је врати по сваку цену, примењује психичко и физичко насиље. Иста паралела се може повући и за заједничку децу и родитеље бивших супружника.

Тежи облик кривичног дела насиља у породици постоји када је, при извршењу радње основног кривичног дела, коришћено оружје, опасно оруђе

⁵ Кривични законик, Службени гласник, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

⁶ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2006, 550.

⁷ *Ibidem*

или друго средство подобно да се тело тешко повреди или здравље тешко наруши. Последица радње извршења овог облика насиља у породици се манифестује у конкретној опасности по телесни интегритет или душевно стање пасивног субјекта, укључујући и последицу у виду наношења лаке телесне повреде. С обзиром на то да се ово дело врши употребом оружја или оруђа, наношење лаке телесне повреде се квалификује као опасна лака телесна повреда.⁸ За постојање дела неопходан је умишљај. Полазећи од веће друштвене опасности овог конкретног кривичног дела, законодавац је прописао и тежу кривичну санкцију – казна затвора од шест месеци до пет година (члан 194. став 2. КЗ).

Други тежи облик облик кривичног дела насиља у породици постоји ако је неко радњом из става 1. и става 2. члана 194. КЗ узроковао тешку телесну повреду или тешко нарушавање здравља члана породице или је дело учињено према малолетном лицу (члан 194. став 3. КЗ). За разлику од прва два облика насиља у породици, трећи облик се диференцира се и у погледу пасивног субјекта. у погледу последице. Законодавац изричито наводи у члану 112. став 10. да се под малолетним лице подразумева свако лице које није навршило 18 година старости. За овај облик предвиђена је казна затвора од две до десет година, док се као степен кривице у односу на последицу захтева да је извршилац поступао са нехатом, а у односу на пасивног субјекта са умишљајем.

Трећи тежи облик кривичног дела се отелотворује у смрти члана породице, услед дела из става 1, 2. и 3. члана 194. Кривичног законика (члан 194. став 4. КЗ), при чему је предвиђена казна затвора од пет до петнаест година, а ако је члан породице малолетно лице учинилац ће се казнити казном затвора од најмање десет година. У односу на смрт члана породице, извршилац мора да је поступао са нехатом, за разлику од убиства члана своје породице које је претходно злостављано од стране извршиоца код којег је неопходно постојање умишљаја, јер ће се, у случају да постоји умишљај у односу на смрт члана породице кога је извршилац претходно злостављао, радити о кривичном делу тешко убиство из члана 114 став 1 тачка 10 КЗ.

Посебан облик кривичног дела насиља у породици постоји услед кршења мере заштите од насиља у породици. У законодавству Републике Србије мере заштите од насиља у породици предвиђене су Породичним законом.⁹ Тако је чланом 198. став 2. Породичног закона прописано да су мере заштите: издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; забрана приближавања члану породице на одређеној уда-

⁸ Слободанка Константиновић Вилић, *op. cit.*, 179.

⁹ Породични закон, Службени гласник РС, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015

љености; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрана даљег узнемиравања члана породице. Мера заштите од насиља у породици може трајати најдуже годину дана.

С обзиром на природу овог кривичног дела потребно је да се пре него да пређемо на проблеме, који се јављају у погледу доказивања овог кривичног дела, разграничи појам жртве и оштећеног. Појам жртва подразумева особу која је, самостално или колективно, претрпела штету, укључујући физичке или менталне повреде, емоционалну патњу, економски губитак или значајно нарушавање својих основних права, услед чињења или нечињења које представља кршење неког од кривичних закона земље чланице, укључујући и оне законе којима се злоупотреба моћи прописује као кривично дело. Декларација Уједињених нација (УН) о основним принципима правде за жртве криминалитета и злоупотребе моћи из 1985. године подразумева под жртвом особу која је претрпела физичка или психичка оштећења, материјални губитак или значајно кршење основних права путем чињења или нечињења, при чему је то у супротности са домаћим кривичним законодавством.¹⁰

Са друге стране оштећени је физичко или правно лице чије је неко лично или имовинско право повређено или угрожено извршењем кривичног дела. Овај појам потиче из кривичног процесног права. Често се поистовећује са појмом жртва, односно са пасивним субјектом у кривичном материјалном праву. Ипак, у неким ситуацијама пасивни субјект кривичног дела није и не може да буде оштећени у процесном смислу јер је, услед извршеног кривичног дела, изгубио правни субјективитет. До оваквих ситуација долази уколико је дошло до убиства, тешке телесне повреде квалификоване смрћу и другим кривичним делима са смртном последицом. У том случају се као оштећени у кривичном поступку појављују најближи сродници и друга лица веома блиска пасивном субјекту кривичног дела.¹¹

3. ПРОБЛЕМИ У ДОКАЗИВАНЈУ НАСИЛЈА У ПОРОДИЦИ

Анализа облика кривичног дела насиља у породици нам показује да доказивање извршења појединих облика нужно захтева сведочење жртве. Наиме, код првог облика насиља у породици за доказивање извршења дела

¹⁰ Магнус Линдгрен, Весна Николић Ристановић, *Жртве криминалитета – међународни контекст и ситуација у Србији*, Организација за европску безбедност и сарадњу, Београд 2011, 20.

¹¹ Милан Шкулич, Драгана Лукић, *Опције особености положаја оштећеног у кривичном поступку и основни начини кривичнопроцесне заштите оштећених*, Улога и могућности јавног тужиоца у заштити жртава кривичних дела, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009, 25.

неопходно је сведочење жртве или сведочење чланова породице или неких других лица која су упозната са критичним догађајем. Исти је случај и код последњег, посебног облика насиља у породици. До одустанка сведочења оштећеног, односно виктимолошким речником жртве кривичног дела, често долази услед секундарне виктимизације која се може одредити као пооштравање примарне виктимизације услед неадекватне реакције друштвене средине и/или органа кривичног гоњења.¹² Пре него што кренемо на егземплификацију насиља у породици, навешћемо да је Основно јавно тужилаштво у Нишу током 2018. године, како је то сазнато у разговору са надлежним тужиоцем, одбацило 185 кривичних пријава за кривично дело насиља у породици, услед изостанка сведочења жртве, коришћења чланова породице правом да не сведоче, непостојања медицинске документације или других околности које онемогућавају доказивање извршења овог кривичног дела. Значајно је напоменути да је у анализираним предметима Основног јавног тужилаштва у Нишу за кривично дело насиље у породици вођен скраћени поступак на основу главе XX Законика о кривичном поступку.¹³

Као први пример немогућности доказивања кривичног дела насиља у породици навешћемо случај који се догодио у Нишу (КТ бр. 2197/17 – Основно јавно тужилаштво у Нишу). Наиме, кривичном пријавом је обухваћено више догађаја који су могли да буду окарактерисани као кривично дело насиље у породици. Тако се Марко К. осмог августа 2017. године око 16:30 часова у породичној кући у Нишу обратио оштећеном Ивици К., иначе његовом оцу речима: „П... к...”, а затим му отвореном шаком задао ударац у пределу лица, услед чега је Ивица пао на под кухиње. Истовремено му је насилник задао ударац у пределу левог кука, након чега је изашао из куће и упутио претње: „Ти ли се мајци жалиш на моје понашање? Сад ћу да те закољем.” Након тога је пришао оштећеном Ивици, ухватио га обема рукама за врат и одгурнуо са столице, услед чега је Ивица поново пао на под. Марко је узео столицу и њоме ударио жртву, при чему му није задао било какве повреде. На тај начин, како је то наведено у кривичној пријави, Марко К. је извршио кривично дело насиље у породици из члана 194 став 1 КЗ. Уједно, Марко К. је био агресиван и према својој ванбрачној партнерки Јелени П., јер јој се првог јануара 2019. године обратио речима: „Идеш у Београд да се ј..., курво гњиланска, курветине се ј... у д...”. Затим је ухватио руком за врат и рекао јој: „Иди код њега да те јебе”. У извештајима Центра за социјални рад „Свети Сава” из Ниша констатовано је да су односи Марка са његовим оцем генерално добри, али да је он понекад испољавао вербалну агресију, те да се

¹² Слободанка Константиновић Вилић, Весна Николић Ристановић, Миомира Костић, *Криминологија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2012, 460.

¹³ Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС

критичног догађаја први пут десило да Марко физички нападне свог оца. Исто тако, Центар за социјални рад у Нишу је нагласио да између Марка и његове ванбрачне партнерке постоје поремећени односи, при чему Марко услед конзумације алкохола постане агресиван према њој. Код Марка, према оцени стручњака, постоји средњи ризик од поновног вршења насиља у породици. Надлежно тужилаштво је одбацило кривичну пријаву, јер оштећена лица нису хтела да сведоче против Марка, а не постоји медицинска документација о евентуалним нанетим повредама.

Слична ситуација је била у случају од деветог септембра 2017. године. Наиме, у кривичној пријави је наведено да је осумњичени Дејан Ц. око 02:45 часова у алкохолисаном стању почео да малтретира свог оца Димитрија. Оштећени је приликом испитивања у Основном јавном тужилаштву у Нишу навео да не жели да сведочи. Имајући у виду да се осумњичени бранио ћутањем, да оштећени није хтео да сведочи, те да нема других очевидаца, као и медицинске документације, поступајући тужилац је одбацио кривичну пријаву за насиље у породици.

Још један интересантан случај догодио се 08. новембра 2017. године када је осумњичени Владимир Ђ. након краће расправе, физички напао и неколико пута ударио отвореном шаком у пределу главе своју супругу Мирјану Ђ. Том приликом јој је упутио погрдне речи: „Побићу вас, ј... вам матер” и „Зашто је ти пушташ кад сам ја рекао да не може”, а то све из разлога јер је његова супруга дозволила њиховој ћерки да иде у биоскоп (КТ бр. 108/18 – Основно јавно тужилаштво у Нишу). Полицијски службеници су, сходно члановима 16 и 17 Закона о спречавању насиља у породици,¹⁴ извршили процену ризика и утврдили да постоји ризик од могућег даљег вршења насиља у породици, те су насилнику изrekli хитне мере – привремено удаљење из стана и забрана контактирања и прилажења жртве. Како се окривљени бранио ћутањем, а жртва није хтела да сведочи, јавни тужилац у Нишу је одбацио кривичну пријаву. Са разлогом се поставља питање зашто у конкретном случају нису могли да се саслушају полицијски службеници који су изашли на лице места и одмах обавили разговор са жртвом насиља у породици. Уједно, могуће се ситуације да припадници органа унутрашњих послова затекну насилника у извршењу кривичног дела насиља у породици.

Поред тога што се као проблем доказивања насиља у породици јавља одустанак жртве да сведочи, могуће је у пракси наћи случајеве немогућности доказивања извршења овог кривичног дела чак и кад постоји медицинска документација о нанетим телесним повредама. С тим у вези навешћемо један случај из Основног јавног тужилаштва у Нишу. Наиме, у случају под бројем КТ 47/19 наведено је да се кривична пријава против осумњиченог Саше М.

¹⁴ Закон о спречавању насиља у породици, Службени гласник РС, бр. 94/2016

одбацује, јер не постоје основи сумње да је он извршио кривично дело насиља у породици. У кривичној пријави је наведено да је Саша М. након вербалне свађе са својом мајком, оштећеном Маријаном М., бацио столицу ка њој, а онда јој је задао два ударца песницом у пределу главе, при чему јој је рекао да ће је убити и запалити. Приликом саслушања пред Основним јавним тужилаштвом у Нишу осумњичени се бранио ћутањем, док се оштећења користила својим правом ослобођења од дужности сведочења (о овом праву ће посебно бити речи у наставку рада). Поступајући заменик јавног тужиоца је обавио увид у медицинску документацију у којој су констатоване повреде у виду посекотине чеоно лево изнад ока. Имајући у виду, како је то констатовано у решењу о одбацивању кривичне пријаве, да се осумњичени бранио ћутањем, да се оштећена користила својим правом ослобођења дужности сведочења, да нема других сведока критичног догађаја, те да иако постоји медицинска документација о повредама оштећене, није било могуће утврдити начин настанка истих, сматрано је да не постоје основи сумње да је пријављено лице извршило кривично дело насиља у породици из члана 194 КЗ.

Поред тога што не постоји могућност доказивања извршења насиља у породици чак и када постоји медицинска документација, јер жртва не жели да сведочи, постоје случајеви када је било евидентно да су нанете телесне повреде жртви, али да она није отишла код лекара како би добила налаз лекара о степену повреда и начину њиховог наношења. На тај начин доказивање насиља у породици је доста отежано. Наиме, у кривичној пријави од 11. јануара 2018. године (КТ бр. 354/18) је наведено да је осумњичени Бранислав Ђ., поменутог дана, око 17 часова физички напао своју супругу Бојану Ђ. и том пиликом више пута јој је задао удареце у пределу главе и тела услед чега је оштећена имала видне повреде у пределу левог ока. Међутим, жртва није отишла у болницу ради узимања лекарског уверења. Надлежно тужилаштво у поступку предузимања доказних радњи позвало као сведока радницу Центра за социјални рад из Сврљига, која је навела да јој је жртва испричала да ју је кобног дана супруг поново оптужио да га вара, те ју је више пута ударао ногама и рукама. Немилом догађају је присуствовала и њена свекрва која је покушала да је одбрани од насилника. Без обзира што је насилник у току разговора са радницом Центра за социјални рад навео да је он нанео повреду на левом оку своје супруге, али је то урадио двадесетак дана пре пријављеног догађаја, није било могуће доказати извршење кривичног дела наведеног дана. Уједно, радница Центра за социјални рад је изјавила да је по изгледу модрице могуће да је она нанета пре критичног догађаја. Такође, у свом исказу пред тужилаштвом је навела да је однос између Бранислава и Бојане дисфункционалан, те да у њиховим односима постоји хронично насиље.

Законодавац је предвидео у члану 103 Законика о кривичном поступку могућност да се сведоку који је с обзиром на узраст, животну искуство, начин

живота, пол, здравствено стање, природу, начин или последице извршеног кривичног дела, односно друге околности случаја посебно осетљив, орган поступка може по службеној дужности, на захтев странака или самог сведока одредити статус посебно осетљивог сведока. Полазећи од основа за добијање статуса посебно осетљивог сведока, можемо видети да жртве насиља у породици можемо подвести под примену овог члана ЗКП. Жртве насиља у породици су у највећем броју случајева жене и деца, што услед њиховог специфичног положаја доводи до законске могућности да имају статус посебно осетљивог сведока.¹⁵

Статус посебно осетљивог сведока одређује суд по службеној дужности или на захтев странака или сведока (став 2 члана 103). У односи на уобичајен начин извођења процесних радњи, законодавац је предвидео неколико одступања код сведочења посебно осетљивог сведока. Наиме, саслушање посебно осетљивог сведока, како је то прописано у ставу 4 члана 104 ЗКП, је могуће обавити уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица, о чему одлучује орган поступка. За разлику од уобичајеног начина испитивања сведока, испитивање посебно осетљивог сведока се може обавити употребом техничких средстава за пренос слике и звука. Испитивање се спроводи без присуства странака и других учесника у поступку у просторији у којој се сведок налази (став 2 члана 104). Посебно осетљиви сведок може се испитати и у свом стану или другој просторији, односно у овлашћеној институцији која је стручно оспособљена за испитивање посебно осетљивих лица. У том случају орган поступка може одредити примену техничких средстава за пренос слике и звука, односно мере из става (став 3 члана 104). Могуће је да у кривичном поступку постоје противуречности, када у случају да се ради о исказу сведока и окривљеног може доћи до једне специфичне ситуације. Наиме, према ставу 4 члана 104 ЗКП прописано је да посебно осетљиви сведок не може бити суочен са окривљеним, осим ако то сам окривљени захтева, а орган поступка то дозволи водећи рачуна о степену осетљивости сведока и о правима одбране. На тај начин долази до ограничавања суочавања окривљеног и посебно осетљивог сведока. У случају да постоји противуречност између исказа два сведока, не постоји било каква врста ограничења, већ се суочење спроводи на уобичајени начин – постављају се један наспрам другог, при чему им се налаже да понове своје исказе о одлучним чињеницама.¹⁶

¹⁵ Саша Атанасов, *Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела – докторска дисертација*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2016, 50.

¹⁶ Иван Илић, *Положај ошћенеог у кривичном процесу Републике Србије*, Мобилна правна клиника – пружање правне помоћи у условима теренског рада, Ниш 2017, 247-248.

Међитим, иако постоји законска могућност да се жртвама насиља у породици додели статус посебно осетљивног сведока, чиме би се олакшало његово доказивање, треба напоменути да се у пракси врло ретко додељује овакав статус жртвама уопште, те и жртвама насиља у породици. Разлоге недодељивања статуса посебно осетљивог сведока треба тражити у чињеници да у бројним судовима не постоји одговарајућа просторија, као ни опрема, која би омогућила коришћење ове законске могућности.¹⁷

Уједно, доказивање првог облика насиља у породици је могуће уз помоћ сведочења чланова породице учиниоца и жртве. Међутим, иако чланови породице често присуствују насиљу између појединих лица, са којима су у породичним везама, треба напоменути да се они често користе својим правом из члана 94 ЗКП – ослобођење од дужности сведочења, чиме се у случају да жртва одустане од сведочења онемогућава доказивање извршења кривичног дела насиља у породици. У поменутом члану Законика о кривичном поступку је прописано да је дужности сведочења ослобођен сродник окривљеног по крви у правој линији, у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродник по тазбини до другог степена закључно, као и усвојеник и усвојитељ окривљеног. Уколико је насиље у породици извршено према детету, а како је лице са којим окривљени живи у браку, ванбрачној или другој трајној заједници живота је ослобођено дужности сведочења, доказивање извршења кривичног дела ће бити додатно отежано. Малолетно лице које, с обзиром на узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права да је ослобођено од дужности сведочења, не може се испитати као сведок, осим ако то сам окривљени захтева. Како малолетна лица често присуствују сценама насиља у породици, то је још једна околност која отежава доказивање извршења кривичног дела насиља у породици.

Ради илустрације тога да се сродници насилника и жртве породичног насиља користе правом ослобођења од дужности сведочења навешћемо пример. Наиме, у предмету Основног јавног тужилаштва у Нишу (КТ бр. 221/18) дошло је до тога да се отац и мајка жртве насиља у породици позивају на своје право да не сведоче. Дана 22.12.2017. године Ружица Ж. је пријавила да је дошло до расправе на спрату куће између њене ћерке Иване Ж. и зета Милоша Ж. који је у видно алкохолисано стању упућивао својој супрузи речи: „П... ти материна. Ј... ти мајку и све по списку. Мрзим те. Ти само настави са таквим понашањем. Можда те на спавању убијем или не.” Након тога је Милош оборио своју супругу, рукама је ухватио у пределу вилице и почео да је дави. До насиља је, према објашњењу осумњиченог, дошло услед тога што је његова супруга посумњала да је он вара, те је проверила његов телефон. Због тога је дошло до свађе и на крају напада од стране Милоша. Међутим,

¹⁷ Стивен Бурнсајд, *Смјернице о мерама заштите у међународном праву и праву Републике Србије*, Винпро, Београд 2018, 35.

поред тога што жртва напада није хтела да сведочи против свог супруга, правом ослобођења дужности сведочења користили су се њен отац и мајка. На тај начин нису постојали докази да је дошло до извршења кривичног дела насиља у породици чиме је одбачена кривична пријава против осумњиченог Милоша Ж. Сличну ситуацију имамо и у случају пред Основним јавним тужилаштвом у Нишу под ознаком КТ бр. 110/18. У кривичној пријави је наведено да је 08.11.2017. године Бранимир Н. под дејством алкохола психички малтретирао свој оца Миодрага. Осумњичени живи на спрату породичне куће, док његов отац Миодраг и брат Ненад живе у приземљу. Наведеног дана око 17 часова је дошло до вербалног сукоба између Миодрага и Бранимира. Том приликом Бранимир је рекао: „Ј... те уста, и тебе и њега”, мислећи и на свог брата Ненада. Затим се уносио у лице свом оцу са жељом да се са њим физички обрачуна. Бранимир је онда отишао на спрат куће, али се убрзо вратио. Како су врата у приземљу била закључана ударио је руком по њима, те је разбио стакло. Надлежни јавни тужилац је одбацио кривичну пријаву против Бранимира Н. јер његов отац се користио својим правом ослобођења од сведочења.

Поред наведених ситуација, када жртва на жели да сведочи или када се чланови породице користе својим правом ослобођења дужности сведочења или када тужилаштво сматра да чак ни постојање медицинске документације о нанесеним телесним повредама није довољно за доказивање кривичног дела насиља у породици, могуће је навести још једну ситуацију када долази до одбацивања кривичне пријаве, јер тужилац није могао да установи ко је активан, а ко пасиван субјекат одређеног кривичног догађаја. Наиме, у решењу Основног јавног тужилаштва у Нишу (КТ 1219/18) наведено је да долази до одбацивања кривичне пријаве за кривично дело насиље у породици, јер у конкретном случају постоји само активно учешће обојице окривљених. Другим речима, у конкретном случају није се могло утврдити ко је започео тучу, без обзира што је за обојицу постојала адекватна медицинска документација. Кривична пријава је била поднета против два лица – Маријана А. и Стефана А. Приликом саслушања пред Основним јавним тужилаштвом осумњичени Стефан А. изјавио је да је био позван на вечеру са својом вереницом Јеленом М. од стране свог оца Маријана А. За време вечере дошло је до вербалног сукоба између оца и сина, јер је Маријан називао свог сина Милош, по његовом очуху. Маријан је у једном тренутку пришао Јелени, која је иначе била трудна, и рекао јој, милујући је по стомаку, „мали Милош”, чиме је желео да додатно иритира свог сина. Њему је то сметало, те је скренуо пажњу свом оцу рекавши му: „Зашто то говориш? Није мој очух имао односе са мојом женом, него ја.” Отац Маријан је приликом саслушања тврдио да не зна зашто је дошло до тога да га син удари, док син Стефан тврди да не може се сигурношћу да каже ко је започео физички

обрачун. Стога је поступајући заменик јавног тужиоца одлучио да одбаци кривичну пријаву против обојице, јер није могао да утврди ко је био извршилац кривичног дела насиља у породици, а ко је био жртва.

4. УПОТРЕБА ПАМЕТНИХ ТЕЛЕФОНА У СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

У претходној глави бавили смо се проблемима доказивања насиља у породици. Навођењем одговарајућих примера илустровали смо фактичке препреке којима је изложен надлежан тужилац приликом доказивања извршења кривичног дела. Један од начина превазилажења проблема доказивања насиља у породици огледа се у коришћењу законом предвиђене могућности у погледу додељивања статуса посебно осетљивог сведока. На тај начин би се предупредиле ситуације изостанка сведочења жртава насиља у породици.

Међутим, овиме нису превазиђене све ситуације, које смо навели, у вези доказивања насиља међу члановима породице. Пре него што образложимо начин функционисања Anti-Family Violence апликације, навешћемо већ постојеће апликације као што су Aspire, Daisy, Buzz News или Positive Pathways, ради указивања на њихове мане. Наиме, апликација Aspire као главну функцију има могућност обавештавања особе, из контакт листе, коју је жртва претходно одабрала, при чему не постоје друге функције.¹⁸ Код апликације Daisy могуће је тражити само подршку од стране државних органа или невладиних организација након виктимизације. На тај начин поменути апликације нема функцију превенције насиља у породици.¹⁹ Сличну функцију као Daisy, има и апликација Buzz News, те је стога нећемо посебно образлагати.²⁰ Positive Pathways има највећи број функција у смислу слања поруке полицији, али без могућности коришћења ГПС-а од стране органа унутрашњих послова, аудио снимање, при чему се такав снимак не аплодује на сервер полиције, те слања ГПС позиције, али само претходно одабраној особи из листе контаката.²¹ Са друге стране употреба паметних сатова омогућава само праћење локације одређене особе, уз коришћење углавном за праћење кретања деце, и могућност слања порука одређеној особи. Такође, за куповину паметног сата треба издвојити неколико стотина евра.

¹⁸ Techology safety, <https://www.techsafety.org/aspire>, 01. март 2020.

¹⁹ National sexual assault, domestic family violence counselling service, <https://www.1800respect.org.au/daisy/>, 01. март 2020.

²⁰ Buzz News App Just Released For iPhone, <https://www.lisahf.org.au/buzz-news-app-just-released-for-iphone/>, 01. март 2020.

²¹ Safety and Wellbeing App, <http://positivepathways.org.au/wp-content/uploads/2016/05/Safety-and-Wellbeing-App-Information-Sheet.pdf>, 01. март 2020.

Стога предлагемо прављење Anti-Family Violence апликације за мобилне телефоне чија се суштина огледа у томе да истовремено врши превенцију даљег вршења насиља у породици и помаже јавном тужилаштву да докаже извршење овог кривичног дела. Другим речима, апликација би функционисала на начин да се дугим држањем прста преко иконе апликације на мобилном телефону аутоматски позива полиција, при чему би полиција могла преко ГПС позиције да лоцира где се налази жртва насиља у породици. Битно је напоменути да би се, након активирања апликације, локација жртве континуирано бележила уз помоћ ГПС-а.

Уједно, активирањем апликације аутоматски би се укључиле задња и предња камера на телефону и почео би да се прави аудио и видео снимак. Уколико услед техничких карактеристика телефона није могуће укључити истовремено обе камере, у зависности од положаја телефона смењивао би се рад предње и задње камере. Истовремено би се тај снимак аплодовао на неки од тзв. клауда (cloud). Аплодовањем аудио и видео снимка на интернет меморију, која је под контролом органа унутрашњих послова, предупредила би се све ситуације немогућности доказивања извршења насиља у породици у смислу накнадног брисања снимка из меморије мобилног телефона од стране насилника или жртве услед разних разлога.

Инсталирањем апликације корисник се саглашава да омогући апликацији приступ одређеним деловима хардвера у мобилном телефону као што је локација, микрофон, камера итд. Након давања тражених дозвола, корисник врши обавезну регистрацију налога, остављајући основне податке о себи (име, презиме, број телефона, адреса, е-маил) који се верификују. У случају да прикупљени садржај, услед недоступности интернет везе, није прослеђен надлежним органима, приступ истом са мобилног уређаја могућ је само од стране овлашћених лица, не и од стране жртве или вршиоца насиља. Исто тако, у случају прекида интернет везе за време када је Anti-Family Violence апликација у функцији, снимак би се аплодовао чим интернет веза буде поново успостављена.

Употреба апликације доводи до постављања два питања. Прво се односи на употребну вредност тако прибављеног снимка на суду, а друго питање се односи да ли њеним коришћењем долази до извршења неког од кривичних дела предвиђених Кривичним закоником,

У погледу садржаја прикупљеног радом апликације, битно је указати на непостојање изричите могућности, односно на изостанак одредбе у Законику о кривичном поступку Републике Србије, која омогућава употребу истог, као доказа, на суду. Ову правну празнину у нашем законодавству, а можемо рећи и нон сенсе јер би се против жртве која трпи насиље у породици, услед „неовлашћеног снимања” нападача, могао покренути кривични поступак, могуће је превазићи системским тумачењем закона, односно повезивањем

одредби ЗКП-а са одредбама других закона, уз примену начела правичности. Прва могућност која води употреби прикупљеног садржаја на суду јесу одредбе Законика о кривичном поступку које уређују да се при доказивању не могу користити незаконити докази који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа (став 1 члан 16). У погледу питања које се огледа у томе да ли се прикупљањем садржаја нарушава приватност насилника, навешћемо одредбу Закона о заштити података о личности.²² У члану 3 овог Закона прописано је да у обраду података о личности спада и снимање, док је у члану 12 предвиђено да је обрада података без пристанка, у нашем случају у погледу снимања, дозвољена да би се остварили или заштитили животни важни интереси тог лица или другог лица, а посебно живот, здравље и физички интегритет.

Важно је указати и на Закон о јавном информисању и медијима²³ који је прописао листу разлога који ограничавају право на приватност у смислу овог закона. Иако ти разлози служе остваривању права грађана на информисање, они се могу употребити као критеријум у одлучивању да ли се одређени аудио и видео снимак могу користити у кривичном поступку. Наиме, овим законским текстом прописана су два одступања од права на приватност: 1) драговољно одступање (чл. 80 и 81) и 2) одступање због интереса јавности (члан 82). У погледу другог случаја неопходно је да на постављеној скали заштите интереса буде дата предност интересу јавности над интересом да се спречи употреба видео записа.²⁴ С тим у вези може се и напоменути да се за кривично дело насиље у породици гони по службеној дужности, што представља потврду могућности примене наведени одредби закона, јер је држава на тај начин указала на то да се извршењем кривичног дела насиља у породици не повређује само приватни интерес грађана.

Интересантно је споменути ставове појединих теоретичаре, попут професора Караса, који сматрају да се у одређеним случајевима и снимци направљени кршењем закона могу употребити уколико је такав доказ неопходан с циљем заштите неких других значајнијих интереса. Тако, на пример, хрватском праву постоји законско решења које дозвољава селективно коришћење оваквих доказа. Професор Карас истиче да грађанин, који се налази у ситуа-

²² Закон о заштити података о личности, Сл. гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012

²³ Закон о јавном информисању и медијима, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење

²⁴ Душан Лазич, Ивана Радосављевић, *Доказни значај аматерских аудио и видео записа*, Годишњак Факултета Безбедности, Факултет безбедности, Београд 2018, 379.

цији да буде виктимизиран услед извршења неког кривичног дела, посебно тежег, не поступа противправно када тајно (потенцијалног) насилника. Другим речима, овакво поступање (потенцијалне) жртве се може упоредити са поступањем у нужној одбрани. Уједно, професор Карас сматра да поступање грађанина, који тамно снима разговор у којем сам учествује, ради касније употребе таквог снимка, не треба посматрати као кривичнопроцесну радњу једног процесног субјекта, већ евентуално као радњу кривичног дела у вези с повредом приватности. Ипак, у ток случају би била искључена противправност због битнијег интереса. Са друге стране неопходно је истаћи да овакво размишљање професора Караса треба ценити у контексту члана 10 Закона о казненом поступку у којем је предвиђено да се, иако се судске одлуке не могу темељити на незаконитим доказима, незаконитим доказом неће сматрати доказ прибављен повредом права и слобода у поступку за тешке облике казnenих дела из надлежности жупанијског суда, код којих интерес казненог прогона претеже над повредом права.²⁵

Из ставова професора Караса произилази одговор на друго питање. Наиме, анализом бића кривичних дела из члана 143 КЗ у којем је прописано кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање, члана 144 КЗ у којем је инкриминисано неовлашћено фотографисање, члана 145 КЗ у којем је законодавац предвидео кривично дело неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка, као и члана 146 КЗ у којем је нормирано кривично дело неовлашћено прикупљање личних података, долазимо до закључка да евентуална употреба Anti-Family Violence Application не би представљала извршење неког од наведених кривичних дела, јер би недостајала противправност.

Посебан проблем може бити кориснички интерфејс који својим називом и изгледом након покретања не сме да открива своју праву намену. На овај начин, смањује се ризик откривања праве функције апликације од стране вршиоца насиља и евентуалних додатних последица по жртву насиља. Стога кориснички интерфејс може изгледати тако да апликација при покретању приказује листу најновијих вести, тзв. новсфеед, при чему су претрага и преглед вести у потпуности функционални. Други предлог у погледу изгледа корисничког интерфејса је да апликација нема класичан интерфејс.

Као проблем се може јавити и бојазан да неко не злоупотреби апликацију тако да је активира зарад пријављивања насиља у породици, а да оно није извршено. У том случају би се примењивале одредбе Кривичног законика везане за члан 334 и кривично дело лажно пријављивање. На тај начин би се предупредила евентуална злоупотреба апликације од стране несавесних

²⁵ Милица Ковачевић, *Приватно снимљени садржаји као доказ у кривичном поступку*, Правни записи, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2019 (бр. 1), 170.

грађана. Уједно, зарад потребне разумљивости да би злоупотреба апликације резултирала кривичним гоњењем за кривично дело лажно пријављивање, приликом инсталирања апликације би се налазило обавештење о томе. Корисник апликације би морао да прочита, те кликне одговарајуће поље како би доказао да је разумео које су последице евентуалне злоупотребе апликације.

Anti-Family Violence апликација за пријаву насиља у породици биће доступна током 2022. године у продавницама апликација најпопуларних мобилних платформи Google Playstore (Android) и Apple App Store (iOS).

5. ЗАКЉУЧАК

Доказивање насиља у породици ствара одређене проблеме који се манифестују у несведоченоу жртве или члана породице или непостојању медицинске документације. Услед ових проблема аутор је предложио стварање Anti-Family Violence Application. Употребом апликације створила би се могућност за благовремено позивање и реакцију полиције која би била у ситуацији да спречи даљу ескалацију насиља, јер њен долазак не би зависио од тога да ли је жртва могла да је позове. С тим у вези навешћемо пример у којем жртва насиља у породици услед трпљења психичких или физичког напада није била у могућности да позове полицију. Постојањем поменуте апликације пао би ризик њене даље виктимизације, јер долазак полиције на лице места не би зависило од њене могућности да путем фиксног или мобилног телефона обавести органе унутрашњих послова. Уједно, поред тога што би Anti-Family Violence Application помогла у спречавању даљег вршења насиља у породици, она би омогућила лакше доказивање извршења овог кривичног дела. Наиме, аплоудовањем садржаја прикупљеног активирањем апликације на тзв. клауд, доказивање кривичног дела не би зависило од спремности жртве или члана породице да сведочи. Овакав начин рада апликације, односно аутоматско аплоудовање садржаја на клауд, представља предност апликације и из разлога што жртва или насилник касније не могу да обришу снимак критичног догађаја.

Исто тако, аутор је у раду истакао евентуалне проблеме коришћења Anti-Family Violence Application са нормативног аспекта, истакавши начине превазилажења проблема у погледу евентуалне употребе апликације на суду ради доказивања извршења кривичног дела. Уједно, нагласио је да се употребом апликације не испуњавају биће ниједног кривичног дела предвиђених кривичним законодавством.

На крају треба нагласити да са коришћењем снимка насталог путем поменуте апликације треба бити нарочито опрезан, јер је могуће да је конкретно насиље у породици било ситуационог карактера, те се самим тим у

будућности неће извршавати. Инсистирањем на коришћењу снимка у конкретном случају створило би се више штете у међуљудским односима дате породице, него једноставним одбацавањем кривичне пријаве или одустанком од кривичног гоњења. Са друге стране, постоје случајеви насиља у породици које, иако су ситуациног карактера, због озбиљности последица треба кривично процесуирати. Наше мишљење је да снимак треба користити као још један адут у убеђивању жртве насиља у породици да сведочи, јер би се на тај начин смањиле штетне последице кривичног гоњења насилника. Такође, пракса коришћења Anti-Family Violence Application од стране јавног тужиоца ће показати у којим случајевима је опортуно користити снимак настао употребом овог програма.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Buzz News App Just Released For iPhone, <https://www.lisahf.org.au/buzz-news-app-just-released-for-iphone/>, 01. март 2020.
- Душан Лазић, Ивана Радосављевић, *Доказни значај аматерских аудио и видео записа*, Годишњак Факултета Безбедности, Факултет безбедности, Београд 2018, 379.
- Иван Илић, *Положај оштитењеној у кривичном процесу у Републике Србије*, Мобилна правна клиника – пружање правне помоћи у условима теренског рада, Ниш 2017, 247-248.
- Кривични законик, Службени гласник РС., бр. 10/2002
- Кривични законик, Службени гласник, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016
- Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичној законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2006, 550.
- Магнус Линдгрен, Весна Николић Ристановић, *Живе криминалисте – међународни контекст и ситуација у Србији*, Организација за европску безбедност и сарадњу, Београд 2011, 20.
- Милан Шкулић, Драгана Лукић, *Оштећене особе и положаја оштитењеној у кривичном процесу и основни начини кривичног процесне заштите оштећених*, Улога и могућности јавног тужиоца у заштити жртава кривичних дела, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009, 25.
- Милица Ковачевић, *Приватно снимљени садржаји као доказ у кривичном процесу*, Правни записи, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд 2019 (бр. 1), 170.
- National sexual assault, domestic family violence counselling service, <https://www.1800respect.org.au/daisy/>, 01. март 2020.
- Породични закон, Службени гласник РС, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015 Републички завод за статистику, *Пунолетни и малолетни учиниоци кривичних дела*, 2000-2004, Београд 2005, 4. и 6.

- Републички завод за статистику, *Пунолећни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2019. – Пријаве, оптужбења и осуде*, Београд 2020, 16. и 42.
- Safety and Wellbeing App, <http://positivepathways.org.au/wp-content/uploads/2016/05/Safety-and-Wellbeing-App-Information-Sheet.pdf>, 01. март 2020.
- Саша Атанасов, *Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела – докторска дисертација*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2016, 50.
- Слободанка Константиновић Вилић, *Кривичноправна заштитна жртва насиља у породици*, Правна клиника за заштиту права жена – Приручник за рад студенткиња/студената, Правни факултет и Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш 2011, 173.
- Слободанка Константиновић Вилић, Весна Николић Ристановић, Миомира Костић, *Криминологија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2012, 460.
- Стивен Бурнсайд, *Смјернице о мерама заштите у међународном праву и праву Републике Србије*, Винпро, Београд 2018, 35.
- Techology safety, <https://www.techsafety.org/aspire>, 01. март 2020.
- Закон о јавном информисању и медијима, Сл. гласник РС, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење
- Закон о спречавању насиља у породици, Службени гласник РС, бр. 94/2016
- Закон о заштити података о личности, Службени гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012
- Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 и 27/2021 – одлука УС

Darko T. Dimovski
University of Niš
Faculty of Law Niš
darko.dimovski@yahoo.com

Modern Technology as a Tool for the Prevention of Domestic Violence

***Abstract:** Regardless of the fact that there is an appropriate normative framework for sanctioning the commission of the criminal offense of domestic violence, in practice there are numerous problems for proving it before the competent court. Therefore, the author, citing examples from practice, identified problems in proving domestic violence. At the end of the paper, the author will, listing the existing mobile applications and their shortcomings, present ways to overcome these problems by using a newly created application that will have a dual function – prevention of domestic violence and its easier proof.*

***Keywords:** domestic violence, proving, prevention, modern technologies.*

Датум пријема рада: 04.05.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 10.07.2021.

Датум прихватања рада: 12.10.2021.

Душко М. Челић
Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској
Митровици
Правни факултет
dusko.celic@pr.ac.rs

ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНИМ КУЛТУРНИМ ДОБРИМА

Сажетак: У раду је изложена специфична правна природа културних добара и, са њиховим аспектима, специфична и бројна ограничења права својине. Као посебна врста ствари, које имају посебна својства, функције и намену у друштву, културна добра су предмет посебне стварноправне уређења. Такво, посебно стварноправно уређење поводом културних добара, представља резултат колективне јединичне („приватне“) и јавне (друштвене) интереса за очувањем културне баштине као оштре добра друштва. Ограничења права својине на непокретним културним добрима, представљају специфичну конкретизацију социјалне везаности права својине. Као основни извор права културних добара у Републици Србији, Закон о културним добрима, донет пре више од четвртог века, област својинских права на културним добрима регулише неопходно и неопрецизно, чак је и у колизији са касније донетим прописима, Уставом и Законом о јавној својини. Бројне одредбе о правима и обавезама власника непокретног културног добра су неопходне и неопрецизне а гаранције права својине недовољне. У раду је окренуто и питање стварноправног статуса и својинских ограничења на непокретним културним добрима која су истовремено бојослужбени храмови, чији су власници и корисници цркве и верске организације. Истакнуто је потреба да се својинска ограничења власника ових непокретних културних добара, прилагоде специфичним потребама цркава и верских организација, као и да се додато ограничи могућност захватања у право својине од стране јавних власти.

Кључне речи: непокретна културна добра, ограничења права својине, право право прече књиовине, експропријација, *res sacrae*.

1. О СОЦИЈАЛНОЈ ФУНКЦИЈИ ПРАВА СВОЈИНЕ

Од „светог” и готово недодирљивог права, својина је, продирањем етичких вредности у праву, чија је идеја у заштити слабијих и изложенијих и санкционисању егоизма, безобзирности и малициозности у вршењу права,¹ постала изложена све бројнијим и већим ограничењима, еволуирајући у концепт „својине као социјалне функције”, како ју је дефинисао Леон Диги.² По Дигију, предмет права својине треба користити не само у приватном, већ и у јавном интересу. Држава треба да одреди начин на који ће право својине бити остваривано у јавном интересу. Овакве идеје, добиле су правно рухо у већем броју правних система, као и у судској пракси. Могло би се рећи да у том погледу нарочити значај има правни систем Немачке, у чијем уставу је социјална функција својине изражена одредбом да својина обавезује и да њена употреба треба да служи јавној добробити.³ С обзиром да право својине треба да служи остварењу интереса власника али и да истовремено служи остварењу општих интереса, својина се у немачкој литератури и судској пракси посматрала истовремено кроз призму две гаранције; прву – индивидуалну, која подразумева заштиту својинских права сваког конкретног појединца и другу – институционалну гаранцију, која подразумева право државе да у јавном интересу ограничи институт својине.⁴ Својина је свеобухватно, али није потпуно неограничено право. Постојање ограничења својине је последица подвргавања власника и права својине правилима правног поретка. Власникова слобода не сме да иде толико далеко да угрожава битне интересе осталих чланова заједнице. Пуно право власника се ограничава правним и моралним нормама, како би се успоставила равнотежа између појединачних и општих интереса,⁵ та равнотежа је услов опстанка и хармоније друштвене заједнице.⁶

¹ Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд 1995, 223.

² Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2018, 67.

³ „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.” (чл. 14. ст. 2. Устава Немачке републике, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>), 15. фебруар 2021.

⁴ Д. Николић, С. Мидоровић, 71.

⁵ Duško Medić, „Ограничења права својине”, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka 10/2020, 22.

⁶ Радмила Ковачевић-Куштримовић, „Приватна својина и заштита општег интереса”, Приступ правосуђу, Инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, (ур. Р. Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2006, 136.

1.1. О социјалној природи културних добара као разлогу својинских ограничења

Када је реч о културним добрима, она су незамислива без социјалних функција, њихова суштаственост је социјална. Њихова функција се остварује у задовољавању духовних интелектуалних и емоционалних потреба човека и друштва.⁷ Културна добра доприносе упознавању сопственог идентитета и идентитета друштва односно нације. Они нам говоре ко смо и одакле долазимо.⁸ То су добра која имају језгро у самом колективитету, у његовој историји и предању, у ономе што се назива духом једног народа (колективитета), једне епохе, у најширем смислу човечанства. У том погледу, материјална културна добра представљају опредмећени, материјални вид континуитета једне нације (колективитета), а у најширем смислу, људске цивилизације.⁹ Својински облик на културним добрима, чак и са својом преовлађујућом индивидуалном суштином, не би смео да противречи социјалним функцијама културних добара, које пак чине саму њихову суштину, с обзиром да је у бити културних добара, као ствари и творевина материјалне и духовне културе, да су од општег интереса.¹⁰ Скуп добара наслеђених из прошлости, које људи препознају као одраз и израз својих вредности, веровања и традиција, која су у сталном процесу еволуирања, укључујући и све аспекте њихове околине који произлазе из међусобног деловања људи и природе у времену, независно од власништва, чине културну баштину једног народа.¹¹ Отуда и јавни интерес, интерес друштва да се културна добра заштите и сачувају (и) за будуће генерације, а у вези с тим и да се уреди режим њиховог коришћења.¹²

Иако културна добра и културна баштина нису синоними већ блиски појмови, мишљења смо да управо појмовно одређење културне баштине одражава још видљивије социјалну димензију објеката који је чине. Наиме, културну баштину чине културна добра коју је садашњи људски род наследио од предходних генерација, што природно укључује обавезу да се та добра у највећој могућој мери заштите и очувају и тако предају будућим

⁷ Милица Вучковић, „Ограничења права својине на културним добрима”, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Књига шеста, (ур. П. Димитријевић), Ниш 2016, 121.

⁸ Јелена Вилус, Правна заштита културних добара, Београд 2007, 14.

⁹ Драган Милуновић, „Ограничења права својине на културним добрима”, Гласник друштва конзерватора Србије, Београд, 1993/17, 18.

¹⁰ В. чл. 2. ст. 1. Закона о културним добрима – ЗКД, Службени гласник РС, бр. 7/1994, 52/2011 – др. закони, 99/2011 – др. закон, 6/2020 – др. закон.

¹¹ В. чл. 3. Нацрта закона о делатности заштите непокретних културних добара – Нацрт ЗДЗНКД, <https://www.kultura.gov.rs/extfile/sr/1862/nacrt-zakona-o-delatnosti-zastite-nepokretnih-kulturnih-dobara-c.doc>, 15. јануар 2021.

¹² В. чл. 1. ЗКД.

генерацијама.¹³ Шта више, идејом заштите културне баштине и преношења будућим генерацијама, прожета је и Конвенција о заштити светске културне и природне баштине, која је део правног поретка Србије.¹⁴ Дакле, у самом појму културне баштине садржана је идеја очувања односно заштите културних добара.

Као посебна врста ствари, које имају посебна својства, функције и намену у друштву, културна добра су предмет посебног стварноправног уређења, које коегзистира са општим стварноправним режимом, који је у начелу једнак за све објекте стварних права.¹⁵ Облик својине на културном добру, који може бити различит, у том погледу није непремостива препрека за остваривање социјалне функције културних добара, нити чињеница постојања приватне (искључиве) својине на културним добрима, представља супротност њиховој друштвеној суштини и сметњу за остваривање њихових социјалних функција, оптималну заштиту и коришћење и равноправну доступност свим члановима друштва.¹⁶ Такво, посебно стварноправно уређење, у овом случају поводом културних добара, представља резултанту коегзистенције појединачног („приватног“) и јавног (друштвеног) интереса. Реч је о скупу посебних и општих норми стварног права, са приватноправним и јавноправним елементима, који делују ограничавајуће на субјективна стварна права власника културних добара, чиме се остварује сврха односно јавни интерес поводом тих ограничења – заштита и коришћење културних добара. Специфичности прожимања јавног и приватног, специјалног и генералног, сеже до мишљења да се овај скуп правних норми може назвати Правом културних добара и да представља „нову грану нашег правног система“.¹⁷ Ограничења права својине на културним добрима у јавној својини, али и у свим другим својинским облицима, у циљу њихове заштите и коришћења као добара од општег интереса¹⁸, ради остварења друштвене културне „мисије“, не представља негацију права својине, нити измештање културних добара

¹³ Trpimir Šošić, „*Pojam kulturne baštine – međunarodnopravni pogled*“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 4/2014, 839.

¹⁴ В. чл. 4. Конвенције о заштити светске културне и природне баштине, Закон о ратификацији Конвенције о заштити светске културне и природне баштине, Службени лист СФРЈ, бр. 56/74.

¹⁵ Nikola Gavella, „*Грађанско право и посебна правна уређења за одређене врсте добара*“, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, 62 (5-6), (2012), 450.

¹⁶ Супротно, Д. Милуновић, 18.

¹⁷ Више о томе, в. Владимир Бргуљан, „*Својинско право – нова грана правног система*“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 3/1975, 445-453.

¹⁸ В. чл. 10. ст. 1, чл. 62. и Закона о јавној својини – ЗЈС, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 – др. закон, 108/2016, 113/2017, 95/2018, 153/2020.

Закон о јавној својини, непотребно и неуобичајено у упоредном праву, за културна добра у јавној својини, користи израз „предмети посебне вредности“. О овој и другим недоследностима у Закону о јавној својини в. Рајко Јелић, „Објекти јавне својине у праву

у искључиву сферу јавног права.¹⁹ Напротив, ограничења права својине на непокретним културним добрима, представљају специфичну конкретизацију социјалне везаности права својине.²⁰ Социјални карактер права својине на културним добрима, посебно је наглашен, с обзиром на специфичну друштвену улогу културних добара; отуда и бројна законска ограничења овлашћења коришћења и располагања на овим добрима.²¹ Социјалну функцију културних добара није могуће постићи, без нарочите интервенције јавне власти, односно уколико се власницима културних добара препусти вршење права својине у пуном обиму, имајући у виду њену примарно индивидуалистичку природу, и поред њених општих ограничења у оквиру општег стварноправног уређења права својине. Заштита и адекватно коришћење културних добара а нарочито непокретних културних добара, поред значајних финансијских средстава, која за власника могу представљати непремостив и непропорционалан терет, захтевају и стручна знања, техничку опрему, свест о вредности културних добара, као и осећање одговорности за опште интересе.²² Отуда се јавни интерес за адекватном заштитом и коришћењем културних добара остварује неком врстом државне монополизације послова заштите (конзервације, рестаурације, реконструкције, ревитализације, презентације, физичко-техничке заштите и сл.) културних добара, поверавањем тих послова специјализованим јавним органима и организацијама.

2. ОБИМ И ВРСТЕ ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА СВОЈИНЕ НА НЕПОКРЕТНИМ КУЛТУРНИМ ДОБРИМА

2.1. Обим ограничења права својине на непокретним културним добрима

Непокретна културна добра могу бити у јавној и приватној својини али су, без обзира на својински облик, подвргнута додатним својинским ограничењима у интересу очувања културног благостања друштва, као специфичним социјалним функцијама културне баштине. Међутим, обим својинских ограничења, ма колико бројна и значајна била, не може негирати сâмо право својине. Преласком те „црвене линије”, ограничења права својине представљала би негацију јемства права својине, које је једно од основних људских

Републике Србије”, *Идентитетски преображај Србије прилози пројекту 2015*, (ур. Р. Васић и М. Полојац), Београд 2016, 173-183.

¹⁹ Супротно, Д. Милуновић, 18.

²⁰ Gregor Virant, *Odvzem in omejitev lastinske pravice v javno korist ter socialna vezanost lastnine*, doktorska disertacija, Ljubljana, 1997, 218.

²¹ М. Вучковић, 121.

²² Д. Милуновић, *ibid.* 19.

права. Та ограничења у појединим случајевима могу бити неуобичајено обимна и тежобна за власника, али не могу прекорачити границу негације права својине.²³ Наиме, ни у овом случају држава није неограничена у посезању за прописивањем ограничења права својине на културним добрима генерално, па ни на непокретним културним добрима^{24,25}. Штавише, за експропријацију културног добра кумулативно се морају испунити услови за експропријацију предвиђени посебним правним режимом непокретних културних добара и општим правним режимом права на непокретностима, укључујући и уставне и међународне правне норме.²⁶ У том погледу, у праву је заступљено становиште да се посебна ограничења могу применити једино у складу са општим јемством права својине.²⁷

Истина, у недавној законодавној пракси Црне Горе, сведочили смо супротној „логици”, према којој својство непокретног културног добра („културне баштине Црне Горе”) које је физички постојало и пре 1. децембра 1918.

²³ О једном интересантном случају у пракси Савезног уставног суда Немачке (BVerfGE, 1999, 100, 226 – 248.), када услед примене мера заштите споменика културе власнику не преостаје никаква могућност смислене употребе својинског објекта, нити може да га отуђи без посебне дозволе, када је јавни орган заштите споменика културе одбио да изда власнику дозволу за рушење, Суд је оценио да се ради „о правној позицији која не завређује да буде названа својином”. У том случају, према оцени Суда, „одбијање издавања дозволе за рушење престаје да буде разумно”, па се јавни интерес за очување споменика културе, уколико је реч „о објектима изразито наглашеног културноисторијског значаја, интерес заједнице за њеним очувањем може се постићи његовом експропријацијом”. (Наведено према: Д. Николић, С. Мидоровић, 73-75.)

²⁴ Према Уставу Републике Србије: „јемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона”, истовремено „право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.” (Чл. 58. Устава Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98/2006.)

²⁵ *Zakon o varstvu kulturne dediščine – ZVKD, (Uradni list Republike Slovenije, 16/08, 123/08, 90/12, 111/13, 32/16)*, садржи децидну одредбу о заштити права својине на културним добрима, обиму и сврси ограничења, која је у свему у складу са актуелном јудикатуром Европског суда за људска права у вези са правом на мирно уживање имовине из чл. 1. Протокола 1. уз Европску конвенцију о људским правима: „Право својине и друга стварна права на културном наслеђу биће ограничена само на најмању могућу меру неопходну за вршење заштите. Држава, покрајине, општине и други субјекти заштите морају да изаберу оне мере које, постижу исте ефекте, и које су најмање ограничавајуће за власнике и непосредне држаоце на објектима културног наслеђа.” (в. чл. 5. ст. 1. ZVKD.)

²⁶ Овде се мисли пре свега на одредбе чл. 1. Протокола 1. уз Европску конвенцију о људским правима и јудикатуру Европског суда за људска права. Више о условима за задирање у право својине према пракси Европског суда за људска права, в. Dragoljub Popović, *Protecting property in European Human rights law*, Utrecht, 2009, 52-64, Бојан Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017, 1673-1679.

²⁷ Nikola Gavella, „О посебним правним уређенијима за поједине врсте ствари kao sastavnim djelovima stvarnopravnog uređenja”, Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Zagreb 2011, 24.

године, одређује својински статус тих непокретности као државну својину Црне Горе, на основу самог закона!²⁸ При томе се „културном баштином Црне Горе” у државној својини проглашавају „вјерски објекти и земљиште које користе вјерске организације на територији Црне Горе”.²⁹ Поменута квази-национализација – одузимање својине без накнаде, немумштo увијена у рухо „ограничења” права својине проглашењем за „културну баштину Црне Горе”, очигледно мотивисана ванправним разлозима, противречила је важећем правном поретку Црне Горе и међународним стандардима права на мирно уживање имовине из чл. 1. Протокола 1. уз Европску конвенцију о људским правима.³⁰ Остављајући друге аспекте поменуте ванправне логике по страни, за ову прилику истичемо да се у правном поретку Црне Горе, културна баштина, према *Zakonu o zaštiti kulturnih dobara*³¹, појмовно одређује као „скуп добара, наслијеђених из прошлости, које људи препознају као одраз и израз својих вриједности, вјеровања и традиција, која су у сталном процесу еволуирања, укључујући и све аспекте њихове околине који произилазе из међусобног дјеловања људи и природе у времену, *независно од власништва*” (*најласио: ауѿор*).³² Према томе, чињеница да је неко добро, макар и за потребе ZZKD, „проглашено” културном баштином Црне Горе³³, не значи нужно и истовремено њен прелазак у државну својину. На срећу по титулара права – Српску православну цркву, политичке промене у Црној Гори, омогућиле су да се противправности поменутог закона отклоне, доношењем измена и допуна овог закона, којима су укинуте (не само) одредбе чл. 62. и 63. ZZKD.³⁴ На жалост, не постоје гаранције да се злоупотреба законске власти у овом или сличном облику, не може поновити или догодити увек када се посегне за „законским неправом”.³⁵

²⁸ В. чл. 62. ст. 1. *Zakona o slobodi vjeroispovesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, Službeni list Crne Gore*, бр. 74/19.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Више о томе в. Горан Ђорђевић, Противправности Закона о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, Ниш 2020, и Слободан Орловић, Бранислав Ристивојевић, „Неуставност Закона о слободи вероисповести у Црној Гори”, Зборник радова „Правна традиција и интегративни процеси”, том II, (ур. Д. Челић), Косовска Митровица 2020, 61-82.

³¹ *Zakon o zaštiti kulturnih dobara – ZZKD, Službeni list Crne Gore*, бр. 49/2010.

³² В. чл. 11. тач. 9. ZZKD.

³³ Што је опет учињено мимо одредаба чл. 26. ZZKD.

³⁴ *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o slobodi vjeroispovesti ili uvjerenja i pravnom položaju vjerskih zajednica, Službeni list Crne Gore*, бр. 74/19, 8/2021.

³⁵ Тако, у чл. 5.4. „Nacrta Zakona o kulturno nasleđe” *de facto* власти на Косову и Метохији, предвиђено је да: „имовина археолошког наслеђа, која се налази унутар простора Косова, припада држави Косова”. Ако се има у виду да се према овом опскурном тексту, „археолошким наслеђем” сматрају: „споменици, насеља, структуре изграђене човеком руком од историјске, уметничке, културне, археолошке и архитектонске вредности, као и

Интензитет, односно обим ограничења својинских овлашћења на непокретним културним добрима, с друге стране, у директој је вези са степеном заштитног режима, који се пак одређује на основу значаја културног добра.³⁶ Према том критеријуму, културна добра се у позитивном праву Србије, разврставају у три категорије: културна добра, културна добра од великог значаја и културна добра од изузетног значаја.³⁷ Посебну категорију културног добра представља културно добро које је због својих изузетних универзалних вредности, утврђених према критеријумима Конвенције о заштити светске културне и природне баштине (познатија као УНЕСКО Конвенција)³⁸, уврштено на Листу светске баштине.³⁹ Истина, у ЗКД, ова категорија се не помиње, али је правни поредак Србије познаје на основу непосредне примене ратификованог међународног споразума.⁴⁰ Логично, режим заштите је садржајнији и обухватнији, уколико је значај културног добра већи, отуда су, у корелацији с тим, и ограничења права својине на непокретним културним добрима већа, уколико је значај тих културних добара већи.

У сваком организованом друштву систем заштите културних добара је институционализован, он предвиђа специјализоване органе и организације којима је у надлежност пренета делатност заштите културних добара. То су

објекти овакве природе које су рушевине, старости више од 100 година” (чл. 5.2.), јасно је шта су у погледу права својине на готово свом непокретном српском културном баштином, предвиделе *de facto* власти на Косову и у Метохији.

Иако је поменути „нацрт закона”, услед противљења представника СПЦ и међународних фактора на Косову и Метохији, „повучен из процедуре”, он се још увек налази на званичном сајту „владе Косова”: https://kryeministri-ks.net/wp-content/uploads/docs/PROJEKTLIGJI_PER_TRASHEGIMINE_KULTURORE.PDF, 11. марта 2021.

³⁶ Тјаša Ivanc, „Aktualna pitanja zaštite kulturne baštine s naglaskom na ograničenje prava svojine”, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, (ur. Silvija Petrić), Mostar 2010, Vol. 8, 407.

³⁷ В. чл. 2. ст. 3. ЗКД.

³⁸ Закон о ратификацији Конвенције о заштити светске културне и природне баштине, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 56/74.

³⁹ У оквиру УНЕСКО-а је 1992. године формиран Центар за светску баштину, који се налази у Паризу, и који представља главни координациони центар Програма. Програм светске баштине води евиденцију о добрима светске баштине у виду Листе светске баштине, на коју се уписују добра у категоријама Културне баштине и Природне баштине. До сада је на Листу светске баштине уписано 1092 добра на територији укупно 167 држава света, од чега је 845 добара Светске културне баштине, а свега 209 добара Светске природне баштине и 38 мешовитих добара, којима је обухваћена и природна и културна светска баштина. <https://whc.unesco.org/en/list/>, 17. март 2021.

Од категорисаних непокретних културних добара Србије, у Листу светске културне и природне баштине УНЕСК-а први је уписан споменички комплекс Стари Рас са Сопоћанима 1979. године, затим манастир Студеница 1986, следе манастир Дечани 2004, манастири Грачаница и Пећка Патријаршија и црква Богородица Љевишка у Призрену 2006, као и археолошко налазиште Гамзиград / Ромулијана 2007.

⁴⁰ В. чл. 194. ст. 3. Устава Републике Србије.

установе заштите културних добара, као специфични органи „старатељства културне баштине”⁴¹ једног друштва, који имају значајног утицаја на креирање ограничења права својине на културним добрима, тиме што општа и посебна законска ограничења конкретизују. Према српском позитивном праву, статус непокретног културног добра одређује Влада Републике Србије а културна добра од изузетног значаја одређује Народна скупштина.⁴² Мере заштите које се утврђују актом о утврђивању културних добара обухватају: 1) ближе услове чувања, одржавања и коришћења културног добра; 2) техничко-заштитне мере ради обезбеђивања културног добра од оштећења, уништења и крађе; 3) начин обезбеђивања коришћења и доступности културног добра јавности; 4) ограничења и забране у погледу располагања културним добром и његове употребе, у складу са законом; 5) ограничења, односно забране извођења одређених грађевинских радова, промене облика терена и коришћења земљишта у оквиру заштићене околине културног добра, као и промене намена појединих културних добара, и 6) уклањање грађевинског или другог објекта чије постојање угрожава заштиту или коришћење културног добра.⁴³

Ограничења права својине на непокретним културним добрима покушаћемо да систематизујемо у складу са општеприхваћеним појмом права својине, према коме се оно дефинише као најшире, у границама закона и јавног поретка, право држања, коришћења и располагања стварју, које се може истицати према свим трећим лицима.⁴⁴ Идући том логиком, најпре ћемо изложити ограничења права својине на непокретним културним добрима у погледу стицања, потом у погледу држања и коришћења (употребе) и најзад у погледу располагања непокретним културним добрима.

2.2. Искључење појединих начина стицања права својине на непокретним културним добрима и претпоставка права својине у корист државе

Ограничења права својине на непокретним културним добрима, почињу већ у области дозвољених оригинарних облика њеног стицања. Тако, према ЗКД, добро које ужива претходну заштиту, а налази се у земљи или води, или је извађено из земље или воде, у државној је својини.⁴⁵ Такође, на непокретним културним добрима у државној својини, право својине не може се стећи одржајем.⁴⁶ Ово ограничење ваља тумачити у складу са одговарајућим

⁴¹ Д. Милуновић, 17.

⁴² В. чл. 49. и 56. ЗКД.

⁴³ В. чл. 54. ЗКД.

⁴⁴ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Београд 1990, 103.

⁴⁵ В. чл. 12. ЗКД.

⁴⁶ В. чл. 14. тач. 2. ЗКД.

одредбама ЗЈС, тако да се односи на непокретна културна добра у јавној својини Републике Србије, аутономне покрајине и локалне самоуправе.⁴⁷ Такође, на непокретним културним добрима у јавној својини се не може стећи хипотека нити какво друго стварно право обезбеђења.⁴⁸ Иако ЗКД то није изричито одређено, системским и логичким тумачењем овог прописа, као и применом општих правила стварног права, могли би доћи то закључка да се на непокретном културном добру које је *res nullius* (напуштено, од непознатог власника и сл.), не може стећи право својине окупацијом. На то упућује одредба ЗКД, која предвиђа обавезу налазача покретног културног добра да о тој чињеници одмах а најкасније у року од 24 часа, обавести надлежну установу заштите културних добара као и министарство надлежно за унутрашње послове. У том случају, „уколико у откривању ствари нису коришћена средства из буџета” (не наводи се из ког буџета, мада би прецизније било навести да нису коришћена средства из јавних прихода), налазачу припада награда, коју утврђује установа којој се предмет предаје на чување⁴⁹, па се из тога, у условима непотпуности ове правне норме, може закључити да нађено покретно културно добро постаје јавна својина Републике Србије, аутономне покрајине или локалне самоуправе. Нацрт ЗДЗНКД садржи одредбу да непокретна културна добра не могу бити ничије ствари, односно да „морају имати власника или корисника” (што је правно-догматски нетачно, јер право својине и овлашћење коришћења нису синоними, те је израз „корисника” требало изоставити), уз изричиту одредбу да: „ако непокретно културно добро нема власника или се он не може утврдити или је непознат или непокретно културно добро остане без власника, власник постаје Република Србија”⁵⁰. Сличне одредбе садржане су у правним порецима држава насталих сецесијом из СФРЈ. Тако Закон о заштити и очувању културних добара⁵¹, према коме културно добро које нема власника или се он не може утврдити или је непознат, власником се сматра Република Хрватска,⁵² с тим да се археолошка налазишта испод земље, као врста непокретних културних добара, безусловно, на основу самог закона, сматрају „јавним добром у општој употреби у неутуђивом власништву Републике Хрватске”.⁵³ Закон о *varstvu kulturne dediščine*, садржи сличну законску претпоставку о праву својине државе (Републике Словеније) на културним добрима која немају власника,

⁴⁷ В. чл. 10. ст. 1, 4. и 5. у вези чл. 16. и 17. ЗЈС.

⁴⁸ В. чл. 17. ст. 1. ЗЈС.

⁴⁹ В. чл. 28. ЗКД.

⁵⁰ В. Чл. 67. Нацрта ЗДЗНКД.

⁵¹ Закон о заштити и очувању културних добара – ZZOKD, *Narodne novine*, br. 69/1999, 151/2003, 157/2003, 100/2004, 87/2009, 88/2010, 61/2011, 25/2012, 136/2012, 157/2013, 152/2014, 98/2015, 102/2015, 44/2017, 90/2018, 32/2020 i 62/2020.

⁵² В. чл. 18. ст. 2. ZZOKD.

⁵³ В. чл. 19а ст. 1. ZZOKD.

када њихов власник није познат или га није могуће одредити или када остане без власника,⁵⁴ као и за археолошка налазишта.⁵⁵ Закон за заштита на културното наследство⁵⁶, садржи одредбу о претпоставци права својине у корист државе, за непокретна културна добра чији се власник, на основу изјаве у форми потребној за упис брисања у јавном регистру непокретности, одрекао права својине, као и за непокретна културна добра чији власник је непознат у року од 10 година.⁵⁷ Интересантно је да у Црној Гори не постоји претпоставка државне својине у погледу непокретних културних добара чији се власник не зна, који се не може утврдити или која су напуштена. Закон о заштити културних добара садржи претпоставку државне својине само у погледу покретних културних добара у земљи или води, без обзира да ли су извађена.⁵⁸ У вези тих добара, која имају својство „археолошког материјала”, прописана је забрана стицања права (приватне) својине.⁵⁹

Ограничењем заснивања права својине на поменутиим категоријама непокретних културних добара, односно нормирањем законске претпоставке права својине у корист државе или каквог другог јавноправног субјекта (територијалне аутономије или локалне самоуправе), обезбеђује се аутоматизам у погледу заштите непокретних културних добара и истовремено демотивишу појединци од предузимања радњи (неовлашћеног истраживања, ископавања, непримереног и екстензивног коришћења и сл.), које би за последицу неминовно имале оштећење или уништење културних добара.

2.3. Ограничење овлашћења држања и употребе непокретних културних добара

Као што смо навели, сâмим утврђивањем својства културног добра на некој непокретној ствари, она не мења својинскоправни статус. Остајући и даље у својини истог власника пре утврђења статуса културног добра, његова својинска овлашћења ограничавају се мерама заштите непокретног културног добра.

Овлашћење држања непокретног културног добра ограничено је обавезом власника да допусти установи заштите, односно овлашћеним физичким лицима задуженим за послове заштите, преглед добара и узимање потребних података за израду документације о њима.⁶⁰ Поред тога, власник непокретног

⁵⁴ В. чл. 7. ZVKD.

⁵⁵ В. чл. 6. ZVKD.

⁵⁶ Закон за заштитата на културното наследство – ЗЗКН, Службен весник на РМ, бр. 20/04, 71/04 и 115/07.

⁵⁷ В. чл. 10. ЗЗКН.

⁵⁸ В. чл. 37. ZZKD.

⁵⁹ В. чл. 38. ZZKD.

⁶⁰ В. чл. 36. тач. 3. ЗКД.

културног добра, дужан је да дозволи научна и стручна истраживања, техничка и друга снимања, као и извођење мера техничке заштите на културном добру.⁶¹ Такође, власник је дужан да омогући доступност културног добра јавности.⁶² Испуњавање ових обавеза није могуће без ограничења својинског овлашћења држања, што значи да су обим и садржина овлашћења држања непокретних културних добара ограничени.

Власник непокретног културног добра не може употребљавати непокретно културно добро по свом нахођењу, (разуме се у границама закона и јавног поретка), како би иначе имао право сваки (други) власник било које (друге) ствари. Његово право коришћења органски је повезано обавезом чувања и одржавања, односно спровођења утврђених мера заштите, с пажњом доброг домаћина, као и са обавезом да сноси, до одређене мере, трошкове везане за остварење ових обавеза.⁶³ У случају грубог занемаривања ове обавезе, односно, када власник непокретног културног добра не извршава мере заштите, или их не извршава с пажњом доброг домаћина, односно кад привремено или трајно напусти културно добро тако да постоји опасност да оно буде оштећено или уништено, министарство надлежно за послове културе може одредити да се културно добро преда физичком или правном лицу као статарељу за спровођење мера заштите културног добра, уз његову сагласност.⁶⁴ Власниково овлашћење коришћења је ограничено самом природом ствари, те је оно изражено у законској одредби да је власник „дужан да употребљава добра у складу с њиховом природом и наменом.”⁶⁵ То значи да власник непокретног културног добра није овлашћен да користи културно добро у сврхе које нису у складу с његовом природом, наменом и значајем или на начин који може довести до оштећења културног добра.⁶⁶ Мишљења смо да је законодавац могао детаљније да нормира ову обавезу власника, на начин што би, примера ради, питање обављања привредне делатности у простору непокретног културног добра условио претходним добијањем дозволе органа надлежног за заштиту споменика културе и сл.

Власник такође није овлашћен да задире у материјалну супстанцу непокретног културног добра, на начин да раскопава, руши, преправља, презиђује, прерађује или врши било какве радове који могу нарушити својства културног добра без утврђених услова и сагласности надлежног органа.⁶⁷

⁶¹ В. чл. 31. ст. 1. тач. 3. ЗКД.

⁶² В. чл. 31. ст. 1. тач. 4. ЗКД. Закон у овом члану користи погрешан израз: „да обезбеди”, уместо исправног: „да омогући”.

⁶³ В. чл. 31. ст. 1. тач. 1. и ст. 2. ЗКД.

⁶⁴ В. чл. 33. ст. 1. ЗКД.

⁶⁵ В. чл. 36. ЗКД.

⁶⁶ В. чл. 32. ст. 1. тач. 1. ЗКД. Закон у овом члану користи израз: „не сме”, сматрамо да је примеренији: „није овлашћен”.

⁶⁷ В. чл. 32. ст. 1. тач. 2. ЗКД.

Мишљења смо да је законодавац и у овом случају требао да предвиди могућност именовања старатеља, односно управника, са овлашћењем да предузме мере ради спречавања оштећења или уништења непокретног културног добра. *De lege ferenda*, требало би предвидети да ове врсте старатељства (управљања) буду привременог карактера, односно да престају када престану разлози због кога су уведена, односно када власник поново почне извршавати обавезе чувања и заштите непокретног културног добра с дужном пажњом, у складу са законом и актом организације задуженом за заштиту споменика културе. Такође, пре примене ове мере, мишљења смо да би, у случајевима у којима је то могуће, требало нормирати неку врсту поступности, у смислу одређивања забране, обавезе враћања објекта у пређашње стање и/или рушења онога што је противправно урађено.⁶⁸

Власник културног добра је обавезан да установи заштиту неодложно обавештава о свим правним и физичким променама насталим у вези с културним добром.⁶⁹ Сматрамо ода је обавеза обавештавања о „правним променама” излишна у вези непокретних културних добара, с обзиром да је начин стицања и престанка права својине на непокретностима упис у регистар непокретности, којим се такође обезбеђује публицитет ових права.⁷⁰ Вероватно да је због тога ова обавеза изостављена у Нацрту ЗДЗНКД. Разуме се да обавеза обавештавања о оштећењу, пропасти и другим физичким променама на ствари представља ограничења овлашћења коришћења, јер власник ствари која нема својство културног добра нема никакве обавезе да о томе било кога обавештава.

У позитивном праву Србије, власник културног добра има право на правичну накнаду у случају забране коришћења или ограничења коришћења културног добра, право на накнаду штете коју трпи услед мере којом је обезбеђена доступност културног добра јавности као и на накнаду штете коју трпи за време извођења мера техничке заштите на културном добру.⁷¹ Нацртом ЗДЗНКД је предвиђено да „власницима припада накнада ради ограничења права власништва у складу са законом”.⁷² Мишљења смо да је израз „правична накнада” превазиђен и у нескладу са одредбом Устава којом се штити право на мирно уживање својине уз услов да у случају њеног оправданог ограничења или одузимања, накнада не може бити нижа од тржишне.⁷³

⁶⁸ Чини се да је донекле, али без предифања мере привременог управљања, у том погледу садржано у чл. 27-29. Нацрта ЗДЗНКД.

⁶⁹ В. чл. 32. ст. 1. тач. 2. ЗКД.

⁷⁰ О публицитетној функцији уписа права непокретности у регистар непокретности, в. Милош Живковић, *Право регистара непокретности*, Београд 2020, 126-128.

⁷¹ В. чл. 30. ЗКД.

⁷² В. чл. 97. тач. 5. Нацрта ЗДЗНКД.

⁷³ В. чл. 58. ст. 1. и 2. Устава Републике Србије.

Ограничења овлашћења држања и коришћења непокретног културног добра могу се систематизовати на: 1.) обавезе трпљења у које спадају: да омогући доступност непокретних културних добара јавности, стручним лицима (ради стручног и научног проучавања, прегледа, узимања узорака, израде документације, ради извођења мера заштите и сл.) и 2.) обавезе нечињења у које спадају: забрана преправки, измена, доградњи, промена намене, забрана употребе ствари противно њеној природи, намени или њеном културно-историјском значају и сл. Када је реч о правној природи ових ограничења, у теорији има мишљења да је реч о службеностима као специфичним инструментима заштите непокретних културних добара,⁷⁴ односно законским службеностима у служби господарења културним добрима.⁷⁵ Уколико би се прихватило овакво становиште, требало би констатовати да је реч о законским службеностима у општем (јавном) интересу и то како позитивним – у корист вршења повласних активности у јавном интересу (заштите и презентације културних добара), тако и негативним законским службеностима у јавном интересу (у које спадају обавезе власника непокретног културног добра на нечињење). Друго становиште, које не негира могућност постојања службености у јавном интересу, задржава се на констатацији да је у овом случају реч о законским ограничењима права својине у „општедруштвеном” (јавном) интересу.⁷⁶ Присталице овог становишта су свакако у праву, реч је о ограничењу права својине у јавном интересу, али без одговора о врсти или правној природи таквог ограничења. Најзад, постоје и схватања према којима је реч о јавноправним ограничењима права својине која су слична службеностима,⁷⁷ и на њих се не примењују правила о службеностима.⁷⁸ С обзиром да се залажемо за поглед, који уважава комплексну – грађанскоправну и јавноправну природу права својине на споменицима културе, сматрамо да се поменута ограничења не могу посматрати једино са становишта државног империјума, већ пре свега са становишта социјалне функције права својине, која је у случају споменика културе, у односу на друге ствари, најизразитија. Стога је правна природа ових ограничења права својине ближа законским службеностима у општем интересу, некој врсти неправих стварних службености.⁷⁹

⁷⁴ Д. Милуновић, *ibid.* 20.

⁷⁵ Aleksandra Popovski, „Zakonske služnosti u pravu Republike Hrvatske”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, (1991) vol. 35. Br. 2, 864-865.

⁷⁶ О. Станковић, М. Орлић, *ibid.* 6-63, исто и Zoran Rašović, *Stvarno pravo, Podgorica* 2010, 348.

⁷⁷ Duško Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske, Banja Luka*, 2016, 337.

⁷⁸ Zlatan Stipković, „Služnosti”, Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo, svezak 2, Zagreb*, 2007, 14, исто и Илија Бабић, *Грађанско право, Књига 2. Стварно право, Београд, Нови Сад* 2012, 234.

⁷⁹ Примера ради, законску службеност познаје Закон о електронским комуникацијама (Сл. Гласник РС, бр. 44/2010, 60/2013-одлука УС, 62/2014 и 95/2018-др. закон), у корист

2.4. Ограничења овлашћења располагања непокретним културним добрима

Ограничење овлашћења располагања непокретним културним добрима остварује се законским правом прече куповине у корист субјеката јавног права (државе, територијалне аутономије, локалне самоуправе, специјализованих јавних организација за заштиту споменика културе и сл.). Посредно, ограничење располагања може се остварити и експропријацијом непокретног културног добра, с обзиром да у том случају оно постаје јавна својина и по самом закону *res extra commercium*. Такође, обавеза власника непокретног културног добра, да у случају продаје намери износ улагања из јавних фондова, има ефекте посредног ограничења располагања. Мере посредног ограничавања располагања непокретних културних добара у функцији су очувања и заштите непокретног културног добра, с обзиром да нови власници подразумевају мање искуства па и знања у чувању и одржавању тог добра у односу на претходног, такође, са променом власника актуелизује се и питање промене намене непокретности, његове адаптације, прилагођавања потребама новог власника и сл.

Право прече куповине је право његовог титулара, да му власник ствари, када одлучи да ствар прода, првome понуди да је купи пре свих осталих евентуалних купаца, а ако власник то не учини или након учињене понуде и некоришћења права прече куповине од стране титулара, ствар прода под повољнијим условима трећем лицу, ималац права прече куповине може побити дејство такве продаје, захтевајући да се ствар уступи њему под истим условима под којима је била продата.⁸⁰ Законом о културним добрима предвиђено је право прече куповине у корист надлежне установе заштите.⁸¹ У погледу услова и поступка остваривања права прече куповине на непокретном културном добру, Закон упућује на закон којим се уређује промет непокретности.⁸² Овако нормативно уређење питања права прече куповине је поднормирано и отвара више питања. Најпре, Закон не одређује прецизно шта се подразумева под „надлежном установом заштите” – да ли је то подручна установа заштите на којој се конкретно непокретно културно добро налази или централна установа заштите – Републички завод за заштиту споменика културе или обе, и како се у том случају између њих одређује

оператора електронских услуга „када је то неопходно ради изградње или постављања електронских комуникационих мрежа и припадајућих средстава”. (чл. 50 Закона о електронским комуникацијама). У овом случају је изреком законске норме установљена службеност у јавном интересу у корист повласне делатности – оператора електронских услуга.

⁸⁰ Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, Novi Sad, 2002, 24.

⁸¹ В. чл. 119. Ст. 1. ЗКД.

⁸² В. чл. 119. Ст. 2. ЗКД.

право првенства у остваривању овог права?⁸³ Решења прецизног одређивања имаоца права прече куповине непокретног културног добра могу бити различита, од тога да се титулар овог права одреди по принципу централизације,⁸⁴ преко тога да то право имају сви субјекти заштите према територијалном критеријуму уз прецизирање редоследа између њих⁸⁵, до тога да се питање титулара права прече куповине одреди у зависности од значаја непокретног културног добра⁸⁶, што сматрамо примеренијим.

Као што смо навели, ЗКД не садржи посебне одредбе о поступку остваривања права прече куповине културних добара, већ упућује на закон којим се уређује промет непокретности. То значи да ће се на остваривање права прече куповине непокретних културних добара сходно примењивати одредбе чл. 5-10 Закона о промету непокретности.⁸⁷ У литератури је оправдано примећено да би правила поступка за остварење права прече куповине културних добара, требало да буду прилагођена њиховом значају и специфичностима, услед чега треба *de lege ferenda* нормирати посебан режим права прече куповине.⁸⁸ Између осталог, запажено је да је рок од 15 дана⁸⁹, за изјашњење имаоца права прече куповине о понуди продавца, непримерено кратак, имајући у виду значај и вредност непокретних културних добара и потребу ангажовања значајних средстава из јавних прихода за евентуалну куповину.⁹⁰ Поред овога, сматрамо да норма којом је одређена садржина понуде није примерена остваривању права прече куповине на непокретном културном добру, јер не садржи обавештење да је реч управо о тој значајној

⁸³ Р. Цветић, *ibid.* 248-249, исто и Слобода Мидоровић, Иван Милић, „Изазови права културних добара у Републици Србији”, Људска права између идеала и изазова садашњости, (ур. М. Крвавац), Косовска Митровица 2016, 184.

⁸⁴ С. Мидоровић, И. Милић, 185. Слична одредба садржана је и у чл. 78. Нацрта ЗДЗНКД.

⁸⁵ Такво решење садржано је у ZZOKD, у коме је прописано да је овлашћење располагања културним добрима ограничено у корист града или општине на чијој територији се културно добро налази, жупаније или Града Загреба и Републике Хрватске и да га ови субјекти могу остварити наведеним редоследом уколико га претходни ималац не оствари. (Више о томе, в. Tatjana Josipović, „Posebno stvarnopravno uređenje za kulturna dobra i arhivsku gradu”, Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Zagreb 2011, 389.

⁸⁶ Тако, уколико је реч о непокретним културним добрима од великог значаја и изузетног значаја, ималац права прече куповине у име Републике Србије, била би Централна установа заштите, а уколико би предмет продаје било непокретно културно добро које не спада у ове две категорије, ималац права у име Републике Србије била би подручна установа заштите на чијој територији се културно добро налази. Сличан принцип прихваћен је и у ZVKD (чл. 62.).

⁸⁷ Закон о промету непокретности – ЗПН, Службени гласник РС, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.

⁸⁸ С. Мидоровић, И. Милић, 185.

⁸⁹ В. чл. 8. ЗПН.

⁹⁰ С. Мидоровић, И. Милић.

чињеници, као и да су рокови за подношење тужбе за оглашавање правног посла без дејства у односу на имаоца права прече куповине и остваривање права прекупа у случају повреде права прече куповине, непримерено кратки,⁹¹ у том погледу у упоредном праву постоје примеренија решења.⁹²

У случају продаје културног добра у приватној својини за чије су одржавање, поправку и друге мере техничке заштите уложена средства буџета, власник је дужан надокнадити износ за који се, услед улагања тих средстава, повећала вредност културног добра.⁹³ ЗКД садржи одредбу о законској хипотеци на непокретном културном добру, као средству обезбеђења.⁹⁴ Као што смо навели, ова обавеза има ефекат посредног ограничавања промета оним непокретним културним добрима у чију заштиту су улагана средства из јавних прихода, с обзиром на најчешће значајан износ тих средстава. Мишљења смо да је заснивање законске хипотеке требало условити немогућношћу накнаде трошкова на други начина (уновчењем других имовинских права власника културног добра и сл.).

Експропријација културног добра је супстанцијално задирање у право својине и као такво, као и иначе у случају овог начина задирања у право на мирно уживање имовине, морају бити испуњени општи услови за њену допуштеност – законом предвиђени јавни интерес и правична накнада⁹⁵. Гаранција права својине ограничена је правом државе да уреди коришћење својине у складу са општим (јавним) интересом. Јавни интерес представља давање предности интересима друштва (заједнице), или пак одређене друштвене групе, у односу на појединачни интерес. Мишљења смо да јавни интерес у погледу експропријације непокретног културног добра, треба уже тумачити⁹⁶, имајући у виду да је реч о стварима *sui generis*. У погледу екс-

⁹¹ Субјективни рок од 30 дана, и објективни рок од две године, односно, у случају да је непокретност предата купцу без прописаног уговора, субјективни рок од годину дана и објективни рок од две године (чл. 10. ст. 2. и 4. Закона о промету непокретности).

⁹² Према ZZOKD, субјективни рок за поништење уговора о продаји културног добра у случају повреде права прече куповине, је 90 дана од дана сазнања за закључење уговора а објективни рок 5 година од дана закључења уговора. Исте рокове садржи и Закон за заштитата на културното наследство (чл. 141.).

⁹³ В. чл. 34. ст. 1. ЗКД.

⁹⁴ Закон користи израз: „ставља се хипотека”, (В. чл. 34. ст. 2. ЗКД), што је неприкладно и у основи нетачно. Примерен израз је: „заснива се”.

⁹⁵ О самој садржини гаранције заштите права на мирно уживање имовине и условима за задирање у то право у пракси Европског суда за људска права, в. анализу Европског суда за људска права први пут применио у случају *Sporrong и Lönnroth* против Шведске, А 52 (1982).

⁹⁶ Иако се не односи на експропријацију културних добара, и према пракси Европског суда за људска права дискреционо право државе да просуђује о јавном интересу није потпуно неограничено; суд ће процену јавних власти о томе да ли постоји јавни интерес поштовати,

пропријације непокретних културних добара, јавни интерес је заштита и очување културног добра а посебни услови које ваља испунити прописани су у ЗКД. Тако, експропријација културних добара се може спровести: 1) ако сопственик, односно корисник нема могућности или интереса да обезбеди спровођење мера заштите, па прети опасност да културно добро буде уништено; 2) ако се на други начин не могу обављати археолошка ископавања, и спровести мере техничке заштите на културном добру и 3) ако на други начин не може да се обезбеди доступност јавности културног добра од великог, односно од изузетног значаја.⁹⁷ Истоветни услови за експропријацију предвиђени су и Нацртом ЗДЗНКД.⁹⁸ Мишљења смо да поменути услови нису довољно прецизни и рестриктивни и да би *de lege ferenda* било неопходно нормирати услов да се на други начин не може остварити јавни интерес, као и да обим експропријације мора бити сразмеран интересу због кога се предузима. У том погледу, одредбе ЗVKD,⁹⁹ могу бити добар пример, за разлику од ZZKD, који садржи непримерно широко нормиране разлоге за експропријацију културног добра, који се могу изједначити са дискреционим правом.¹⁰⁰ Такође сматрамо да би у будућим одредбама о експропријацији културног добра требало навести обавезу органа на чији се предлог покреће поступак доношења одлуке о експропријацији, да наведе чињенице о испуњености посебних законских услова за експропријацију конкретног културног добра. Поступак спровођења експропријације непокретног културног добра спроводи се према одредбама Закона о експропријацији,¹⁰¹ о чему би у будућој реформи ЗКД требала да постоји упућујућа норма.

осим ако је „очигледно без разумне основе,”(случај *James* против Уједињеног Краљевства, 8. 7. 1986, А, 117), или се појам јавног интереса „узима прешироко”, (Случај *Hentrich* против Француске, 22. 9. 1994, А, 296-А).

⁹⁷ В. чл. 121. ЗКД.

⁹⁸ В. чл. 79. Нацрта ЗДЗНКД.

⁹⁹ „Razlastitev je dopustna, če so spomenik ali njegove zavarovane vrednote ogrožene in če njihove ohranitve ni mogoče doseči na drug način oziroma če ni mogoče na drug način zagotoviti dostopnosti spomenika v skladu z aktom o razglasitvi. Poseg v lastninsko pravico mora biti sorazmeren javni koristi, zaradi katere pride do razlastitve.” (чл. 63. Ст. 2. ZVKD).

¹⁰⁰ „Непокретно културно добро у приватној својини може се експропријисати, у складу са законом којим се уређује експропријација, ако је то неопходно ради вршења археолошких истраживања или спровођења прописаних мјера заштите.” (Чл. 11. ZZKD).

Интересантно да сличну безобалну одредбу о експропријацији непокретног културног добра, у значењу експлицитног дискреционог права „јавних власти”, садржи и поменути „Nacrt Закона о kulturno nasleđe”, *de facto* власти на Косову и Метохији, према којој: „Nepokretna imovina kulturne baštine može biti predmet eksproprijacije...kada se proceni nacionalni interes neke imovine kulturnog nasleđa.” (Чл. 36. ст. 2.3.).

¹⁰¹ Закон о експропријацији, Службени гласник РС, бр. 53/1995, 23/2001 – Одлука СУС, 20/2009, 55/2013 – Одлука УС, 106/2016 – Аутентично тумачење.

3. ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА СВОЈИНЕ НА *RES SACRAE* КАО НЕПОКРЕТНИМ КУЛТУРНИМ ДОБРИМА

Значај непокретних културних добара, која су истовремено и „света места” широко је препознат у целом свету. Она имају изузетан верски, културни, политички и економски значај; то су жива сведочанства верског и културног идентитета народа и заједница, имају виталну улогу у заштити културне разноликости, помажу у неговању социјалне кохезије становништва и на крају, имају значајну улогу у привлачењу великог броја ходочасника и посетиоца. Око 30% споменика уписаних у Листу светске културне баштине УНЕСКО, чини управо ова врста споменика културе.¹⁰² ЗКД не препознаје посебно религијска односно сакрална културна добра, која, поред тога што су од културне вредности, истовремено служе за обављање верских обреда и других потреба цркава и верских организација, иако је познато да је велики, готово најзначајнији део културне баштине Србије настао под окриљем Српске православне цркве, као и других традиционалних цркава, које делују у вишевековном континуитету до данашњих дана. Иако не постоји универзално прихваћена дефиниција „светих места”¹⁰³, могли бисмо, за потребе овог рада, рећи да њих чине богослужбени храмови (*res sacri*) и непокретности које су у складу са аутономним правом и праксом цркава и верских организација, проглашеним за свете (*res sancti*) као непокретна културна добра, која су, у складу са уставним принципом световности Републике Србије, односно одвојености цркава и верских заједница од државе и признатим правним субјективитетом и аутономијом,¹⁰⁴ у својини цркава и верских организација.

Ова културна добра су, с обзиром на своју сложену правну природу, *de facto* ван промета, мада у теорији постоје и супротна становишта¹⁰⁵. Уосталом, сличан правни статус имају и непокретна културна добра у јавној својини.¹⁰⁶

¹⁰² *Conclusions, Recommendations and Statement of the „International Seminar on The Role of Religious Communities in the Management of the World Heritage Properties”, Kyiv, 2–5 November 2010, para III, 2, www.kplavra.kiev.ua/seminar/rap_en.pdf, 17. март 2021.*

¹⁰³ Више о покушају одређења појма „светог места”, в. Andrea Benzo, „Towards a Definition of Sacred Places: Introductory Remarks”, in: *Between Cultural Diversity and Common Heritage Legal and Religious Perspectives on the Sacred Places of the Mediterranean*, (ed. by S. Ferrari and A. Benzo), London 2014, 22.

¹⁰⁴ В. чл. 44. Устава Републике Србије.

¹⁰⁵ Да се у нашем праву „свете ствари”, с обзиром на одвојеност цркава и верских организација од државе, налазе у промету в. О. Станковић, М. Орлић, 2, 14. Без експлицитног изјашњења о овом питању али имплиците у прилог становишту да су ове ствари у правном промету, в. Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазивић, *Стварно право*, Ниш 2009, 17.

¹⁰⁶ В. чл. 16 ст. 1 и ст. 4. ЗС. Истина, ова одредба је у несагласју са чл. 14. ст. 1. ЗКД, који предвиђа могућност „отуђења културних добара у државној својини”, али се несагласност ових норми има решити применом принципа *lex posterior derogat legi priori*,

С друге стране, у случају када су та добра, као културна добра подвргнута својинским ограничењима, она морају да прате специфичне гаранције права својине цркава и верских организација као специфичних аутономних организација којима је признат правни субјективитет и слобода у обављању богослужења и других верских потреба. Сматрамо да у погледу неких других ограничења права својине на овим објектима црквама и верским организацијама треба омогућити додатне гаранције, у складу са њиховом потребом да континуирано и неометано обављају богослужење, односно верске обреде и остале верске делатности у храмовима у њиховој својини и у складу са неповредивошћу и заштитом богослужбеног простора. Таква правна логика, у виду специфичне заштитне одредбе, садржана је у Закону о црквама и верским заједницама,¹⁰⁷ којим је предвиђено да сакрална и културна баштина цркава и верских заједница, укључујући и непокретна културна добра, не може бити предмет принудног извршења или отуђења у поступку стечаја или принудног поравнања.¹⁰⁸ Мишљења смо да нема разлога да се ограничења у погледу специфичних гаранција права јавне својине на непокретним културним добрима, не признају *mutatis mutandis*, и у погледу непокретних културних добара сакралног карактера у својини цркава и верских организација. Тако, сматрамо да је логично да се својина на непокретним културним добрима сакралног карактера не би могла стећи окупацијом ни одржајем, нити би се могла засновати хипотека нити било које друго стварноправно средство обезбеђења потраживања.

Када је реч о ограничењима других својинских овлашћења, овлашћења држања и коришћења, сматрамо да је *de lege ferenda* неопходно да ова ограничења не онемогућавају или ометају духовну мисију цркава и верских организација, односно да је неопходно уважавање сврхе тих непокретних културних добара у погледу обављања богослужења и других верских активности цркава и верских организација непосредно везаних за њихову духовну мисију. То се може учинити прописивањем границе својинских ограничења, на начин да су субјекти заштите дужни да прописују само оне мере заштите које су уз постизање истих ефеката најмање ограничавајуће за цркве и верске организације и уз поштовање њиховог унутрашњег поретка и организације делатности, што се односи и на ограничење обавезе омогућавања доступности непокретног културног добра јавности.

Када је реч о мери експропријације непокретног културног добра, које је истовремено и *res sacri* односно *res sancti* у својини цркава и верских организација, сматрамо да је таква мера, без обзира на евентуално постојање оправ-

што значи да су културна добра у јавној својини ван промета. (Више о томе, в. С. Мидоровић, И. Милић, 185-186.)

¹⁰⁷ Закон о црквама и верским заједницама – ЗЦ, Сл. Гласник РС, бр. 36/2006.

¹⁰⁸ В. чл. 27. ст. 1. ЗЦ.

даних разлога, неспојива са аутономним положајем цркава и верских организација и самом природом „светих ствари” и да би ове непокретности морале бити изузете од примене ове најдрастичније мере задирања у право својине.

Најзад, у вези мере премештања ове врсте непокретних културних добара, мишљења смо да садашња одредба у Закону о културним добрима, даје непримерено широку могућност дискреционе оцене „постојања оправданих разлога”,¹⁰⁹ за примену ове мере, која, без обзира на технолошки напредак, трајно утиче на својство ових културних добара *sui generis*. Стога би *de lege ferenda* разлоге за примену ове заштитарске мере, требало ограничити на случајеве у којима постоји изричито пристанак власника, као и на случајеве у којима прети непосредна пропаст или трајно оштећење непокретног културног добра услед покретања клизишта и других природних узрока, који се на други начин нису могли отклонити. У сваком случају, досадашња пракса премештања ових културних добара, изазвана директно или индиректно разлозима изградње објеката јавне инфраструктуре¹¹⁰ је непримерена и друштвено неоправдана.

3. ЗАКЉУЧАК

Суштина културних добара је друштвена – право на културу и потреба грађана на уживање културе је једно од основних људских права а културно наслеђе једне земље, једног народа, нераскидиво је везано с његовим идентитетом. Отуда јавни интерес за очувањем културне баштине, без обзира у чијој су својини културна добра. С тога власници културних добара, како покретних, тако и непокретних, поред уобичајених ограничења права својине, везаних за њену „друштвену функцију”, трпе додатна својинска ограничења чији је *ratio* у очувању културног благостања друштва.

Као основни извор права културних добара у Републици Србији, ЗКД, донет пре више од четврт века, област својинских права на културним добрима регулише непотпуно и непрецизно, чак је и у колизији са касније донетим прописима, Уставом и Законом о јавној својини. Као што смо навели, ЗКД није инкорпорирао ни Конвенцију о заштити светске културне и природне баштине, коју је СФРЈ ратификовала још давне 1974. године. Нацрт Закона о делатности заштите непокретних културних добара, садржи нешто потпунију регулативу, али је и даље доста простора за побољшање регулативе у области својинских права на непокретним културним добрима, у ком

¹⁰⁹ В. чл. 108. ЗКД.

¹¹⁰ <https://rs.sputniknews.com/komentari/201603101103866067-Potapanje-valjevske-Gracanice-ko-je-u-pravu/>, 17. март 2021.

погледу смо дали бројне предлоге *de lege ferenda*. Посебно зе залажемо за додатне гаранције права својине и прецизирање услова под којима се може засновати привремено управљање (старатељство) и спровести експропријација непокретног културног добра, као и на потребу да се, без обзира на њихов својински статус, искључи могућност принудног извршења и заснивање стварноправних средстава обезбеђења. Такође, указујемо да је неопходно да се прецизирају, прилагоде и допуне норме поводом спровођења права прече куповине непокретног културног добра у погледу дужине рокова за коришћење права приоритета и права прекупа, тако и прецизирања титулара овог права. Предлажемо да се институт привременог управника (старатеља) непокретног културног добра, примени по принципу поступности – када се другим мерама не може постићи циљ, чиме би знатно био сужен домен примене најдрастичније мере задирања у право својине – експропријације.

На крају, покренули смо питање својинскоправног статуса оних непокретних културних добара, која су истовремено богослужбени храмови, света места, која су, поред изузетне културне вредности, у функцији упражњавања религије и верских права грађана. Због њиховог значаја и специфичне правне природе, сматрамо да њихов посебан статус, својинска ограничења ради остваривања јавног интереса у области културе, као и додатне својинске гаранције црквама и верским организацијама, треба правно уредити.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Илија Бабић, Грађанско право, Књига 2. Стварно право, Београд, Нови Сад 2012;
Andrea Benzo, „Towards a Definition of Sacred Places: Introductory Remarks”, in: *Between*
Владимир Бргуљан, „Сйоменичко право – нова права правној сисџема”, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 3/1975;
Јелена Вилус, Правна заштита културних добара, Београд 2007;
Gregor Virant, *Odvzem in omejitve lastinske pravice v javno korist ter socialna vezanost lastnine*, doktorska disertacija, Ljubljana, 1997;
Милица Вучковић, „Ограничења права својине на културним добрима”, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, Књига шеста, (ур. П. Димитријевић), Ниш 2016;
Nikola Gavella, „О посебним правним уређењима за поједине врсте ствари као саставним дјеловима стварноправног уређења”, Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo-posebna pravna uređenja*, Zagreb 2011;
Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*, Zagreb 2011;
Nikola Gavella, „Грађанско право и посебна правна уређења за одређене врсте добара”, *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu*, 62 (5-6), (2012);
Горан Ђорђевић, Противправности Закона о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница, Ниш 2020;

- Милош Живковић, Право регистара непокретности, Београд 2020;
- Тјаša Ivanc, „Aktualna pitanja zaštite kulturne baštine s naglaskom na ograničenje prava svojine”, *Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, (ur. Silviја Petrić), Mostar 2010, Vol. 8;
- Рајко Јелић, „Објекти јавне својине у праву Републике Србије”, *Идентификациони пројекти Србије прилози пројекту 2015*, (ур. Р. Васић, М. Полојац), Београд 2016;
- Татјана Јосиповић, „Posebno stvarnopravno uređenje za kulturna dobra i arhivsku građu”, Радмила Ковачевић-Куштримовић, „Приватна својина и заштита општег интереса”, Приступ правосуђу, Инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, (ур. Р. Ковачевић-Куштримовић), Ниш 2006;
- Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, Стварно право, Ниш 2009;
- Duško Medić, Novo stvarno pravo Republike Srpske, Vanja Luka, 2016;
- Duško Medić, „Ograničenja prava svojine”, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, Vanja Luka 10/2020;
- Слобода Мидоровић, Иван Милић, „Изазови права културних добара у Републици Србији”, Људска права између идеала и изазова садашњости, (ур. М. Крвавац), Косовска Митровица 2016;
- Драган Милуновић, „Ограничења права својине на културним добрима”, Гласник друштва конзерватора Србије, Београд, 1993/17;
- Душан Николић, Слобода Мидоровић, „Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2018;
- Слободан Орловић, Бранислав Ристивојевић, „Неуставност Закона о слободи вероисповести у Црној Гори”, Зборник радова „Правна традиција и интегративни процеси”, том II, (ур. Д. Челић), Косовска Митровица 2020;
- Dragoљub Popović, *Protecting property in European Human rights law*, Utrecht, 2009;
- Aleksandra Popovski, „Zakonske služnosti u pravu Republike Hrvatske”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, (1991) vol. 35. br. 2;
- Zoran Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica 2010;
- Обрен Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Београд 1990;
- Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, Увод у грађанско право, Београд 1995, 223.
- Zlatan Stipković, „Služnosti”, Nikola Gavella i dr, *Stvarno pravo, svezak 2*, Zagreb, 2007;
- Бојан Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017;
- Radenka Cvetić, *Pravo preče kupovine*, Novi Sad, 2002;
- Трпимир Шошић, „Pojam kulturne baštine – međunarodnopravni pogled”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 4/2014;
- Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98/2006;
- Устав Немачке републике <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> 15. фебруар 2021;
- Закон о јавној својини, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 – др. закон, 108/2016, 113/2017, 95/2018, 153/2020;

- Закон о културним добрима, Службени гласник РС, бр. 7/1994, 52/2011 – др. закони, 99/2011 – др. закон, 6/2020 – др. Закон;
- Закон о ратификацији Конвенције о заштити светске културне и природне баштине, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 56/74;
- Закон о електронским комуникацијама, Сл. Гласник РС, бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014 и 95/2018-др. закон;
- Закон о експропријацији, Службени гласник РС, бр. 53/1995, 23/2001 – Одлука СУС, 20/2009, 55/2013 – Одлука УС, 106/2016 – Аутентично тумачење;
- Закон о промету непокретности, Службени гласник РС, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015;
- Конвенција о заштити светске културне и природне баштине, Закон о ратификацији Конвенције о заштити светске културне и природне баштине, Службени лист СФРЈ, бр. 56/74;
- Закон о varstvu kulturne dediščine, *Uradni list RS*, 16/08, 123/08, 90/12, 111/13, 32/16;
- Закон о заштити kulturnih dobara, *Službeni list Crne Gore*, бр. 49/2010;
- Закон о заштити i очувању kulturnih dobara, *Narodne novine*, бр. 69/1999, 151/2003, 157/2003, 100/2004, 87/2009, 88/2010, 61/2011, 25/2012, 136/2012, 157/2013, 152/2014, 98/2015, 102/2015, 44/2017, 90/2018, 32/2020 i 62/2020.
- Закон за заштитата на културното наследство, **Службен весник на РМ**, бр. 20/04, 71/04 и 115/07;
- Закон о слободи вјероисповести или увјерења i правном положају вјерских заједница, *Službeni list Crne Gore*, бр. 74/19;
- Закон о измјенама i допунама Закона о слободи вјероисповести или увјерења i правном положају вјерских заједница, *Službeni list Crne Gore*, бр. 74/19, 8/2021;
- Нацрт закона о делатности заштите непокретних културних добара, <https://www.kultura.gov.rs/extfile/sr/1862/nacrt-zakona-o-delatnosti-zastite-nepokretnih-kulturnih-dobara-c.doc>, 15. јануар 2021;
- „Nacrt Zakona о kulturno nasleđe”, https://kryeministri-ks.net/wp-content/uploads/docs/PROJEKTLIGJI_PER_TRASHEGIMINE_KULTURORE.PDF, 11. марта 2021;
- <https://whc.unesco.org/en/list/>, 17. март 2021;
- Conclusions, Recommendations and Statement of the „International Seminar on The Role of Religious Communities in the Management of the World Heritage Properties”*, Kyiv, 2–5 November 2010, para III, 2, www.kplavra.kiev.ua/seminar/rap_en.pdf, 17. март 2021;
- <https://rs.sputniknews.com/komentari/201603101103866067-Potapanje-valjevske-Gracanice-ko-je-u-pravu/>, 17. март 2021;
- Sporrong i Lönnroth* против Шведске, А 52, 1982;
- James* против Уједињеног Краљевства, 8. 7. 1986, А, 117;
- Hentrich* против Француске, 22. 9. 1994, А, 296-А.

Duško M. Čelić

University of Pristina temporarily settled in Kosovska Mitrovica

Faculty of Law

dusko.celic@pr.ac.rs

Restrictions on Property Rights on Immovable Cultural Heritage

Abstract: *The paper presents the specific legal nature of cultural goods and, from that aspect, the specific and numerous restrictions on property rights. As a special kind of object, which have special quality, functions and purpose in society, cultural goods are the object of a special property law arrangement. Such, especially property related regulation, in the case of cultural goods, is the result of the coexistence of individual (“private”) and public (social) interest in preserving cultural heritage as a general good of society. Restrictions on property rights on immovable cultural heritage, represent a specific concretization of the social attachment of property rights. As the main source of cultural property rights in the Republic of Serbia, the Law on Cultural Heritage, passed more than a quarter of a century ago, regulates the area of property rights on cultural goods incompletely and imprecisely, even in conflict with later regulations, the Constitution and the Law on Public Property. Numerous provisions on the rights and obligations of the owners of immovable cultural property are incomplete and imprecise and guarantees of property rights are insufficient. The paper also raises the issue of cultural property rights and property restrictions on immovable cultural heritage, which are at the same time worship temples, whose owners and users are churches and religious organizations (res sacrae). It is necessary to adjust the property restrictions of the owners of these immovable cultural heritage, to the specific needs of churches and religious organizations, as well as to further limit the possibility of encroachment on the right of ownership by public authorities.*

Keywords: *immovable cultural heritage, restrictions on property rights, right of pre-emption, expropriation, res sacrae.*

Датум пријема рада: 26.03.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 16.06.2021.

Датум прихватања рада: 12.10.2021.

Далибор Б. Ђукић
Универзитет у Београду
Правни факултет у Београду
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs

Раде В. Кисић
Универзитет у Београду
Православни богословски факултет
rkisic@bfspc.bg.ac.rs

СВЕТИ И ВЕЛИКИ САБОР У КОНТЕКСТУ УСТАНОВЕ САБОРНОСТИ – ЦРКВЕНОПРАВНА И ЕКУМЕНСКА ПЕРСПЕКТИВА*

Сажетак: Припреме за Свети и Велики Сабор Православне Цркве који је одржан на Крију 2016. године представљају савремен израз усманове саборности. Аутори су у раду направили компаративни приказ црквеноправне и екуменске перспективе ове усманове са циљем да идентификују сличности и разлике у саборној свести Цркве. Основна хипотеза рада састоји се у ставу да све припремне радње и окуљања представљају Православних Цркава са циљем организације Свети и Великог Сабора представљају фазу развоја усманове саборности. У првом делу рада указано је на изузетну флексибилност ове усманове која се лако прилађавала различитим црквеним потребама и друштвеним околностима, као и на то да саборност представља основну институцију на којој почива црквена организација од парохијској и манастирској до универзалној, њј. васељенској нивоа. У другом делу рада представљени су припремни сабори и проблематика са којом су се они суочавали. Овај закључак рада могао би се резимирати у ставу да је усманова саборност у Православној Цркви превазишла свој црквено-правни значај, који ће увек бити неумитан, и да је добила своју екуменску перспективу чиме је постала фактор савремених међуцрквених и међуверских односа.

Кључне речи: саборност, Кријски сабор, њмесни сабори, васељенски сабори, њредсаборске конференције.

* Рад представља прилог стратешком пројекту „Идентитетски преображај Србије” за 2020. годину.

1. УВОД

„Историјски усуд и удес свих Православних Цркава, без изузетка, у протеклим вековима учинио је да се за једно време потисне саборска пракса ширих размера. Стога предстојећи ‚Свети и Велики Сабор‘ има непрочењиви значај за обнову саборног и канонског самосазнања у нашој Цркви”¹, изјавио је Епископ западноамерички Максим у интервјуу датом *Полиџици* уочи одржавања Сабора на Криту 2016. године. Поменути историјски усуд тиче се чињенице да Православне Цркве вековима нису имале једну такву врсту сабрања као што је критски Сабор.² Разлоге овог усуда не треба тражити у слабљењу саборне свести јер је та свест била жива и пројављивала се на локалном и помесном нивоу, иако њено пројављивање на васељенском нивоу није било могуће захваљујући пре свега друштвено-политичким факторима. Међутим, почетком двадесетог века у Православним Црквама сазрева спознаја о неопходности пројаве саборне свести и на васељенском нивоу односно спознаја о неопходности сазивања једног свеправославног сабора. Већ на самом почетку припрема за Сабор искрсла су питања о карактеру односно о црквеноправном статусу будућег Сабора, тј. о његовом месту у контексту црквених сабора првог миленијума. Стога ће први део овог рада бити посвећен појму саборности и настанку и развоју институције саборности (односно сабора) у првим вековима хришћанства. Саборна свест ране Цркве пројављивала се сазивањем сабора на различитим нивоима црквеног организовања и стицање увида у саборну праксу ране Цркве представља предуслов за правилно разумевање значаја и места Светог и Великог Сабора.

Међутим, поред укоренености у вишевековну праксу ране Цркве, критски Сабор представља и рефлексију савремених изазова, што доктринарних што црквеноправних, са којима су помесне Православне Цркве биле суочене у XX односно XXI веку. Вишедеценијске припреме за Сабор не могу се посматрати само као последица комплексних друштвено-политичких прилика и промена већ су оне биле условљене и потрагом за начинима пројаве саборне свести Православне Цркве у сада сасвим новим животним околностима и то након вишевековне принудне „паузе” у сазивањима сличних сабора. Пажљиво проучавање тока саборских припрема открива не само црквеноправне изазове, са којима су Православне Цркве биле суочене, него и развој по питању разумевања појмова као што су аутокефалија, аутономија, примат, саборност, еклисиолошки идентитет, итд. Бројна питања која су се појављивала током припреме као што је нпр. питање формирања управ-

¹ Епископ западноамерички Максим, *Дневник са Сабора*, Лос Анђелес 2016, 13.

² Епископ браничевски Игнатије, „Саборност и свхаристијско јединство Цркве”, *Свети и Велики Сабор. Учешће и сведочење Српске Православне Цркве*, Цетиње – Београд 2017, 374.

них структура на свеправославном нивоу, сведоче дакле, са једне стране, о потреби за изналагањем нових модуса међуправославне сарадње, али са друге стране, сведоче и о потешкоћама које се јављају када православни треба да говоре једним гласом. Због тога ће у другом делу рада бити сажето представљен процес припреме за Сабор са нагласком на поједине црквеноправне и екуменске елементе. Екуменски елементи су значајни не само због тога што настанак екуменског покрета даје импулс и за чвршће међусобно повезивање православних него и због тога што је цео процес припрема у значајној мери обележила проблематика односа Православне Цркве према другим хришћанима.

У трећем и закључном делу рада Свети и Велики Сабор Православне Цркве ће бити сажето размотрен и позициониран у контексту сабора ране Цркве, посебно узимајући у обзир све околности у којима је сазван и одржан као и црквеноправне одредбе које су одредиле његов ток и начин. Поред тога, у закључном делу рада биће сумирани и екуменски аспекти саборских припрема као и самог Сабора.

2. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ О ПОЈМУ САБОРНОСТ

Саборност (или синодалност) спада међу црквеноправне установе које своје зачетке имају у организацији првобитних хришћанских заједница. Термин сабор се у црквеноправној литератури најчешће користи као *terminus tehnicus* којим се означава орган црквене управе у чијем раду учествују епископи. У питању је (донекле) успешан превод грчког термина синод (*σύνδοδος*). Реч *σύνδοδος* је сложеница састављена из префикса *σύν-*са и именице *οδός*-пут, што би у буквалном преводу значило сапутништво, следбеништво, састајање или окупљање.³ У античкој Грчкој тим термином означаван је долазак, окупљање, састанак, савет или скуп грађана чија је сврха решавање питања од општег интереса и доношење неопходних одлука.⁴ Иако се појам синод не сусреће у Новом завету, веома рано се појављује у хришћанској књижевности. Ради се о полисемичној речи, чије значење је зависило од контекста у којем се користи.⁵ Чињеница да се под појмом синод

³ Γεώργιος Δ. Μπαμπινιώτης, *Λεξικό της νέας ελληνικής γλώσσας*, Αθήνα 2002, 1709. N. P. Tanner, *The Councils of the Church: A Short History*, New York 2001, 3. Истоветан став заступа и Јеротеос Влахос: Ιερόθεος Βλάχος, „Τό συνοδικό καί ιεραρχικό πολιτεύμα τής Ἐκκλησίας ὡς χάρισμα”, *Θεολογία* 2/2009, 68.

⁴ Βασίλειος Σταυρίδης, *Ο συνοδικός θεσμός εις το Οικουμενικόν πατριαρχεῖον*, Θεσσαλονίκη 1986, 17.

⁵ Појам синод сусреће се у значењу скупа хришћана окупљених ради вршења свете евхаристије: „ὁ Χριστὸν μὴ δεξάμενος ὡς ἀθετήσας τὸν πατέρα λογισθήσεται, διό τῆς ἀγαθῆς βασιλείας ἀποβλήσεται. οὐ εἴνεκεν πειρᾶσθε κατὰ πάσας συνόδους ἔρχεσθαι” Климент Римски,

може подразумевати скуп свих хришћана, евхаристијска заједница или скуп епископа који врши црквену власт указује да саборност, као битно својство Цркве, произилази из саме њене природе „која није ништа друго до света евхаристија”.⁶

У овом делу рада ће бити приказана еволуција института саборности са посебним акцентом на његов значај у обликовању и функционисању црквене управе и канонског устројства Цркве у целини. Као што је то уобичајено приликом проучавања других тела и органа, пажња је усмерена на два основна питања која се тичу црквених сабора: који је састав сабора и које су његове надлежности. Из одговара на ова два питања проистичу друга споредна питања попут: међусобног односа различитих сабора, начина сазивања и одлучивања и др. Главна хипотеза изнета у овом делу рада је да саборност представља основни институт на којем почива црквена организација, али и Црква уопште.⁷ Појавни облик тог института временом се мењао, омогућавајући Цркви да се прилагоди различитим историјским околностима. Овде се указује на изузетну флексибилност института саборности, као и на то да на њему почива устројство целокупне Цркве од парохијског и манастирског до универзалног, тј. васељенског нивоа.

2.1. Настанак и развој института саборности у првим вековима хришћанске цркве

У православној литератури се саборски начин решавања спорних питања у Цркви везује за Нови завет, при чему поједини аутори зачетке ове

Посланица Јакову, J. P. Migne, *Patrologiae Cursus Completus, Patrologiae Graecae*, tomus 2, Paris 1886, (у даљем тексту PG), 53A. Исти термин може имати доста шире значење и означавати једну помесну цркву или пуноћу цркве као заједнице свих хришћана: „Παντελῶς ἀπὸ τοῦ συνεδρίου ἡμῶν καὶ τῆς τῶν Χριστιανῶν συνόδου ἀπεκλείσθης, εἴν μὴ εὐθέως τὰ κακῶς εἰρημένα διορθωθῆ”. Συνοδικὴ Ἐπιστολὴ πάπα Ρώμης Κελεστίνου πρὸς Νεστόριον, E. Schwartz, *Acta Conciliorum Oecumenicorum*, Berolini- Lipsiae 1927, tomus 1, volume 1, pars 1, 80, 11- 12. Занимљиво је да папа Калестин прави разлику између скупа епископа који означава термином *синегрион* и скупа свих хришћана који означава термином *синод*. И на крају тим истим појмом означаван је скуп епископа: једне помесне цркве, свих помесних цркава, као и скуп епископа који се затекну у граду (месни или домаћи, а у литератури познатији као ендимуса синод). Истим термином се у христологији означава сједињеност две Христове природе: „ὁ δὲ Κύριος Ἰησοῦς οὐκ ἐξ ἀτελῶν πραγμάτων τὸ εἶναι δέχεται, ἀλλὰ τελείων φύσεων ἐν αὐτῷ σύνοδον δείκνυσι”. Μ. Αθανάσιος, Περὶ τοῦ κατὰ τὸν κοινόν ἄνθρωπον ὑποδείγματος, PG, tom. 26, 1233B. Вид. Αλέξανδρος-Σταύρος Σαλμάς, *Η Συνοδικότης της Εκκλησίας με βάση τα Πρακτικά των Οικουμενικών Συνόδων*, Θεσσαλονίκη 2007, 11-16.

⁶ Порфирије Перић, „Православно поимање синодалности/саборности Цркве”, *Бојословска смјојра* 86/2016, 303.

⁷ Као што је правилно и сликовито указао Димшо Перић: „Без саборности Црква не би била Црква”, Д. Перић, *Црквено право*, Београд 2006, 40.

установе налазе у јеванђељима.⁸ Пошто тема овог дела рада није тумачење и егзегеза новозаветних текстова, биће довољно само напоменути да саборско устројство Цркве има своје утемељење у Христовом учењу о Цркви које је садржано у новозаветним књигама. Међу ауторима постоји скоро општа сагласност да се првим важнијим сабором који представља архетип свих потоњих сабора у Цркви сматра Апостолски сабор, одржан половином првог века у Јерусалиму.⁹ Сва доступна сазнања о овом сабору потичу из 15. главе Дела апостолских која се може сматрати неком врстом записника са седнице тог сабора.¹⁰ Из сачуваног текста се види да је реч о *ad hoc* телу сазваном због потребе да се донесе коначна одлука о примени Мојсијевог закона на хришћане. Проблем примене старозаветних прописа о обрезану појавио се у Антиохијској Цркви. На који је начин сабор сазван, ко га је сазвао и да ли је и ко њиме председавао није могуће са сигурношћу утврдити.¹¹ Због истакнуте улоге коју је имао током расправе, поједини аутори закључили су да је апостол Јаков председавао овим сабором.¹² У прилог овом ставу иде и чињеница да се од 21. главе Дела апостолских фраза „апостоли и презвитери” замењује конструкцијом „Јаков и презвитери”. Из текста се види да су сабору присуствовали апостоли, презвитери, и „мноштво” под којим се вероватно подразумевала месна Црква. У расправи и у доношењу одлука учествовали су само апостоли и презвитери.¹³ Одлука сабора којом

⁸ Епископ Атанасије Јевтић сматра да Тајна вечера и силазак Светог Духа на апостоле на дан Педесетнице представљају прве саборе и основ црквене саборности. Αθανάσιος Γιέβτις, „Παράδωσις και αναθέωσις εν τω θεσμώ των οικουμενικών συνόδων”, *Συνοδικά* 1/1976, 68. Исти став преузимају и поједини грчки аутори. Вид. Β. Σταυρίδης, 25; Β. Φιδας зачетке саборности налази у Христовим речима: „Опет вам заиста кажем: Ако се два од вас сложе на земљи у било којој ствари за коју се узмоле, даће им Отац мој који је на небесима. Јер гдје су два или три сабрана у име моје, ондје сам и ја међу њима” (Мт. 18, 19-20). Вид. Βλάσιος Φειδάς, *Ιστορικοκανονικά και εκκλησιολογικά προϋποθέσεις ερμηνείας των ιερών κανόνων*, Αθήναι 1972, 25.

⁹ П. Перић, 302; Ιωάννης Ζηζιούλας, „Ο συνοδικός θεσμός-Ιστορικά, εκκλησιολογικά και κανονικά προβλήματα”, *Θεολογία* 2/2019, 8; Β. Σταυρίδης, 25; Β. Φειδάς, 26;

¹⁰ Међу ауторима не постоји сагласност око питања да ли су у овом периоду црквене историје вођени записници о одржаним седницама сабора. За више информација вид. Β. Σταυρίδης, 30.

¹¹ Β. Φιδας износи теорију да је помесни сабор Цркве у Антиохији донео одлуку да пошаље Павла и Варнаву у Јерусалим како би Мајци Цркви представили проблем који се појавио. Дакле, помесни сабор у Антиохији је својим захтевом покренуо поступак сазивања Јерусалимског сабора. Β. Φειδάς, 26.

¹² П. Перић, 302; Veselin Kesich, „The Apostolic Council at Jerusalem”, *St. Vladimir's Seminary quarterly* 3/1962, 112.

¹³ Због непрецизности и контрадикторности, текст оставља могућност различитих тумачења. Наиме, под „мноштвом” се могу подразумевати само апостоли и презвитери (што би било у складу са наводима из Дап 15,6) или месна Црква. Ι. Ζηζιούλας, 9, фн. 11. У сваком случају, у литератури не постоји спор око чињенице да су одлуке доносили и у расправама

су хришћани ослобођени од обавезе поштовања Мојсијевог закона донета је консензусом, а не већином гласова и достављена је Антиохијској Цркви преко апостола који су у њу упућени. Дакле, први познати сабор у историји хришћанске Цркве био је састављен од апостола и презвитера, одлуке су доношене консензусом и његова надлежност је била општа и неодређена: свако питање од значаја за одређену црквену заједницу било је могуће изнети пред овакву врсту сабора. Прецизне и утемељене податке о начину сазивања сабора и поступку вођења његових седница није могуће пронаћи.

У Новом завету се може идентификовати још једна врста сабора. То су окупљања на нивоу месне (локалне) Цркве о којима су информације сачуване у посланицама Св. апостола Павла.¹⁴ Реч је о саборима које су чинили месна Црква (хришћани одређене области) заједно са апостолом који је очигледно имао истакнуту улогу у доношењу одлука. Овакав облик саборности, који је био уско повезан са светом евхаристијом, опстао је током читавог I века. Трагови постојања тих сабора забележени су у делима апостолских отаца: Игњатија Антиохијског и Поликарпа Смирнског.¹⁵ Они у својим посланицама користе различите термине попут синедрион (*συνέδριον*) и савет (*συμβούλιον*). Реч је о телу које су сачињавали епископ као председавајући (*προκαθημένον του επισκόπου*) и његови презвитери. Како се види из извора, управо такав један епископски савет (епископ са презвитеријатом) одлучивао је о избору лица за рукоположење. Даљи ток развоја института саборности све до половине другог века није могуће реконструисати због недостатка извора.¹⁶

учествовали само апостоли и презвитери. А. Γεβτιτς, 76; П. Перић, 303; В. Σταυρίδης, 27; I. Ζηζιούλας, 9.

¹⁴ Један од примера је I Кор 5, 1-6, 12-13. Више о ставовима у вези са том врстом сабора вид. П. Перић, 302; I. Ζηζιούλας, 10; В. Σταυρίδης, 28; А. Γεβτιτς, 76. Занимљиво је да В. Фидас за све ове саборе, заједно са јерусалимским и антиохијским, користи термин (по)месни сабор (*τοπική σύνοδος*). В. Φειδάς, 26-27. Реч је, по свему судећи, о усиљеном покушају да се неки потоњи обрасци црквене управе пресликају на првобитне хришћанске заједнице.

¹⁵ В. Фидас трагове саборског уређења Цркве налази и у посланицама Климента Римског и Дионисија Коринтског. Разлог се налази у његовом ставу да се саборност не испољава само на ванредним саборима који су сазвани ради решавања одређеног питања, већ да се она пројављује у сваком акту, тј. делу (*ενέργεια*) епископа, који делују као представници цркава које се налазе под њиховом управом, „ради потврђивања или васпостављања заједнице у правој вери и љубави”. Βλάσιος Φειδάς, *Προποθέσεις διαμορφώσεως του Θεσμού της Πενταρχίας των Πατριαρχών*, Αθήνα 1969, 42. Овако широко дефинисан институт саборности може се прихватити само под условом да сви поступци и акти епископа представљају спровођење одлука претходно одржаних епископских сабора (терминологијом Св. Игњатија Антиохијског: *συνέδριον του επισκόπου*). Коментари на текстове апостолских отаца: Νίκος Νικολαΐδης, *Αποστολικοί Πατέρες, Γραμματολογική και Θεολογική προσέγγιση*, Θεσσαλονίκη 2002, 175-292.

¹⁶ А. Јевтић износи став да су у том периоду црквене историје епископски савети замењени саборима у којима су учествовали епископ и њему суседни епископи (који су га рукоположили). Временом је због појаве јереси дошло до преноса свих надлежности на

2.2. Митрополитански помесни сабори

Међу ауторима постоји општа сагласност да је појава разних јереси допринела развоју института саборности у хришћанској Цркви. Један од првих хришћанских историчара Јевсевије Кесаријски сачувао је податак о честим окупљањима хришћана у време борбе са монотанистичком јереси. Како се из његовог сведочанства види, то нису била само окупљања верних, већ су одржаване расправе (*τοὺς προσφάτους λόγους ἐξετάσαντων*) и доношене су одлуке.¹⁷ Доста детаљније Јевсевије Кесаријски описује саборе одржане крајем другог века поводом спора о датуму прославе Пасхе. Он наводи да су тада одржани синоди и скупови епископа (*σύνοδοι δὴ καὶ συγκροτήσεις ἐπισκόπων*).¹⁸ Нажалост, нису сачувани прецизни подаци о саставу и надлежности ових сабора. Зна се да су саборима присуствовали искључиво епископи из одређене државне административне јединице или одређеног географског подручја. Председавао им је епископ метрополе, тј. највећег града којем су гравитирали сви градови и места из којих су остали епископи долазили. Одлуке су, по правилу, доношене консензусом иако је вероватно поступано другачије када консензус није било могуће постићи.¹⁹ На основу доступних текстова могу се извући општи закључци о институту саборности у овом периоду црквене историје. Најпре, сабори су често одржавани и постали су део живота Цркве. Из богате кореспонденције између сабора види се да је кроз размену саборских аката изражавано јединство свих (по)месних Цркава. У трећем веку саборско одлучивање примењује се у свим областима где се појавила хришћанска Црква. Саборе су сазивали епископи, при чему се у изворима сусреће диференцијација између сабора у чијем раду су учествовали само епископи и сабора којима су присуствовали епископи и презвитери.²⁰ По први пут се спомињу сабори на којима учествују епископи из више римских провинција, који се у неким изворима називају великим саборима епископа (*ἐν ταῖς μεγίσταις τῶν ἐπισκόπων συνόδοις*).²¹ У једној од посланица сачуван је податак о сабору који је редовно одржаван једном годишње,

епископски савет. Иако делује да је оваква еволуција института саборности могућа и логична, не може се прихватити без озбиљних резерви јер се не заснива на релевантним историјским изворима из прве половине другог века, већ подсећа на потоњу саборску организацију Цркве. Вид. А. Γιέβτις, 76-77. Сличан став много раније у домаћој литератури изнео је Н. Милаш. Вид. Никодим Милаш, *Православно црквено право*, Мостар 1902, 426.

¹⁷ Ευσέβιος ο Καίσαρείας, *Εκκλησιαστική Ιστορία*, 5, 16, 10. Доступно online: http://users.uoa.gr/~nektar/orthodoxy/history/eusebios_ecclesia_historia.htm, 10. децембар 2020.

¹⁸ *Ibid.*, 5, 23, 2.

¹⁹ Β. Σταυρίδης, 33-34.

²⁰ Ευσέβιος ο Καίσαρείας, *Εκκλησιαστική Ιστορία*, 6, 23.

²¹ *Ibid.*, 7, 5, 4. Постоји теорија да су ове саборе сазивале истовремено епископије из више провинција. Β. Σταυρίδης, 36.

а који су чинили презвитери и предстојатељи (*προϊστάμενοι*).²² Дакле, током другог века постепено се уобличава саборни систем управе у Цркви, у трећем веку он добија јасне обресе, док појава тзв. великих сабора представља припрему и увод у епоху помесних и васељенских сабора.

Помесни сабори су сабори епископа једног дела васељенске Цркве, тј. епископа једне или више аутокефалних митрополија.²³ У њиховом раду учествују искључиво епископи и то оних епархија које припадају истој црквеној административној јединици–митрополији, чије су се територијалне границе поклапале са границама одређене државне (политичке) административне јединице–провинције. Епископ метрополе (митрополит) сазивао је помесне саборе, позивао епископе на седнице и председавао је седницама. Канонима су предвиђене казне за епископе који се не одазову митрополитовом позиву, као и казне за митрополита који занемари да сазове сабор епископа. Трулски сабор прописао је да ови сабори треба да се одржавају најмање једанпут у години.²⁴ Минималан број чланова сабора да би његове одлуке биле пуноважне је три: митрополит и два епископа.²⁵ Изузетак су одредбе 12. правила Картагенског сабора којима је предвиђено да се епископу може судити једино у присуству најмање 12 епископа. Међутим, ово правило није доследно примењивано ни пре, ни након његовог потврђивања на Трулском сабору.²⁶

Границе надлежности помесних сабора најбоље је изразио Н. Милаш: она се простире на све послове који се тичу одређене црквене области (митрополије), а који превазилазе надлежност епископа у његовој епархији.²⁷ Конкретно, у надлежност помесних сабора спада: избор и постављење епископа, оснивање нових епископија и управа црквеном имовином.²⁸ У складу са правом хиротоније (*ius ordinandi*) ови сабори су имали и судску власт. У првом степену помесни сабор је судио кривице епископа, међусобне несугласице између епископа у вези са границама њихове јурисдикције, као и несугласице између клирика и лаика са једне и епископа са друге стране. Помесни сабори су у другом степену решавали по жалбама против одлука епископских судова.²⁹ Ови сабори престали су да се састају крајем XII века о чему сведоче и средњовековни коментатори свештених канона Зонара и Валсамон.³⁰

²² В. Σταυρίδης, 36.

²³ Сергије Троицки, *Црквено право*, Београд 2011, 79.

²⁴ Ап. 34, I вас. 4,6, IV вас. 19, VI вас. 8, VII вас. 6, Картаг. 13, 17, 23, 39, 73, 85, Сар. 6. Антиох. 9, 16, 19, 20. Превод канона на српски језик: Атанасије Јевтић, *Свешћени канони Цркве*, Београд 2005.

²⁵ Н. Милаш, 339. Ант. 16, 20.

²⁶ Н. Милаш, 339.

²⁷ *Ibid.*, 338.

²⁸ I вас. 4, IV вас. 28, VII вас. 3, Картаг. 29, 98, Антиох. 25.

²⁹ Ап. 37, I вас. 5, IV вас. 28, VII вас. 3, Сар. 14, Антиох. 6, 12, 20.

³⁰ В. Σταυρίδης, 64-65.

2.3. Велики сабор и дијецезални сабор

Посебан вид сабора био је велики сабор (*μείζων σύνοδος*) у чији састав су улазили епископи из више провинција. Иако је тешко утврдити да ли је реч о новини или о пракси која је постојала пре његовог одржавања, чињеница је да се канонски прописи о овој врсти сабора сусрећу по први пут у правилима Антиохијског сабора (341). У литератури је изнето више ставова о њиховом карактеру. Са једне стране су аутори који сматрају да је реч о проширеном помесном сабору, у чијем раду учествују епископи из суседних провинција.³¹ Са друге стране налазе се ставови у прилог тези да су велики сабори заправо врста дијецезалних сабора (*των διοικήσεων σύνοδοι*), у чијем раду су учествовали епископи из одређене дијецезе (*διοίκησις*).³² Постоји и став да је реч о једном особеном стадијуму еволуције црквене организације, која почиње са помесним епархијским саборима (*επαρχιακή σύνοδος*) и завршава се са тзв. домаћим сабором (*ενδημούσα σύνοδος*).³³ По свему судећи састав овог сабора одређивао је сам митрополит.³⁴ Нажалост, нису сачуване информације о уређењу ових сабора. Био је надлежан да суди епископима у оним ситуацијама када митрополитански сабор није био у могућности да донесе одлуку о њиховој кривици. Занимљиво је да се традиција одржавања оваквих сабора задржала све до данас. Један од карактеристичних примера је случај кипарског председника и архиепископа Макарија III, који је свргнут (лишен чина) одлуком Светог синода Кипарске Цркве. Тим поводом заседао је Велики сабор у чијем раду су учествовали александријски и антиохијски патријарх и митрополити из александријске, антиохијске и јерусалимске патријаршије. Велики сабор је поништио одлуку Синода Кипарске Цркве, осудио на казну свргнућа епископе који су у доношењу те одлуке учествовали и поставио друге епископе на њихове епархије.³⁵ Поједини аутори у овим саборима виде претечу савремених свеправославних окупљања.³⁶

У изворима се сусреће још једна врста сабора о којој нема пуно сачуваних података. Реч је о дијецезалним (егзархатским) саборима, тј. о саборима у чијем раду су учествовали епископи једне римске управне области

³¹ Pierre L' Huilier , „Σύνοδος”, *Ηθική και θρησκευτική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 11, Αθήνα 1967, 580, Παντελεήμων Ροδοπούλου, *Επιτομή κανονικού δικαίου*, Θεσσαλονίκη 2005, 137.

³² Adolf Martin Ritter, *Das Konzil von Konstantinopel und sein Symbol*, Göttingen 1965, 90.

³³ Π. Ροδοπούλου, 209.

³⁴ Није познато да ли је митрополит имао обавезу да позове све суседне епископе или је могао по свом нахођењу да процени колико и којих суседних епископа треба да буде присутно да би се одржао велики сабор. Постоји могућност да је ово питање било решено обичајним правилима која нису сачувана у доступним изворима.

³⁵ Α. Јевтић, 259.

³⁶ Piette Duprey, „The Synodical Structure of the Church in Eastern Theology”, *One in Christ* 7/1971, 122.

која је називана дијецезом.³⁷ Пошто нема недвосмислених историјских доказа о њиховом постојању, у литератури се могу пронаћи различити ставови о овим саборима, који се крећу од потпуне негације њиховог постојања,³⁸ преко поистовећивања са патријаршијским саборима,³⁹ до става да се ради о посебној и особеној врсти сабора.⁴⁰ Ипак, већина писаца се слаже да су ови сабори одржавани по потреби, у њиховом раду учествовали су епископи из једне дијецезе (егзархије), сазивао их је егзарх (епископ који се налазио на челу дијецезе) и одржавани су у месту његовог седишта.⁴¹ Надлежан је био за питања која су превазилазила оквире надлежности других помесних сабора.

Ако се остави по страни питање историчности дијецезалних сабора, изводи се закључак да сама чињеница да постоје трагови њиховог постојања указује на процес изградње надмитрополитанске власти у Цркви, који је био повезан са формирањем сабора у које је улазио шири круг епископа у односу на митрополитанске саборе. У такве саборе спадају већ споменути патријаршијски сабори. Током IV и V века митрополити великих градова Римске империје стекли су снажан утицај у Цркви па су се главни црквени послови почели расправљати у тим градовима. Митрополити пет главних хришћанских центара називани су патријарсима. Временом су остали митрополити изгубили своју самосталност, тако да су све надлежности помесног (митрополитанског) сабора пренете на патријаршијски сабор. Тај сабор сачињавали су у почетку само митрополити, а касније и епископи из области које су се налазиле под влашћу патријарха. Саборима је председавао патријарх, одржавани су редовно једном годишње (у јуну или септембру).⁴² Када је овај сабор задобио стални карактер, седнице су одржаване два пута недељно. Сабор је одржаван у месту у којем се налазило седиште патријарха.

³⁷ Подела римске државе на административне области у време Константина Великог изгледала је у најкраћем овако: држава је била подељена на четири префектуре, свака префектура била је подељена на неколико дијецеза (*διοίκησις*), свака дијецеза је била подељена на провинције (*επαρχία*), а провинције су биле подељене на више мањих округа (*παροικία*). Н. Милаш, 317, фн. 8.

³⁸ За више аргумената у прилог тези да ови сабори нису никада постојали вид. Joseph Najjar, *La synode permanente dans l'église byzantine des origines au XIe siècle: (synodos endemousa)*, Roma 1962, 37-38.

³⁹ Χρυσόστομος Παπαδόπουλος, „Κωνσταντινουπόλεως Σύνοδοι”, *Μεγάλη ελληνική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 5, Αθήναι 1931, 639. Φιλάρетος Βαφειδης, *Ολίγα τινά περί των Συνόδων και δη των οικουμενικών*, Θεσσαλονίκη 1926, 6. Н. Милаш прихвата постојање ових сабора и то као посебне фазе у настанку патријаршијских сабора. Н. Милаш, 337.

⁴⁰ Γερώνυμος Κοτσώνης, *Σημειώσεις του Κανονικού δικαίου της Ορθοδόξου Ανατολικής Εκκλησίας*, τόμος Β, Θεσσαλονίκη 1961, 166.

⁴¹ Ibid.

⁴² Вид. 127. и 137. Јустинијанову новелу, Γ. Α. Ράλλης, Μ. Ποτλῆς, *Σύνταγμα τῶν Θείων καὶ Ἱερῶν Κανόνων*, τόμος Β, Αθήνησιν 1852, 325-326.

У надлежност патријаршијског сабора спадају: избор патријарха, избор и премештај епископа, уздизање одређене епископије на виши степен, давање сагласности за спајање две епископије, преиначење патријархове одлуке противне канонима и вршење црквене судске власти у другом (вишем) степену.⁴³

2.4. Васељенски сабори

Вероватно најпознатији израз саборности у хришћанству јесу васељенски сабори. Дефиниција васељенских сабора има најмање онолико колико и аутора који су се њима бавили. Н. Милаш дефинише васељенске саборе као „скуп пастира и учитеља цркве, сабраних по могућности из свију крајева хришћанског света, да заједнички одлуче о питањима која се тичу цркве и чије одлуке тада прима и признаје сва црква”.⁴⁴ Ову дефиницију, уз одређене измене, прихватили су бројни потоњи аутори.⁴⁵ Сличне дефиниције могу се пронаћи и код грчких аутора.⁴⁶ Из богатих историјских извора види се да састав васељенских сабора није био увек исти. У раду васељенских сабора учествовали су, по правилу, само епископи, као чланови сабора са правом гласа. Поред епископа, од клирика су могли учествовати презвитери и ђакони, али они би имали право гласа искључиво као представници својих епископа који нису могли лично да учествују. У супротном, могли су присуствовати васељенским саборима, али без права гласа, у својству секретара или помоћника епископа. Без права гласа саборима су могли присуствовати монаси и лаици као саветници или део пратње својих епископа. Такође, васељенским саборима је могао присуствовати ромејски цар или његови представници. Владар је имао истакнуту улогу у сазивању и организацији васељенских сабора. Он је сазивао васељенске саборе, одређивао место и време одржавања сабора, старао се о доласку позваних епископа и потврђивао је одлуке васељенских сабора посебним актима, на основу којих су те одлуке стицале правну снагу државних закона.⁴⁷ Кад је реч о председавању васељенским саборима, мишљења историчара су толико подељена да се крећу од потпуне негације класичног председавања овим саборима,⁴⁸ до тога да прихватају постојање председништва, при чему се прави разлика између права председавања у смислу управљања током седница, усмеравања расправа и утицаја

⁴³ Н. Милаш, 341; П. Ροδόπουλος, 136.

⁴⁴ Н. Милаш, 307.

⁴⁵ С. Троицки, 77; Д. Перић, 41, Бранко Цисарж, *Црквено љраво I*, Београд 1970, 91; Р. Ђорђевић, *Црквено љраво*, Београд 1939, 15.

⁴⁶ Ιωάννης Καρμίρης, „Οικουμενικαί σύνοδοι”, *Нθική και θρησκευτική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 9, Αθήναι 1966, 688.

⁴⁷ Β. Σταυρίδης, 264-272.

⁴⁸ Καλλίνικος Δελικάνης, *Η πρώτη εν Νικαία Οικουμενική Σύνοδος*, Κωνσταντινούπολη 1930, 92.

на одлуке, које је припадало епископу чији је престо био први по рангу у васељенској Цркви, и почасног председавања, које је припадало владару или његовом представнику.⁴⁹ Улога владара у сазивању сабора није била суштински и конститутивни елемент васељенских сабора, већ је представљала последицу чињенице да је држава (владар) поседовала све неопходне ресурсе за лакшу и једноставнију организацију васељенских сабора.

Васељенски сабори у Цркви имају највишу управну, судску и законодавну власт.⁵⁰ Из сачуваних извора може се закључити да су сабори били надлежни да одређују догмате вере (верско учење), да испитују и утврђују црквено предање, да пресуђују о новим учењима која се појављују у Цркви и да одређују степен и права црквене јерархије. Кад је реч о судској власти, васељенски сабори представљају највишу судску инстанцу у Цркви. Они су уједно највиша законодавна власт која доноси прописе (каноне, правила) који су општеобавезни у свим Православним Црквама. Тим прописима уређени су устројство и функционисање црквених тела и црквена управа. На васељенским саборима вршена је ревизија важећег црквеног законодавства и кодификација постојећих прописа.⁵¹

3. ПРИПРЕМЕ ЗА КРИТСКИ САБОР

Припреме за Свети и Велики Сабор Православне Цркве трајале су доста дуго захваљујући бројним прекидима најчешће условљеним сложеним друштвено-политичким околностима XX односно XXI века. Поред Другог светског рата, у том контексту посебно треба поменути период комунизма односно блоковске поделе током којих су поједине Православне Цркве тешко страдале. Са друге стране, дужина припрема може се објаснити и чињеницом да су помесне Православне Цркве тежиле ка томе да се на дневном реду Сабора нађу све, за живот Цркве актуелне, теме, а то је свакако изискивало озбиљне и дуготрајне припреме, посебно имајући у виду чињеницу, да један такав сабор Православна Црква није имала веома дуго.

Припреме за сабор могу се условно повезати са настојањима за чвршће међуправославно повезивање, посебно у вези са формулисањем заједничког става према екуменском покрету, који је тада настајао и развијао се. Васељенски Патријарх Јоаким III упутио је 1902. године Посланицу предстојатељима Православних Цркава у којој је позвао на јачање међусобних односа као и на одређење према неправославним црквама.⁵² Развој екуменских

⁴⁹ Н. Милаш, 312.

⁵⁰ П. Ροδοπούλου, 48.

⁵¹ Н. Милаш, 309-310.

⁵² Вид. Peter Neuner (Hoјнер), *Ökumenische Theologie. Die Suche nach der Einheit der christlichen Kirchen*, Darmstadt 1997, 85–86.

односа био је главни мотив и за Посланицу Васељенске Патријаршије из 1920. године „Христовим Црквама посвуда”⁵³ у којој је између осталог предложено формирање „Лиге цркава” слично постојању „Лиге народа”.⁵⁴ Поред тога Посланица је предвиђала и читав низ конкретних мера за развој сарадње између хришћана као што су сарадња на нивоу теолошких факултета, размена студената, саветовања о питањима од заједничког интереса, итд.⁵⁵ Обе ове посланице, као и друге међуправославне активности из тог периода, сведоче не само о православном интересу за развој екуменских односа са другим хришћанским црквама, него и о неопходности продубљивања односа између помесних Православних Цркава.

У том се контексту може посматрати одржавање сабора⁵⁶ у Цариграду 1923. године, који је сазвао Васељенски Патријарх Мелетије Метаксис, а коме су присуствовали представници још четири Цркве (Српска Православна Црква, Румунска Православна Црква, Кипарска Црква, Грчка Православна Црква). На дневном реду сабора била су између осталог питања брака клирика и реформе календара, које је, на жалост, резултирало даљим поделама међу Православним Црквама.⁵⁷ На овом сабору донета је и одлука да се поводом 1600-те годишњице Првог васељенског сабора 1925. године сазове Свеправославни сабор, који би се бавио заједничким изазовима свих Православних Цркава.⁵⁸ Међутим, када је реч о, строго говорећи, припремама за Свети и Велики Сабор, спорно је да ли се сабор из 1923. може посматрати у том контексту. Наиме, део аутора сабор из 1923. експлицитно посматра као почетак припрема⁵⁹ док други аутори то оштро одбијају и „правим почетком припреме Свеправославног сабора”⁶⁰ сматрају рад Међуправославне комисије 1930. године, која је заседала у манастиру Ватопеду (Света Гора).

⁵³ Вид. Athanasios Basdekis (Басдекис), *Orthodoxe Kirche und Ökumenische Bewegung. Dokumente – Erklärungen – Berichte 1900–2006*, Frankfurt am Main – Paderborn 2006, 16–20.

⁵⁴ Вид. Reinhard Frieling (Фрилинг), *Put ekumenske misli. Uvod u ekumenologiju* (prev. M. Miladinov), Zagreb 2009, 125–126.

⁵⁵ *Ibid.*, 86.

⁵⁶ Непосредни учесници се овај Сабор окарактерисали као „Свепрославни Конгрес”. Вид. Viorel Ionita (Јоница), *Towards the Holy and Great Synod of the Orthodox Church: The Decisions of the Pan-Orthodox Meetings since 1923 until 2009*, Basel 2014, 5–6.

⁵⁷ Вид. Anastasios Kallis (Калис), *Auf dem Weg zu einem Heiligen und Großen Konzil: Ein Quellen- und Arbeitsbuch zur orthodoxen Ekklesiologie*, Münster 2013, 105–111.

⁵⁸ Вид. А. Кallis (2013), 110. Планирани Сабор ипак није одржан због друштвено-политичких немира у Турској и Русији.

⁵⁹ Вид. V. Ionita (2014), 4: „The Pan-Orthodox Congress in Constantinople (1923): The First Preparatory Step to a Synod of the Orthodox Church”.

⁶⁰ Вид. Гајо Гајић, „Историјско-богословски значај Свеправославног Сабора – осврт на припрему од Атона до Женева -”, *Бојословље* 2 (2016), 241–242: „Правим почетком припреме Свеправославног Сабора стога се може сматрати тек рад Међуправославне комисије 1930, која се састала у манастиру Ватопеду на Светој Гори. Од Цариградског Сабора одржаног

У раду ове Комисије учествовала је већина Православних Цркава⁶¹ а њен задатак је био припрема једног или више предсбора који би претходили „Великом Православном или Васељенском Сабору”⁶². Током рада Комисија је расправљала о многим темама које су се посебно тичале јачег повезивања и учвршћивања веза између помесних Православних Цркава. У том контексту посебно је интересантна идеја о стварању једног сталног синода који би сачињавали представници свих Православних Цркава а којим би председавао Васељенски Патријарх. Међутим, овај предлог се ипак није нашао у званичним закључцима Комисије.⁶³ Са друге стране, у званичним закључцима, односно у формулисаном каталогу тема за будуће предсборе, налази се низ питања која су и данас актуелна као на пример: модуси међусобне сарадње Православних Цркава, питање признавања крштења инославних, ревизија календара, итд.⁶⁴ Питање односа са другим хришћанским црквама, које се такође нашло у овом каталогу тема, очигледно рефлектује искуства и проблеме које су Православне Цркве тада имале. Док су односи са дохалкидонцима, старокатолицима и англиканцима окарактерисани као „односи у духу љубави” јер ови хришћани теже зближавању са Православном Црквом и не спроводе прозелитизам, односи са, између осталих, Римокатоличком Црквом и појединим протестантским црквама су окарактерисани као „односи заштите и одбране против неправославних Цркава који спроводе прозелитизам и настоје да на било који начин нашкоде Православној Цркви”.⁶⁵ Квалитет, али и квантитет развоја екуменских односа, управо

1923. године јасно се дистанцирао и наш представник у Ватопеду, владика Николај Велимировић, тадашњи епископ Охридски, који је тамо представљао Српску Православну Цркву заједно са епископом Тимочким Емилијаном Пиперковићем. [...] Сабрање Међуправославне припремне комисије састављене од представника најсветијих Православних цркава, одржано од 8. до 23. јуна 1930. године у Свештеном манастиру Ватопеду на Светој Гори Атонској, са почетком радова на Свету Педесетницу поподне, може се из више разлога, нарочито са ове временске дистанце, сматрати истинским почетком припреме за Свеправославни Сабор, иако су и сами учесници, услед тешких историјских околности, тада оправдано били скептични у погледу њеног рада, крајњих домета и резултата.”

⁶¹ Руска Црква није учествовала због тешког стања у коме се налазила, док тадашњи статус Цркава Бугарске и Албанија није био признат од стране Васељенске Патријаршије и стога оне нису ни добиле позив за учешће у раду Комисије. Вид. Anne Jensen (Јенсен), *Die Zukunft der Orthodoxie: Konzilspläne und Kirchenstrukturen*, Zürich – Einsiedeln 1986, 27.

⁶² Вид. Г. Гајић, 243.

⁶³ Вид. А. Jensen, 27.

⁶⁴ Комплетан списак одлука види у А. Kallis (2013), 129–131.

⁶⁵ Вид. А. Kallis (2013), 130: „7. Die Beziehungen der orthodoxen Kirche zu den nichtorthodoxen Kirchen des Ostens und des Westens, d.h.

a) Beziehungen im Geist der Liebe, die nach dem Apostel Paulus „immer hofft”, zu den nichtorthodoxen Kirchen (der Armenier, Kopten, Äthiopier, Chaldäer, Jakobiten, Altkatholiken, Anglikaner), die zu einer Annäherung an die orthodoxe Kirche tendieren und keinen Proselytismus betreiben,

се може пратити према припремним документима са Свети и Велики Сабор јер ће екуменски односи у документима из осамдесетих година XX века бити потпуно другачије представљени.

Премда први планирани предсабор ипак није одржан 1932. године, Први конгрес православних богословских факултета, одржан у Атини 1936. године може се посматрати у контексту припрема за Сабор. Посебну пажњу учесници овог конгреса посветили су карактеру будућег Сабора, односно питању да ли Православна Црква може сазвати Васељенски Сабор? Нико од учесника није оспорио то право Православне Цркве будући да она стоји у континуитету једне, свете, саборне и апостолске Цркве.⁶⁶ Међутим због целог низа историјских, догматских, канонских и практичних разлога као превладавајући односно, условно речено, заједнички став се наметнуло мишљење да је боље размишљати о сазивању Свеправославног сабора.⁶⁷ Премда овај конгрес није представљао званични скуп представника Цркава, његови закључци су ипак остали релевантни за даљи ток предсаборских припрема и штета је што наредни конгрес, заказан за 1939. године у Букурешту, није могао бити одржан.

Други светски рат је наравно прекинуо све припреме и први послератни сусрет представника појединих Православних Цркава десио се 1948. године у Москви поводом прославе петстоте годишњице аутокефалије Руске Православне Цркве. У склопу прославе одржана је конференција која се бавила питањима односа Римокатоличке Цркве према православнима, затим односом Православне Цркве према екуменском покрету (конкретан повод је био позив на оснивачку скупштину Светског савета цркава у Амстердаму 1948), питањем англиканских рукоположења и питањем календара.⁶⁸ Међутим, отворено је питање да ли је и ако јесте, у којој мери, овај скуп допринео процесу предсаборских припрема јер је, са једне стране, пројавио напетости на линији Москва – Цариград (представници Цариграда, Атине, Јерусалима, Кипра нису због тога присуствовали конференцији)⁶⁹, а са друге стране, оштри ставови према Римокатоличкој Цркви и одбијање позива на скупштину у Амстердаму су више били рефлексивна тренутних ставова који су нешто касније ипак ревидирани.

b) Beziehungen der Vorbeugung und Verteidigung gegen die nichtorthodoxen Kirchen, die Proselytismus betreiben und bemüht sind, der orthodoxen Kirche auf irgendeine Art und Weise zu schaden (die römisch-katholische Kirche, der Uniatismus, der Protestantismus, die Methodisten, die Baptisten, der Chiliasmus usw.).”

⁶⁶ Вид. Anastasios Kallis (Калис), *Brennender, nicht verbrennender Dornbusch: Reflexionen orthodoxer Theologie*, Münster 1999, 467.

⁶⁷ *Ibid.*, 467–469.

⁶⁸ Вид. V. Ionita (2014), 31–37.

⁶⁹ Вид. A. Kallis (2013), 145–147.

3.1. Свеправославне конференције

До правог пробоја у припремама за Сабор долази на Свеправославним конференцијама на Родосу (1961, 1963, 1964). За даљи напредак саборских припрема од енормне важности била је чињеница, да су све Православне Цркве⁷⁰ учествовале у раду прве конференције и да је на самој конференцији пројављен велики степен јединства православних као и жеља за наставком рада на припреми Сабора.⁷¹ На конференцији је усвојен нови каталог тема које су биле груписане у осам целина: I. Вера и догма; II. Богослужење; III. Управљање и црквени поредак; IV. Међусобни односи Православних Цркава; V. Односи Православних Цркава према остатку хришћанског света; VI. Православље у свету; VII. Теолошке теме; VIII. Друштвени проблеми.⁷² Такође, битно је истаћи да су све одлуке донесене једногласно и да је конференцији био очигледан висок степен разумевања између Цариграда и Москве.⁷³ Сама конференција изазвала је и велику пажњу неправославних цркава па су до-халкидонске цркве, англиканци и старокатолици имали своје представнике, док су пет римокатоличких теолога били гости Васељенске Патријаршије.

Да ова екуменска отвореност није безрезервна показала је већ друга Свеправославна конференција (1963) на којој није постигнут консензус о прихватању позива Ватикана за слање православних посматрача на Други ватикански сабор, него је одлука о томе препуштена свакој појединачној помесној Цркви.⁷⁴ Комплексност односа са Римокатоличком Црквом била је очигледна и на трећој Свеправославној конференцији (1964), на чијем су дневном реду били односи према другим хришћанским црквама. Упркос видљивом побољшању односа са Римокатоличком Црквом није донесена одлука о почетку дијалога⁷⁵, док су, са друге стране, односи са англиканцима

⁷⁰ Грузијску Цркву, која није учествовала у раду конференције али, је представљала Руска Православна Црква.

⁷¹ Вид. А. Јенсен, 31: „Die Erste Panorthodoxe Konferenz war für die Orthodoxie ein Höhepunkt auf dem Weg der Erfahrung ihrer eigenen Einheit. Manche Teilnehmer, Orthodoxe wie Nicht-Orthodoxe, berichten von ihr als einem ‚charismatischen Ereignis‘, in der die orthodoxe Konzeption von der Einheit und Katholizität der Kirche, die nicht auf rechtlichen Strukturen beruht, sondern im gemeinsamen Glauben und in der brüderlichen Liebe ihre Fundament hat, sich bestätigt sah.”

⁷² Вид. А. Калис (2013), 256–260.

⁷³ Вид. А. Јенсен, 30–31.

⁷⁴ Вид. А. Калис (2013), 268–271.

⁷⁵ О разлозима оваквог става вид. А. Калис (1999), 472: „Die Gründe für die Zurückhaltung einiger orthodoxer Kirchen waren die historische Belastung der Beziehungen zwischen beiden Kirchen, die fehlende, psychologische und theologische Vorbereitung des Dialogs, der Uniatismus und Proselytismus, der Geist der ‚westlichen Überheblichkeit‘, die widersprüchliche Haltung des Papstes, der entgegen der ökumenischen Öffnung unter seinem Vorgänger in seiner Eröffnungsansprache auf dem Konzil und in seiner ersten Enzyklika ‚Ecclesiam suam‘ (6.8.1964) seinen Primat stark herausstellte, und die für viele orthodoxe Kirchen politisch ungünstige Lage.”

и старокатолицима оцењени позитивно и предложене су одређене мере за успостављање дијалога.⁷⁶

Након две конференције посвећене екуменским темама на дневном реду четврте Свеправославне конференције, одржане 1968. у Шамбезију (Швајцарска), су се поново нашле теме везане за конкретне кораке неопходне за ефикаснију припрему Сабора. Тако су, између осталих, донесене одлуке да се у оквиру припрема за Сабор организује низ свеправославних предсаборских конференција, да се оснује припремна комисија у чији би састав ушли по један представник сваке помесне Цркве (уз једног саветника), да се у Центру Васељенске Патријаршије у Шамбезију оснује секретаријат за припрему Сабора, као и да се промени модус обраде планираних тема.⁷⁷ Све ове одлуке очигледно су имале за циљ убрзање припрема јер се показало да постојеће процедуре као и опширни каталог тема из 1961. године потребују ревизију. Будући да су у претходним документима коришћене различите одреднице, на овој конференцији је одлучено да званичан назив будућег сабора буде „Свети и Велики Сабор”, а разлоге ове одлуке свакако треба тражити у црквено-правним, историјским, догматским и екуменским околностима.⁷⁸

3.2. Свеправославне предсаборске конференције

До темељне и коначне ревизије каталога из 1961. године, а тиме и до стварања предуслова за ефективнију припрему дошло је на првој Свеправославној предсаборској конференцији (Шамбези, 1976), на којој одређено десет тема које треба да се нађу на дневном реду Сабора: 1. Православна дијаспора; 2. Аутокефалија и начин њеног проглашења; 3. Аутономија и начин њеног проглашења; 4. Диптиси; 5. Питање заједничког календара; 6. Брачне сметње; 7. Усклађивање црквених правила поста; 8. Став Православних Цркава према остатку хришћанског света; 9. Православље и екуменски покрет; 10. Допринос помесних Православних Цркава преовладавању хришћанских идеала мира, слободе, братства и љубави међу народима и укидању расног подвајања.⁷⁹ У поређењу са претходним каталозима тема, очигледна је одлука да се пажња усмери пре свега на канонске теме, односно на теме које у животу Цркве представљају камен спотицања између Православних Цркава, док су неке доктринарне односно теолошке теме из оправданих разлога изостављене. Питање канонске јурисдикције у дијаспори (као уосталом и сам појам „дијаспора”), аутокефалија, аутономија и диптиси јесу *par excellence*

⁷⁶ Вид. А. Kallis (2013), 293–296.

⁷⁷ Вид. А. Kallis (1999), 472–473.

⁷⁸ Вид. А. Kallis (1999), 491–493.

⁷⁹ Вид. А. Kallis (2013), 424.

питања од којих зависи не само црквено-правно устројство Православне Цркве, него (и то се последњи пут најалост показало на примеру Украјине) и сведочанство јединства Православне Цркве и стога је фокусирање пажње на ова питања свакако било неопходно. Са спољашњом пројавом јединства Цркве суштински је повезано питање календара које је и претходно више пута током припрема тематизовано, док су питања брачних сметњи и поста више унутрашња питања која се тичу унутарправославних односа. Екуменским односима посвећене су чак две теме што у сваком случају рефлектује тадашње ставове Православне Цркве према екуменским односима, а посебно према билатералним дијалозима од којих су неки (са англиканцима, старокатолицима и дохалкидонцима) на самој конференцији евалуирани, док се очекивало да дијалог са Римокатоличком Црквом ускоро отпочне.⁸⁰

Када је реч о процедури припреме нацрта докумената који обрађују ове теме, задржан је концепт усвојен на четвртој Свеправославној конференцији (1968) али са једном важном модификацијом према којој нацрти одређених тема, које припремају помесне Цркве, немају црквено-обавезујући него теолошко-научни карактер, тј. они нису нужно званична становишта помесних Цркава које их предлажу и посматрано из црквено-правне перспективе немају обавезујући карактер чак ни за предлагача.⁸¹ Свака помесна Црква могла је самостално одабрати теме на које жели да представи своје нацрте и Српска Православна Црква је одабрала тему „Усклађивање црквених правила поста”.⁸² Ова модификација је у сваком случају умногоме поједноставила и олакшала рад на нацртима саборских текстова. Са друге стране, предлог Васељенске Патријаршије, да у првој фази припрема нацрта уместо помесним Црквама буде препуштена теолошким комисијама, није прихваћен.⁸³

Упркос поновним напетостима на линији Цариград-Москва⁸⁴ прва Свеправославна предсаборска конференција се ипак може сматрати успешном, пре свега због ревизије каталога. Међутим, када су током друге (1982) и треће (1986) Свеправославне предсаборске конференције на дневни ред дошле

⁸⁰ Вид. А. Jensen, 39–40. О почецима дијалога са Римокатоличком Црквом вид. Златко Матић, *Да истинујемо у љубави. Званични бојословски дијалог Православне и Римске Католичке Цркве*, Пожаревац 2013, 11–17.

⁸¹ Вид. А. Kallis (2013), 343.

⁸² *Ibid.*, 344.

⁸³ Вид. А. Jensen, 39: „Am Anfang der Konferenz hatte der Vorsitzende im Namen des Ökumenischen Patriarchats folgenden Vorschlag gemacht: Die Konzilsthemen sollten zur Vorbereitung in der ersten Etappe nicht den Ortskirchen, sondern orthodoxen Theologenkommissionen übergeben werden. Die dafür angeführten Gründe waren: a) die größere Freiheit der Ortskirchen in der späteren Diskussion, wenn sie nicht an der Erarbeitung des Themas beteiligt waren; b) der repräsentativere Charakter einer interorthodoxen Kommission für die Gesamtorthodoxie; c) die größere theologische Qualität.”

⁸⁴ Вид. А. Kallis (1999), 475–476.

расправе о коначним нацртима докумената за Сабор, пројавиле су се бројне разлике између појединих Цркава. Разлике су се тичале не само локалних традиција које свака помесна Црква (по питању поста, итд.) негује, него и става према заједничком Предању и показало се да су Цркве веома опрезне када је реч било каквој промени уобичајених пракси и традиција. Као кључно питање које стоји у позадини свих ових расправа поставило се питање да ли Сабор уопште може (или сме) „мењати” Предање и локалне традиције? Тако је питање усклађивања црквених правила поста након разматрања предлога који је поднела СПЦ, а у коме је изложен историјски развој праксе поста као и монашки утицаји на развој те праксе, остављено за трећу конференцију јер се српски предлог, који је у неким случајевима предвиђао ублажавање поста, појединим Црквама учинио као превише смео односно као противан Предању.⁸⁵ Након консултација на трећој конференцији ово питање је у суштини препуштено надлежности помесних Цркава, али је ипак формулисан одговарајући нацрт документа.⁸⁶ Међутим, промењени наслов документа јасно сигнализира расположење на конференцији, тј. у наслову нацрта се више не помиње, од дела учесника оспорен, термин „усклађивање” него је нацрт насловљен „Значај поста и његово држање данас”. А сва евентуална усклађивања са савременим животним околностима се, црквено-правно посматрано, померају на терен „икономије”, што Калис види као проблематично јер се икономија овде може разумети као одступање од акривије, односно од правилног поретка.⁸⁷

Сличне судбине било је и питање заједничког календара и питање тачнијег одређена датума Васкрса, која су разматрана на другој конференцији. Наиме, постављајући као императив јединство Православних Цркава одлучено је да упркос позитивно оцењеној иницијативи о прихватању неког потенцијалног, астрономски гледано најтачнијег, календара, тренутно није време за такве промене јер би оне могле изазвати расколе између и унутар Православних Цркава.⁸⁸ У истом духу разматрано је и питање брачних сметњи. Када је реч о „мешовитим браковима”, локалним Црквама је препуштена одговорност за доношење одговарајућих одлука, али по принципу „икономије”, тј. ни за бракове између припадника Православне Цркве и припадника других хришћанских цркава се не може доносити одлука на основу еклисиолошких

⁸⁵ Вид. А. Kallis (2013), 343.

⁸⁶ Вид. А. Kallis (2013), 343.

⁸⁷ Вид. А. Kallis (2013), 348: „Der Versuch, den Bedürfnissen des Menschen in der gegenwärtigen Lebensrealität durch die Oikonomia zu entsprechen, bedeutet ein Missverständnis, indem er die Oikonomia zum einen im kanonischen Denken als Abweichung von der Akribeia, der genauen Ordnung versteht und zum Anderen in Widerspruch zu ihren Charakter als Regel im kanonischen Sinn aufstellt.”

⁸⁸ Вид. V. Ionita (2014), 155–156.

принципа.⁸⁹ Са друге стране, претходно више пута (1923, 1961) покренута питања као што су други брак свештеника или брак након рукоположења за ђакона, су једноставно одбачена.⁹⁰

Резултатима рада друге конференције многи учесници нису били задовољни јер се очигледно очекивао много већи степен консензуса. Митрополит халкидонски Мелитон, председавајући конференције, је критикујући пастирску неспособност и непознавање стварних изазова са којима су суочени православни верници на крају конференције изјавио: „Као што су наше дискусије показале, овде смо открили да још увек нисмо способни да решавамо проблеме других, зато што ми те проблеме уствари не познајемо и зато што још увек нисмо решили наше сопствене проблеме; ми се још увек умногоме налазимо у блаженој непокретности и блаженству светог наслеђа отаца [Цркве]...”⁹¹ Након друге конференције и дефинитивно су постале очигледне потешкоће са којима су помесне Православне Цркве суочене када треба да говоре једним гласом. Резигнација је била утолико већа јер су на другој конференцији разматрана нека питањима која се тичу самог унутрашњег живота и поретка Православних Цркава.

Са друге стране, трећа конференција се може сматрати успешнијом јер се она исцрпно (детаљније него што је то случај у коначно усвојеном документу из 2016. године) позабавила билатералним и мултилатералним екуменским дијалозима, као и односом према екуменском покрету уопште и на тој конференцији су усвојени нацрти докумената „Односи Православне Цркве према остатку хришћанског света” и „Православна Црква и екуменски покрет”⁹². У овим документима се не евидентира односно не евалуира само постојеће стање разних дијалога, већ се на крају документа о екуменском покрету истиче неопходност хитне промена начина рада и одлучивања у мултилатералним екуменским телима (Светски савет цркава, Конференција европских цркава), што свакако говори у прилог озбиљности са којом су Православне Цркве приступале тим телима. На истој конференцији је усвојен и нацрт документа „Допринос Православне Цркве преовладавању мира, правде, слободе, братства и љубави међу народима и укидању расних и других дискриминација”⁹³, који је, више од других докумената, носио печат свога времена и касније је доживео озбиљну ревизију уочи Сабора 2016. године.

⁸⁹ Вид. А. Jensen, 39: „Die zweite Vorkonziliare Konferenz übernahm die Vorschläge der zuständigen Kommission: In beiden Fällen sollen die Ortskirchen über die Anwendung der ‚Oikonomia‘ entscheiden; für christliche Mischehen ist die ‚Oikonomia‘ die Regel, für nicht-christliche Mischehen die Ausnahme. Im Fall der christlichen Mischehe wird außerdem ausdrücklich – über den Entwurf von 1971 hinaus – die Taufe und Erziehung der Kinder in der orthodoxen Kirche gefordert.”

⁹⁰ Вид. А. Kallis (2013), 345.

⁹¹ А. Kallis (2013), 345.

⁹² Вид. А. Kallis (2013), 534–539; Basdekis, 379–392.

⁹³ Вид. А. Kallis (2013), 540–549; Basdekis, 392–405.

Друга и трећа Свеправославна предсаборска конференција су поред извесне дозе резигнације коју су изазвале, ипак увеле предсаборске припреме у завршну фазу. Очекивања од четврте конференције су самим тим била велика. Међутим, након завршетка треће конференције и усвајања документа *Поредак њосџујка рада Свеправославних њредсаборских конференција*⁹⁴ и дневног реда за наредну конференцију, нико није претпоставити да ће се четврта Свеправославна предсаборска конференција одржати тек 2009. године, у сада сасвим новим друштвено-политичким околностима за велики број Православних Цркава. Нове друштвено-политичке околности (и нове напетости између Цариграда и Москве због давања (или обнављања) аутономије Цркви у Естонији од стране Цариграда⁹⁵) нису биле једини узрок овако велике паузе између конференција него је то, сасвим неочекивано, био сам процес припреме нацрта документа предвиђен горе поменутиим документом.⁹⁶ Наиме, новим *Порейком њосџујка рада* предвиђено је било да сви нацрти документа морају бити једногласно усвојени од стране учесника предсаборских конференција и да пре сазивања Сабора све теме одређене на првој конференцији (1976) морају проћи кроз процес припреме.⁹⁷ А на дневном реду четврте конференције, утврђеном на претходној конференцији, налазиле су се најкомплексније теме: 1. Православна дијаспора; 2. Аутокефалија и начин њеног проглашења; 3. Аутономија и начин њеног проглашења; 4. Диптиси. Имајући у виду сложеност тема, али и искуства са претходних конференција, предвиђено је било да се нацрти који би били разматрани на четвртој конференцији припреме на више међуправославних припремних комисија. Међутим, на низу заседања ових комисија (1990, 1993, 1999) као и на другим саветовањима (нпр. Конгрес канониста 1995. године) постало је јасно да највеће разлике између помесних Цркава постоје по питањима аутокефалије и диптиха, док је највећи степен консензуса постигнут по питању

⁹⁴ Вид. А. Kallis (2013), 530–534.

⁹⁵ Вид. Johannes Oeldemann (Оелдеман), „Kommt das Panorthodoxe Konzil? Alte Konflikte und neue Konstellationen in der Orthodoxen Kirche“, *Herder Korrespondenz* 64 11/2010, 554–555.

⁹⁶ Вид. Viorel Ionita (Јоница), „Der Weg zur Einberufung der (Panorthodoxen) Heiligen und Großen Synode der Orthodoxen Kirche“, *Orthodoxes Forum* 31 (2017) Hefte 1+2, 21.

⁹⁷ Вид. А. Kallis (2013), 531: „Artikel 4. Der Themenplan jeder Vorkonziliaren Panorthodoxen Konferenz wird durch die jeweils vorangegangene Konferenz aus dem Katalog der Themen festgelegt, die von der 1. Vorkonziliaren Panorthodoxen Konferenz ausgewählt worden sind. Aus dem Themenkatalog, der auf diese Weise aufgestellt und panorthodox angenommen worden ist, kann kein Thema gestrichen oder ihm hinzugefügt werden, bevor nicht das Vorbereitungsverfahren aller in diesem Katalog aufgeführten Themen vollständig abgeschlossen ist. Danach kommt das Heilige und Große Konzil zusammen.“; *ibid.*, 533: „Artikel 16. Die Texte zu allen Themen der Tagesordnung werden von den Vorkonziliaren Panorthodoxen Konferenzen einstimmig angenommen. Handelt es sich um Beschlüsse zu Verfahrensfragen, ist die 2/3 Mehrheit der an der Konferenz teilnehmenden Delegationen erforderlich.“

дијаспоре. Са друге стране, представници појединих помесних Цркава су сматрали да четврта конференција не може бити сазвана пре него што све планиране теме буду обрађене, односно пре него што за сваку тему буде припремљен једногласно усвојен нацрт.⁹⁸ Тиме је цео процес припреме фактички био блокиран.

Готово безизлазну ситуацију у којој се процес припреме Сабора нашао разрешило је Сабрање предстојатеља Православних Цркава које је 2008. године организовао Патријарх Вартоломеј у Цариграду и на коме је одлучено да четврта Свеправославна предсаборска конференција буде одржана 2009. године, а да на њеном дневном реду буде питање дијаспоре за које су већ припремљени нацрти документа.⁹⁹ Нацрт документа о православној дијаспори¹⁰⁰ предвиђа оснивање епископских конференција канонских православних епископа одређеног региона (нпр. Северна и Централна Америка, Немачка, Француска), које би унапредиле међусобну сарадњу епископа у циљу формулисања заједничких ставова по различитим питањима и које би на видљив начин пројавиле јединство православних.¹⁰¹ Премда је процедура припреме Сабора предвиђала да нацрти немају обавезујући карактер пре њиховог усвајања на Сабору, одлуке из овог нацрта су заживеле већ у наредним година када су основане прве конференције (The Assembly of the Canonical Orthodox Bishops in Central and Nord America – 2010, Orthodoxe Bischofskonferenz in Deutschland – 2010, итд.), што је значајно утицало на међусобне односе Православних Цркава у дијаспори.

Преостале три теме (аутокефалија, аутономија и диптиси) изнова су разматране на наредној седници припремне комисије (2009), али је комисија успела формулисати само краћи заједнички став по питању аутономије и њеног проглашења.¹⁰² Са друге стране, након последње седнице припремне комисије (2011) и неуспеха по питању усаглашавања ставова око аутокефалије и диптиха, Патријарх Вартоломеј је окончао мандат ове комисије и даље консултације наставио путем писмене кореспонденције и личних контаката са предстојатељима помесних Цркава.¹⁰³ Као и 2008. године, у наставку припремног процеса велику улогу одиграло је Сабрање предстојатеља Православних Цркава, које је 2014. године¹⁰⁴ одлучило да интензивира процес припрема и новоформираној Међуправославној посебној комисији је нало-

⁹⁸ Вид. V. Ionita (2017), 21.

⁹⁹ Вид. A. Kallis (2013), 353.

¹⁰⁰ Вид. A. Kallis (2013), 604–609.

¹⁰¹ Вид. A. Kallis (2013), 605.

¹⁰² Вид. A. Kallis (2013), 605.

¹⁰³ Вид. V. Ionita (2017), 22.

¹⁰⁴ Ово је било шесто Сабрање предстојатеља Православних Цркава од 1992. године, када је на иницијативу Патријарха Вартоломеја установљена пракса сазивања ових Сабрања.

жено да од септембра 2014. до Васкрса 2015. да преради нацрте три¹⁰⁵ (од шест претходно усвојених тема) а да друге три теме¹⁰⁶ још једном провери. Наиме, будући да је део нацрта текстова настао у осамдесетим годинама прошлог века, односно у сасвим другачијим црквеним и друштвено-политичким околностима, појавила се потреба за делимичном ревизијом ових нацрта, о чему је и сам Патријарх Вартоломеј говорио у обраћању поглаварима Православних Цркава.¹⁰⁷

Поред тога, Сабрање је направило кључни корак ка сазивању Сабора одлуком да Сабор буде сазван 2016. године под условом да све припреме до тада буду окончане. Заједнички је одлучено да би Сабор у име свих предстојатеља сазвао Васељенски Патријарх и да би био председавајући док би поглавари других Цркава седели десно и лево од њега. Предвиђено је било да свака помесна Црква има један глас а одлуке би се доносиле консензусом.¹⁰⁸

Доношење свих ових одлука¹⁰⁹ означило је улазак у финалну фазу припрема а тиме је и повећан притисак око усаглашавања преосталих нацрта докумената. Међутим, и поред интензивног рада између септембра 2014. и априла 2015. године као и нове (пете) Предсаборске свеправославне конференције у октобру 2015. представници помесних Цркава су успели да усагласе нацрте само три теме (аутономија, пост, екуменски односи). Поједине Цркве су сходно томе тражиле да се сабор не сазива док се не усагласе нацрти свих десет претходно (1976) предвиђених тема.¹¹⁰ Међутим, одлучујући корак (опет) је направило Сабрање предстојатеља (21–28. 01. 2016. у Шамбезију), које је коначно одлучило да ће Сабор бити одржан на Педесетницу, од 18–27. јуна 2016, у Православној академији на Криту. Свако даље одлагање Сабора у очекивању постизања консензуса по свим питањима заиста се након вишестепенијског рада на нацртима тема чинило нереалним и утолико је одлука Сабрања свакако била очекивана. Са друге стране, Сабрање је донело одлуку да теме аутокефалије, диптиха и календара не буду на дневном реду

¹⁰⁵ То су биле следеће теме: „Односи Православне Цркве према остатку хришћанског света”, „Православна Црква и екуменски покрет” и „Допринос Православне Цркве преовладавању мира, правде, слободе, братства и љубави међу народима и укидању расних и других дискриминација”. Вид. V. Ionita (2017), 23.

¹⁰⁶ Реч је о следећим темама: „Питање заједничког календара”, „Брачне сметње” и „Усклађивање црквених правила поста”. *Ibid.*

¹⁰⁷ „Обраћање Патријарха васељенског на Сабрању поглавара Православних Цркава”, http://spc.rs/sr/obratshanje_patrijarha_vaseljskom_na_sabranju_poglavarapravoslavnih_crkava, 16. 12. 2020.

¹⁰⁸ Вид. Viorel Ionita (Јоница), „Auf dem Weg zum Heiligen und Großen Konzil der Orthodoxen Kirche”, *Una Sancta* 70 (2/2015), 91.

¹⁰⁹ Све одлуке види у „Botschaft der Vorsteher der heiligen orthodoxen autokephalen Kirchen”, *Una Sancta* 70 (2/2015), 153–159.

¹¹⁰ Вид. V. Ionita (2017), 23.

Сабора јер су разлике између Цркава по тим питањима велике,¹¹¹ а одлучено је да се рад на нацртима појединих тема настави до самог Сабора. На крају, на самом Сабору разматране су следеће теме: 1) Мисија Православне Цркве у савременом свету; 2) Православна дијаспора; 3) Црквена аутономија и начин њеног проглашавања; 4) Света тајна брака и брачне сметње; 5) Важност поста и његово држање данас; 6) Однос Православне Цркве са осталим хришћанским светом^{112, 113} Поред тога, Сабрање је, са изузетком представника Антиохијске Патријаршије, усвојило документ *Орјанизација и радна процедура Светиої и Великої Сабора Православне Цркве*, којим је детаљно одређен начин рада Сабора.¹¹⁴

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Кључна реч којом би се могла описати саборност у Православној Цркви јесте еволутивност односно развој. Од првог *ad hoc* организованог сабора у Јерусалиму половином I века па све до Светог и Великог Сабора одржаног на Криту 2016. године појавни облици ове установе мењали су се у складу са црквеним потребама, али и административном организацијом Цркве. Тако је у првом миленијуму црквене историје уједно са развојем надмитрополитанске власти текао и процес формирања сабора у којима су учествовали епископи више различитих самосталних (аутокефалних) митрополија. На тај начин настали су дијецезални, патријаршијски, велики или проширени и ендимуса сабори, да би се врхунац тог процеса догодио организовањем васељенских сабора. Све ове појавне форме биле су одговарајуће за потребе Цркве у Византијском царству која се неретко прилагођавала његовом унутрашњем административном уређењу. Процес еволуције и прилагођавања црквеним потребама и друштвено-политичким околностима није никада престајао и може се идентификовати и у начину организације свеправославних конференција и предсаборских сабрања предстојатеља Православних Цркава, који су претходили Критском сабору.

Флексибилност и еволутивност су приметни и када се анализирају састав и надлежности различитих врста сабора. Чланови свих сабора обавезно су били епископи иако није била реткост да саборским седницама прису-

¹¹¹ *Ibid.*, 24.

¹¹² Овај документ је настао спајањем два документа „Став Православних Цркава према остатку хришћанског света” и „Православље и екуменски покрет” током последње ревизије 2014. године.

¹¹³ Све усвојене саборске документе види у *Свети и Велики Сабор. Учешће и сведочење Српске Православне Цркве на Крийском Сабору о Педесетиници 2016.*, Цетиње – Београд 2017.

¹¹⁴ Вид. Organization and Working Procedure of the Holy and Great Council of the Orthodox Church, <https://www.holycouncil.org/-/procedures>, 16. 12. 2020.

ствују и други клирици, монаси, владар, његови представници, као и различити црквени и државни достојанственици и службеници. Састав сабора одувек се налазио у блиској вези са опсегом обавезности и примене његових одлука. Правило је да одлуке које доноси одређени сабор имају обавезност за све оне цркве и епископе који су имали право да у њему учествују. Иако нису сви епископи који имају то право увек могли да га искористе, то не значи да су они или њихове цркве били ослобођени од обавезе поштовања и примене саборски донетих одлука. Сасвим супротно. Ако би таква праска била прихваћена онда би уздржавање од доласка на сабор представљало моћан механизам блокирања рада сабора.

Када је реч о надлежностима свих облика црквених сабора може се закључити да је она зависила од њиховог састава али и значаја који је конкретан сабор имао у односу на друге врсте сабора. Најважнија питања решавана су на васељенским саборима чије одлуке су постале општеобавезне у целој Православној Цркви. Када се сагледају одлуке различитих сабора јасно се види да су сви сабори, од епархијских до васељенских, имали неку врсту универзалне надлежности за сва питања која су се тицала чланова тих сабора и њихових цркава. У складу са начелом конфузије власти сабори су истовремено вршили законодавну, управну и судску власт у Цркви. Имајући у виду теме којима се бавио Критски сабор може се закључити да све оне спадају у његову надлежност, јер не постоје општеобавезни прописи који би његову општу надлежност, делокруг и јурисдикцију ограничавали.

Један од битних аспеката који је свакако обележио и припреме за Сабор као и сам ток и рецепцију Сабора јесте екуменски. Са једне стране, екуменски односи су се директно рефлектовали на ток саборских припрема. Прва размишљања о организацији Сабора су (макар делимично) инспирисана односно подстакнута развојем екуменских односа као и потребом артикулације заједничког православног става, што је експлицитно посведочено у посланицама из 1902. и 1920. године. Један, ако не кључни, од разлога сазивања Конференције у Москви 1948. године (уз горе поменуте ограде када је у питању њен значај за саборске припрема) јесте разматрање позива за учешће на оснивачкој скупштини Светског савета црква. Друга (1963) и трећа (1964) Свеправославна конференција су на дневном реду имале пре свега екуменске теме, тј. на другој је разматран позива Ватикана за слање православног посматрача на Други ватикански сабор, док је трећа била посвећена билатералним екуменским дијалозима. Такође, екуменским односима је велика пажња посвећена и на трећој Свеправославној предсаборској конференцији која је детаљно разматрала билатералне и мултилатералне екуменске дијалоге, као и однос Православне Цркве према екуменском покрету уопште. Екумена односно екуменски односи битно су дакле утицали на ток саборских припрема и одређеној мери су и одредили ток тих припрема.

Слична констатација се може изрећи и када се саборске припреме по-матрају из перспективе каталога тема. Екуменски односи са другим хришћанским црквама нашли су се на првом каталогу тема формулисаном на заседању Међуправославне комисије 1930. године и упркос бројим ревизијама каталога ово питање је остало на дневном реду Сабора. Штавише, пажљиво проучавање екуменских аспеката саборских припрема омогућило би праћење генезе односа Православне Цркве према другим хришћанским црквама, односно према билатералним и мултилатералним дијалозима, али то би свакако превазилазило границе овог рада. Поред тога, питање екуменских односа не само да је остало на дневном реду Сабора него „та тема представља главни проблем који саборски Оци имају пред собом”, писао је владика Максим¹¹⁵. Документ „Односи Православне Цркве према осталом хришћанском свету” изазвао је тако оштре расправе не само пре и током него и после Сабора.¹¹⁶ Неретко се управо овај документ наводи као главни камен спотицања у рецепцији Сабора, са чим се, упркос разумевању за различитост ставова, тешко можемо сложити.

У *Окружној посланици* критског Сабора стоји: „Схватајући овако обавезу сведочења и даривања, *Православна Црква је одвајкада њридавала велики значај дијалоу, њосебно дијалоу са инославним хришћанима.*”¹¹⁷ Целокупни процес припрема као и сам Сабор представљају најбоље сведочанство истинитости ове чињенице. Са друге стране, поред више пута јасно изражене жеље за наставком екуменског дијалога, како на билатералном тако и на мултилатералном нивоу, нека питања релевантна за даље екуменске односе су ипак остала отворена, односно захтевају даљу разраду и разјашњење.¹¹⁸ Стога остаје нада да ће предлог поменут у *Поруци Светиој и Великој Сабора* постати стварност: „У току Светог и Великог Сабора наглашен је значај досадашњих сабрања Предстојатеља и формулисан је предлог да Свети и Велики Сабор постане установа која се понавља у одређеним временским размацима.”¹¹⁹

¹¹⁵ Епископ западноамерички Максим, 68.

¹¹⁶ Вид. Rade Kisić, „Die Fundamente Stärken. Ein Kommentar zu dem Dokument ‚Beziehungen der Orthodoxen Kirche zu der übrigen christlichen Welt‘”, *Catholica* 71 (2017), 54–55.

¹¹⁷ „Окружна посланица Светог и Великог Сабора Православне Цркве”, *Свети и Велики Сабор*, 73.

¹¹⁸ Вид. Hainthaler, 129–131.

¹¹⁹ „Порука Светог и Великог Сабора Православне Цркве”, *Свети и Велики Сабор*, 199. Интересантно је да у енглеској верзији овог саборског текста није реч о неким неодређеним „временским размацима” него се говори о сазивању еквивалентних сабора на сваких седам или десет година. Вид. „Message of the Holy and Great Council of the Orthodox Church”, https://www.holycouncil.org/-/message?_101_INSTANCE_VA0WE2pZ4Y0I_languageId=en_US (02. 01. 2021): „During the deliberations of the Holy and Great Council the importance of the Synaxes of the Primates which had taken place was emphasized and the proposal was made for the Holy and Great Council to become a regular Institution to be convened every seven or ten years.” Вид. такође Kisić, 58.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

- Basdekis A, *Orthodoxe Kirche und Ökumenische Bewegung. Dokumente – Erklärungen – Berichte 1900–2006*, Frankfurt am Main – Paderborn 2006.
- „Botschaft der Vorsteher der heiligen orthodoxen autokephalen Kirchen”, *Una Sancta* 70 (2/2015), 153–159.
- Duprey P, „The Synodical Structure of the Church in Eastern Theology”, *One in Christ* 7/1971.
- Frieling R, *Put ekumenske misli. Uvod u ekumenologiju* (prev. M. Miladinov), Zagreb 2009.
- Hainthaler, T, „Nach der ‚Heiligen und Großen Synode‘ von Kreta 2016. Fragen und Überlegungen zu einem Neuansatz des orthodox-katholischen Dialogs”, Dietmar Schon (Hg.), *Dialog 2.0 – Braucht der orthodox-katholische Dialog neue Impulse?*, Regensburg 2017, 118–133.
- Hajjar J, *La synode permanent dans l’Église byzantine des origines au XIe siècle: (synodos endemousa)*, Roma 1962.
- Huilier Pierre L, „Σύνοδος”, *Θηκική και θρησκευτική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 11, Αθήνα 1967.
- Ionita V, „Auf dem Weg zum Heiligen und Großen Konzil der Orthodoxen Kirche”, *Una Sancta* 70 (2/2015), 82–92.
- Ionita V, „Der Weg zur Einberufung der (Panorthodoxen) Heiligen und Großen Synode der Orthodoxen Kirche”, *Orthodoxes Forum* 31 (2017) Hefte 1+2, 15–26.
- Ionita V, *Towards the Holy and Great Synod of the Orthodox Church: The Decisions of the Pan-Orthodox Meetings since 1923 until 2009*, Basel 2014.
- Jensen A, *Die Zukunft der Orthodoxie: Konzilspläne und Kirchenstrukturen*, Zürich – Einsiedeln 1986.
- Kallis A, *Auf dem Weg zu einem Heiligen und Großen Konzil: Ein Quellen- und Arbeitsbuch zur orthodoxen Ekklesiologie*, Münster 2013.
- Kallis A, *Brennender, nicht verbrennender Dornbusch: Reflexionen orthodoxer Theologie*, Münster 1999.
- Kesich V, „The Apostolic Council at Jerusalem”, *St. Vladimir’s Seminary quarterly* 3/1962.
- Kisić R, „Die Fundamente Stärken. Ein Kommentar zu dem Dokument ‚Beziehungen der Orthodoxen Kirche zu der übrigen christlichen Welt‘”, *Catholica* 71 (2017), 52–59.
- „Message of the Holy and Great Council of the Orthodox Church”, Доступно online: https://www.holycouncil.org/-/message?_101_INSTANCE_VA0WE2pZ4Y01_languageId=en_US (02. 01. 2021)
- Migne J. P, *Patrologiae Cursus Completus, Patrologiae Graecae*, tomus 2, Paris 1886.
- Neuner P, *Ökumenische Theologie. Die Suche nach der Einheit der christlichen Kirchen*, Darmstadt 1997.
- Oeldemann J, „Kommt das Panorthodoxe Konzil? Alte Konflikte und neue Konstellationen in der Orthodoxen Kirche”, *Herder Korrespondenz* 64 11/2010, 553–557.
- „Organization and Working Procedure of the Holy and Great Council of the Orthodox Church”, Доступно online: <https://www.holycouncil.org/-/procedures>, 16. 12. 2020.
- Ritter A. M, *Das Konzil von Konstantinopel und sein Symbol*, Göttingen 1965.

- Schwartz E, *Acta Conciliorum Oecumenicorum*, Berolini-Lipsiae 1927, tomus 1, volume 1, pars 1.
- Tanner N. P, *The Councils of the Church: A Short History*, New York 2001.
- Βαφείδης Φ, *Ολίγα τινά περί των Συνόδων και δη των οικουμενικών*, Θεσσαλονίκη 1926.
- Βλάχος Ι, „Тό συνοδικό καί ιεραρχικό πολιτεύμα τής Ἐκκλησίας ὡς χάρισμα”, *Θεολογία* 2/2009.
- Γιέβτις Α, „Παράδωσις και ανανέωσις εν τω θεσμῷ των οικουμενικών συνόδων”, *Συνοδικά* 1/1976.
- Δελικάνης Κ, *Η πρώτη εν Νικαία Οικουμενική Σύνοδος*, Κωνσταντινούπολη 1930.
- Ευσέβιος ο Καισαρείας, *Εκκλησιαστική Ιστορία*, 5, 16, 10. Доступно online: http://users.uoa.gr/~nektar/orthodoxy/history/eusebios_ecclesia_historia.htm, 10. децембар 2020.
- Ζηζιούλας Ι, „Ο συνοδικός θεσμός-Ιστορικά, εκκλησιολογικά και κανονικά προβλήματα”, *Θεολογία* 2/2019.
- Καρμίρης Ι, „Οικουμενικά σύνοδοι”, *Ηθική και θρησκευτική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 9, Αθήναι 1966.
- Κοτσώνης Ι, *Σημειώσεις του Κανονικού δικαίου της Ορθοδόξου Ανατολικής Εκκλησίας*, τόμος Β, Θεσσαλονίκη 1961.
- Μπαμπινιώτης Γ, *Λεξικό της νέας ελληνικής γλώσσας*, Αθήνα 2002.
- Νικολαΐδης Ν, *Αποστολικοί Πατέρες, Γραμματολογική και Θεολογική προσέγγιση*, Θεσσαλονίκη 2002.
- Παπαδόπουλος Χ, „Κωνσταντινουπόλεως Σύνοδοι”, *Μεγάλη ελληνική εγκυκλοπαίδεια*, τόμος 5, Αθήναι 1931.
- Ράλλης Γ. Α, Ποτλής Μ, *Σύνταγμα τῶν Θεῶν καὶ Ἱερῶν Κανόνων*, τόμος Β, Αθήνησιν 1852.
- Ροδοπούλου Π, *Επιτομή κανονικού δικαίου*, Θεσσαλονίκη 2005.
- Σαλμάς Α. Σ, *Η Συνοδικότης της Εκκλησίας με βάση τα Πρακτικά των Οικουμενικών Συνόδων*, Θεσσαλονίκη 2007.
- Σταυρίδης Β, *Ο συνοδικός θεσμός εις το Οικουμενικόν πατριαρχεῖον*, Θεσσαλονίκη 1986.
- Φειδάς Β, *Ιστορικοκανονικά και εκκλησιολογικά προϋποθέσεις ερμηνείας των ιερῶν κανόνων*, Αθήναι 1972.
- Φειδάς Β, *Προϋποθέσεις διαμορφώσεως του Θεσμού της Πενταρχίας των Πατριαρχῶν*, Αθήναι 1969.
- Гајић Г, „Историјско-богословски значај Свеправославног Сабора – осврт на припрему од Атона до Женеве -”, *Бојословље* 2 (2016), 237–254.
- Ђорђевић Р, *Црквено ђраво*, Београд 1939.
- Јевтић А, *Свецијени канони Цркве*, Београд 2005.
- Ματιћ З, *Да усїињујемо у љубави. Званични доїословски дијалої Православне и Римске Каїџоличке Цркве*, Пожаревац 2013.
- Милаш Н, *Православно црквено ђраво*, Мостар 1902.
- „Обраћање Патријарха васељенског на Сабрању поглавара Православних Цркава”, Доступно online: http://spc.rs/sr/obratshanje_patrijarha_vaseljenskom_na_sabranju_poglavara_pravoslavnih_crkava, 16. 12. 2020.
- Перић Д, *Црквено ђраво*, Београд 2006.

Перић П, „Православно поимање синодалности/саборности Цркве”, *Богословска смолџра* 86/2016.

Свети и Велики Сабор. Учешће и сведочење Српске Православне Цркве на Кријском Сабору о Педесетници 2016., Цетиње – Београд 2017.

Троицки С, *Црквено љраво*, Београд 2011.

Цисарж Б, *Црквено љраво I*, Београд 1970.

Dalibor B. Đukić
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs

Rade V. Kisić
University of Belgrade
Faculty of Orthodox Theology
rkisic@bfspc.bg.ac.rs

The Holy and Great Council in the Context of Synodality of the Church—Canonical and Ecumenical Perspective

Abstract: *Preparations for the Holy and Great Council of the Orthodox Church, which was held in Crete in 2016, represent a modern expression of the institution of synodality. The authors made a comparative review of canonical and ecumenical perspectives of this institution with the aim of identifying similarities and differences in the conciliar consciousness of the Church. The first part of the paper points out the exceptional flexibility of this institution, which easily adapts to different church needs and social circumstances, as well as the fact that the conciliarity is the basic institution that forms the church organization from the parish to the universal level. The second part of the paper presents the pre-conciliar conferences and the issues they faced. The general conclusion of the paper is that the institution of synodality in the Orthodox Church has surpassed its canonical significance, which will always be unquestionable, and that it has gained its ecumenical perspective, thus becoming a factor of modern inter-church and inter-religious relations.*

Keywords: *sinodality, Council of Crete, particular councils, ecumenical councils, pre-conciliar conferences.*

Датум пријема рада: 03.01.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 13.09.2021.

Датум прихватања рада: 06.10.2021.

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

ПРАВНА ПРИРОДА РЕШЕЊА КОЈИМ СЕ ОДЛУЧУЈЕ О ПРИГОВОРУ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ*

Сажетак: Приговор је „правно средство“ у управном поступку, које се изјављује против нових облика „уравне делатности“: због неиспуњења обавеза из управног уговора, против управне радње и због начина пружања јавних услуга. О приговору се одлучује решењем, које би требало да има карактер управног акта. Захваљујући томе, правна заштитна од нових облика „уравне делатности“ требало би да се осигура у складу са правилима управноправног режима: изјављивањем жалбе у управном поступку и подношењем тужбе у управном спору. На управни акт, међутим, решење о приговору досеђа једино именом – не и својим обележјима. На такав закључак упућују законске дефиниције управног акта, из Закона о одлуци у управном поступку и Закона о управним споровима. Најкраће речено, решење о приговору није управни акт због ситуације у којима се оно доноси нису управне ствари, већ разноврсне ситуације, различите правне природе.

Кључне речи: управни поступак, приговор, решење, управни акт, управна ствар.

1. УВОД

Спроведећи у дело идеју о томе да управна делатност треба да захвата активности органа управе и субјеката којима су поверена јавна овлашћења шире и свеобухватније, законодавац је у нови Закон о општем управном

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ (број пројекта 179079) који се финансира средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја.

поступку (ЗУП) уградио и норме о приговору. Како није могао да их подиже на постојећем темељу, одлучио је да га прошири. Одлучио је да прошири појам управне ствари, тако да под „управно поступање”, након изјављеног приговора, може да се подведе и закључење управних уговора, предузимање управних радњи и пружање јавних услуга.

У намери да правна заштита од ових нових облика „управне делатности” започне у управном поступку, приговор је у новом ЗУП-у заузео место међу правним средствима. О њему би, онако како је то иначе уобичајено за реконструктивна правна средства, требало да одлучује сам орган чијим поступањем странка није задовољна. Кључни потез законодавца тек следи: о приговору се одлучује решењем, а оно би, по својој правној природи, требало да буде управни акт. Његовим доношењем, правна заштита странке добија своје истинске управноправне обресе; она може да се настави даље: изјављивањем жалбе у управном поступку и подношењем тужбе у управном спору.

Осмишљена правна заштита странке у новим „управним стварима” последично је довела до новог појма управног акта. И њега је законодавац проширио, ако би тако могло да се назове то што га је засновао на нејасним и непрецизним обележјима. Без поузданог критеријума, тешко је рећи шта би то управни акт, „у смислу” новог ЗУП-а, требало да буде. Другачије речено, под тако дефинисан појам управног акта лакше је сместити и решење којим се одлучује о приговору.

Нејасне и непрецизне дефиниције, заправо, омогућавају да се лакше прикрије то што је решење о приговору само привидно подведено под појам управног акта. Ситуације у којима се оно доноси само подсећају на управне ствари, али то, по својој правној природи, нису. Још мање би могле да се сматрају управним стварима „у смислу” Закона о управним споровима (ЗУС), дефинисаним много јасније и прецизније, које је, изгледа, законодавац занемарио онда када је решење о приговору, заобилазним путем, као „управни акт”, покушао да укључи у предмет управног спора.

2. ПРИГОВОР: „ПРАВНО СРЕДСТВО” У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

У складу са „начелно” гарантованим правом, странка може да изјави приговор у оним случајевима који су посебно утврђени ЗУП-ом.¹ Приговор је ново „правно средство” у управном поступку, намењено побијању нових облика „управне делатности”, „створених” важећим ЗУП-ом. Под претпоставком да не постоји неко друго правно средство у управном поступку,

¹ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење – ЗУП, чл. 13, ст. 2.

приговор може да се изјави због: неиспуњења обавеза из управног уговора, управне радње и начина пружања јавних услуга.²

Писање данашњег ЗУП-а пратила је велика креативност у разумевању управне делатности, која је довела до тога да се једна од функција државне власти прошири на готово све појединачне акте и радње управе, чак и шире од тога. Нова врста уговора, нова дефиниција управних радњи и ново схватање о јавним услугама резултат су овог стваралачког процеса, заокруженог увођењем приговора, који би све нове облике „управне делатности” требало да повеже у целину, заједно са оним старим и уобичајеним.

О томе да су управни уговори створени ЗУП-ом можемо да говоримо само условно, с обзиром на то да је за њихово закључење потребна и посебна законска основа. Тек тада би на ове двострано обавезне писане акте, којима се стварају, мењају или укидају правни односи у управним стварима, закључене између органа и странке, могла да се примене и специфична правила, прописана ЗУП-ом.³ То су правила која у погледу измене и раскида уговора органу дају већа овлашћења у односу на странку. Између осталог, она подразумевају и то да због неиспуњења уговорних обавеза уговор може да раскине само орган, али не и странка; ако орган не испуњава уговорне обавезе странка може једино да изјави приговор.⁴

Управне радње, истина, нису настале доношењем новог ЗУП-а. Оне су и пре тога чиниле садржину управне делатности, али у много ужем и прецизнијем обиму. У складу са често заступљеним схватањем правне теорије и нормама Закона о државној управи, под управним радњама подразумевамо се примењивање принуде према појединцима. У новом ЗУП-у, законода-

² ЗУП, чл. 147, ст. 1. О томе како је приговор био уређен у различитим редакцијама (предлозима) новог ЗУП-а вид. Зоран Ј. Лончар, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, бр. 4/2017, 1516.

³ ЗУП, чл. 22-26. Приликом израде новог ЗУП-а пошло се од претпоставке о томе да управни уговори постоје у посебним прописима – о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама – суштински, иако се тако не називају. Пажљива анализа ових прописа, међутим, показала је да уговори о јавним набавкама, јавно-приватним партнерствима и концесијама немају управни карактер. Закључак је следећи: они су уведени у наш ЗУП произвољно и непримерено, без ослонаца на посебне прописе, којих у то време није ни било. Вид. Ратко Радошевић, *Правна природа ујравној уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018, 108-113. Овај закључак потврдио је и сам законодавац, аутентично тумачећи одредбе ЗУП-а: „Ове одредбе треба разумети тако да се уговори закључени у складу са посебним законима, ако тим посебним законом нису изричито предвиђени као управни уговори не сматрају управним уговорима у смислу Закона о општем управном поступку и на њих се не може примењивати правни режим Закона о општем управном поступку.” (Аутентично тумачење одредбе члана 22. Закона о општем управном поступку [*Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016], *Службени гласник Републике Србије*, бр. 95/2018)

⁴ ЗУП, чл. 25.

вац је појам управних радњи проширио на све појединачне акте и радње управе без непосредног правног дејства. У законској дефиницији наведени су и примери ових материјалних аката органа који „утичу на права, обавезе или правне интересе странака”: вођење евиденција, издавање уверења, пружање информација, примање изјава и друге радње којима се извршавају правни акти.⁵ Против управне радње, али и онда када орган не предузме управну радњу коју је по закону дужан да предузме, може да се изјави приговор – под условом да управна радња није повезана са доношењем управног акта.⁶

Новином не би могло да се назове ни пружање јавних услуга. Напротив, о пружању јавних услуга могло је да се говори и пре доношења важећег ЗУП-а. Разлика је само у контексту: раније су то биле делатности јавних служби, јасно одвојене од управне делатности. Сада би и јавне услуге, које пружају јавне службе, требало да представљају један од видова управне делатности и поступања у управним стварима. У том контексту, пружање јавних услуга подразумева обављање привредне и друштвене делатности, односно послова за које је законом утврђено да се врше у општем интересу, а који не могу да се подведу под неки други облик управног поступања; пружањем јавних услуга обезбеђује се остваривање права и правних интереса, односно задовољавање потреба њихових корисника.⁷ Разводњавајући појам јавних услуга законодавац је под њих подвео и остале делатности, односно послове управе, уколико се врше у истом циљу, а не представљају неки други облик управног поступања.⁸ Остваривање права и правних интереса корисника јавних услуга и задовољавање њихових потреба треба да буде уредно и квалитетно, под једнаким условима. У супротном, ако се јавне услуге не пружају на тај начин, може да се изјави приговор.⁹

Увођењем нових облика „управног поступања”, законодавац је проширио поље обавезне примене ЗУП-а.¹⁰ Предмет управног поступка и даље је управна ствар, али она више није ограничена на решавање о правима, обавезама и правним интересима странке. Сада би то требало да буде свака ситуација у којој се, непосредном применом прописа, „правно или фактички утиче на њен положај”, а то подразумева и закључење управних уговора, предузимање управних радњи и пружање јавних услуга.¹¹ Када се прочита-

⁵ ЗУП, чл. 27.

⁶ ЗУП, чл. 28. Уколико је „управна радња” повезана са доношењем управног акта, онда се ради о процесној радњи у управном поступку. Тада се ни не побија „управна радња”; побија се управни акт, због повреде правила поступка.

⁷ ЗУП, чл. 31, ст. 1.

⁸ ЗУП, чл. 31, ст. 2.

⁹ ЗУП, чл. 32.

¹⁰ Вид. Драган Ј. Милков, Ратко С. Радосевић, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: „управно поступање”, *Зборник радова ПФНС*, бр. 3/2016, 734-737.

¹¹ ЗУП, чл. 2, ст. 1.

ју уводне одредбе ЗУП-а, стиче се утисак о томе да се управни поступак спроводи и у овим ситуацијама. Даље читање ЗУП-а и његов текст сагледан у целини, међутим, указују на то да је први утисак погрешан. Погрешан је, заправо, начин на који је уређен предмет управног поступка. Процесна правила ЗУП-а нису намењена закључењу управних уговора, предузимању радњи управе и пружању јавних услуга. Намењена су, као и раније, доношењу управних аката и издавању јавних исправа. На остале облике „управног поступања” ЗУП се примењује тек онда када их странка оспорава приговором, тражећи правну заштиту.¹²

Приговор и служи томе да се нови облици „управне делатности” повежу са управним поступком и подведу под постојећи режим управноправне заштите. Сада постаје јасно и то зашто је израз „правно средство” у наслову овог дела рада означен наводницима. Приговор је у ЗУП-у формално назван правним средством (редовним – додаће правна теорија) и смештен уз одредбе о жалби. Он то ипак није. За разлику од жалбе, приговор нема карактер правног средства (правног лека) у управном поступку. Смисао приговора упућује на то да он представља захтев за пружањем правне заштите, акт иницијалног карактера, којим би управни поступак тек требало да се покрене.¹³

3. ОДЛУЧИВАЊЕ О ПРИГОВОРУ

Изјављујући приговор, уз сходну примену норми ЗУП-а о облику и садржини жалбе, странка се обраћа оном органу, због чијег поступања и захтева правну заштиту – прецизније речено, његовом руководиоцу.¹⁴ Ова правна заштита остварује се у одређеном року, који може да износи шест месеци или петнаест дана. Рок од шест месеци важи за управне уговоре и тече од пропуштања органа да испуни своју уговорну обавезу. Рок од петнаест дана важи за управне радње и пружање јавних услуга; рачуна се од предузимања или пропуштања управне радње, односно од када се јавна услуга не пружа тако да обезбеди уредно и квалитетно, под једнаким условима, остваривање права и задовољавање потреба корисника.¹⁵

Пре доношења одлуке о приговору, руководилац мора да утврди чињенично стање, испита законитост и правилност поступања органа.¹⁶ Одлука

¹² Вид. Ратко Радошевић, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије”, *Правна ријеч*, бр. 46/2016, 337-339.

¹³ Вид. Драган Ј. Милков, Ратко С. Радошевић, „Приговор у управном поступку”, *Зборник радова ПФНС*, бр. 4/2018, 1467-1468.

¹⁴ ЗУП, чл. 148, ст. 1 и 2.

¹⁵ ЗУП, чл. 147, ст. 2.

¹⁶ ЗУП, чл. 148, ст. 3.

о приговору доноси се у форми решења, у року од 30 дана од дана пријема приговора.¹⁷ Садржински посматрано, одлука може да има процесни или мериторни карактер. Одлуком процесног карактера приговор се одбацује, онда када је недозвољен, неблаговремен, изјављен од стране неовлашћеног лица или неуредан, а та неуредност није отклоњена у остављеном року.¹⁸ Мериторном одлуком, приговор се одбија, као неоснован, или усваја, као основан. Уколико се приговор усвоји, онда је неопходно да се прецизирају и даље правне последице: одређује се даљи начин испуњења уговорних обавеза органа и одлучује о захтеву за накнаду штете; налаже се или обуставља предузимање управне радње и одређује начин на који се отклањају њене последице; налаже се предузимање законских мера, којима се отклањају недостаци у пружању јавних услуга.¹⁹ Иста овлашћења, процесног и мериторног карактера, има и другостепени орган, који одлучује о жалби против решења о приговору.²⁰

Ово последње правило, којим се исцрпљује законско нормирање приговора, указује нам на то да против решења о приговору може да се изјави жалба – редовно правно средство у управном поступку. Начелно бар, уколико то решење има првостепени карактер. Подсетимо се: приговор је и уведен како би се обезбедила управноправна заштита против нових облика „управне делатности”. Њена суштина, међутим, не огледа се у самом одлучивању о приговору; то је само први корак. Она циља даље, на оно што би требало да следи касније, а то је жалба у управном поступку и тужба којом се, против коначне одлуке, покреће управни спор. Све су то последице основне и полазне идеје законодавца, у складу са којом решење о приговору има карактер управног акта. Приликом доношења новог ЗУП-а, ова идеја саопштена нам је изричито:

„Приговор има за циљ да се управна поступања која не представљају управни акт – управне радње, управни уговори, пружање јавних услуга – уведу у постојећи систем управноправне заштите, тако што се приговор изјављује против ових управних поступања ради добијања управног акта којим се одлучује о њиховој законитости или целисходности. Једном издати управни акт даје странци могућност да користи редовне путеве управноправне заштите, тако што против одлуке о приговору може да изјави жалбу у управном поступку или тужбу у управном спору, зависно од положаја субјекта који је предузео управно поступање у управној хијерархији.”²¹

¹⁷ ЗУП, чл. 149, ст. 1.

¹⁸ ЗУП, чл. 149, ст. 2.

¹⁹ ЗУП, чл. 149, ст. 3.

²⁰ ЗУП, чл. 150.

²¹ Предлог Закона о општем управном поступку, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf, 69, 17. септембар 2020.

4. РЕШЕЊЕ О ПРИГОВОРУ – УПРАВНИ АКТ?

Образложење новог ЗУП-а указује на то да је правна природа решења којим се одлучује о приговору неспорна и јасна. Проблем се, међутим, састоји у томе што правну природу овог решења не можемо да утврдимо на основу онога што пише у образложењу – релевантно је првенствено оно што пише у самом тексту закона. Није довољно да се ово решење само прогласи управним актом; да би оно имало карактер управног акта, неопходно је да има и његова битна обележја.

У самом тексту ЗУП-а, истина, пише да су управни акти решења и закључци.²² Ова одредба, ипак, не указује на суштину управног акта и на његова обележја – указује на његове називе, оне најчешће и уобичајене, иако управни акт може да се зове и другачије, у складу са посебним прописима.²³ Суштина управног акта не произлази из његовог имена, већ из његове законске дефиниције, у складу са којом управни акт представља:

„Појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима.”²⁴

То да је управни акт појединачан и ауторитативан правни акт, којим се производи непосредно правно дејство и одлучује о правима, обавезама и правним интересима странке, одавно је већ у нашем праву познато и прихваћено. Ново је то што управни акт више не може да се објасни помоћу појма управне ствари: то што се управни акт доноси у управним стварима више не значи ништа, јер се појам управне ствари сада протеже и на друге појединачне акте и радње управе. Одричући се онога што су судска пракса и правна теорија градиле деценијама, законодавац је критеријум за препознавање управних аката потражио у карактеру прописа на којима се заснивају, а то су прописи из одговарајуће управне области.

У магли нејасних и обесмишљених појмова тешко је доћи до смислених закључака. У складу са овим новим мерилом, тешко је поуздано рећи шта је то управни акт и када он постоји. Јасно је само једно: у жељи да се под њега

²² ЗУП, чл. 16, ст. 2.

²³ ЗУП, чл. 16, ст. 3. Иако названи управним актима, закључци то нису, имајући у виду њихов правни режим, уређен ЗУП-ом. Закључак је „управни акт” којим се управља поступком; против њега није дозвољена посебна жалба, нити може да се води управни спор. (Вид. ЗУП, чл. 146, ст. 1 и 3) У складу са овим правилима, закључак би требало да има карактер акцесорног акта. (Вид. Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 41; Зоран Р. Томић, *Коментар Закона о ошћинем управном йосиууку – са судском йраксом и рејисйром йојмова*, Београд 2017, 536)

²⁴ ЗУП, чл. 16, ст. 1.

подведу и неке нове „управне ствари”, појам управног акта је разводњен. Питање је, међутим, да ли је разводњен довољно, тако да захвати и решење којим се одлучује о приговору.

С обзиром на то да се доноси у „управним стварима” различите суштинске и различитог правног режима, спорно је да ли правну природу решења о приговору уопште и можемо да посматрамо јединствено. Различита и разноврсна правила која важе за закључење управних уговора, вршење управних радњи и пружање јавних услуга, не би увек могла да се подведу под прописе из одговарајуће управне области. Не би увек могла да се подведу ни под правна правила, јер су неке од ових активности уређене и правилима одговарајуће струке. Како се то о законитости и правилности неиспуњења уговорне обавезе, или о уредности и квалитету пружања јавне услуге, одлучује непосредном применом прописа из одговарајуће управне области? Ако се на „управно поступање” изворно примењују правила уговорног права или правила одређене струке, како она, одједном, након изјављеног приговора, у тој истој ситуацији, постају прописи из одговарајуће управне области?

Овакво мешање и повезивање суштински различитих ствари намеће много питања, а нуди мало одговора, бар оних логичних. Задатак свакако није ни лак. Баш супротно од тога, потребан је сизифовски напор како би се разноврсне „управне ствари” повезале у једну целину и подвеле под појам управног акта. На врху тог успона наша мисао не може дуго да се задржи – неизбежно се враћа на почетак и мора да крене изнова.

Враћајући се на почетак, хајде да још једном видимо о чему би то требало да се реши непосредном применом прописа из одговарајуће управне области – о праву, обавези или правном интересу странке. Под странком, као процесним субјектом, подразумева се физичко или правно лице чија је управна ствар предмет управног поступка, односно физичко или правно лице на чија права, обавезе или правне интересе исход управног поступка може да утиче.²⁵ Да ли се и решењем о приговору заиста одлучује о правима, обавезама или правним интересима странке? Карактер ситуација у којима се приговор изјављује указује на негативан одговор.

Доношењем управног акта орган не одлучује о сопственој управној ствари – одлучује о управној ствари странке. Као субјект надлежности, који штити јавни интерес, он у тој управној ствари нема никаква сопствена права, обавезе и интересе. Насупрот томе, у оним „управним стварима” у којима се изјављује приговор, орган би требало да одлучи и о сопственим правима и обавезама. Орган би, истовремено, требало да буде и странка, чија „управна ствар” чини предмет управног поступка. Решењем, којим усваја приговор, орган би, изгледа, сам себи, ауторитативно, требало да наметне испуњење

²⁵ ЗУП, чл. 44, ст. 1.

уговорне обавезе и обавезу накнаде штете. Или би, исто тако ауторитативно, сам себи требало да наложи предузимање управне радње, односно мера за отклањање недостатака у начину на који је пружао јавне услуге. Након тога, у овом логичком низу, преостаје једино то да орган самом себи наметнуте обавезе изврши принудним путем; уколико је и за то надлежан, наравно.

Када се различите „управне ствари” помешају и повежу вештачки, онда под појам управног акта, изгледа, може да се подведе и оно што не одговара његовој правној природи. Решење којим се одлучује о приговору може да се прогласи управним актом, али та тврдња не може да се поткрепи доследно и логички исправно. Чак ни онда када имамо у виду искључиво унутрашњу логику ЗУП-а и појмове дефинисане „у смислу” овог закона.

Шта би се десило онда када појам управног акта не бисмо ни посматрали овако уско и парцијално, „у смислу” ЗУП-а? Шта би се десило онда када бисмо појам управног акта посматрали у смислу управноправног режима у целини, онако како је то и исправно? Видели бисмо да се законодавац није одрекао само онога што су изградиле судска пракса и правна теорија; одрекао се и сопствених дефиниција, формулисаних „у смислу” ЗУС-а.

Парцијално приступајући уређењу управноправног режима, законодавац је у ЗУС-у задржао стари појам управног акта, ужи и прецизнији. Ова законска дефиниција не ослања се на нејасан и недовољно утврђен појам „прописа из одговарајуће управне области”. Ослања се на појам управне ствари, дефинисан такође много уже и прецизније. Основна разлика огледа се у томе што се у складу са одредбама ЗУС-а у управним стварима доносе искључиво управни акти. Управне ствари немају никакве везе са осталим појединачним актима и радњама управе:

„Управни акт, у смислу овог закона, јесте појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари. Управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди.”²⁶

Зашто је уведен приговор и зашто се о приговору одлучује решењем? Зато што би и нови облици „управне делатности”, на крају, посредно, требало да дођу пред Управни суд. Управни спор је завршни корак, завршна карика у ланцу правне заштите, намењене новим облицима „управног поступања”. Правне заштите која полази од претпоставке о томе да је решење о приговору управни акт – овај пут, дефинисан као предмет управног спора.

²⁶ Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009, чл. 4 и 5.

Решење којим се одлучује о приговору могло би да има карактер управног акта, „у смислу” ЗУС-а, само уколико се доноси у управним стварима, такође дефинисаним ЗУС-ом. Другим речима, уколико се доноси у неспорним ситуацијама од јавног интереса, у којима постоји потреба, произашла непосредно из правних прописа, да се уреди будуће понашање странке, на ауторитативан начин. Овако дефинисане управне ствари ни по једном свом обележју не подсећају на ситуације у којима се одлучује о законитости и правилности испуњења обавеза из управног уговора, вршења управних радњи и пружања јавних услуга.

Управне ствари су специфичне ситуације, у којима тек треба да се прецизира, применом правних прописа, будуће понашање странке, односно примарна диспозиција.²⁷ То су ситуације у којима странка тек треба да стекне одређена права и обавезе, у складу са прописима и ауторитативном одлуком надлежног органа – управним актом. У управним стварима нема никаквог спора о правима и обавезама, зато што та права и обавезе још увек нису ни настали.²⁸ Постоји само потреба, наметнута прописима и јавним интересом, да се о њима одлучи. Након тога, одлука може и да се оспорава, уколико странка тврди да је донета незаконито.

Вратимо се на решење којим се одлучује о приговору. О каквом се то и чијем „будућем” понашању – „будућим” правима и обавезама – ради у оним „управним стварима” у којима орган испуњава уговорне обавезе, врши управне радње или пружа јавне услуге? Странке или органа? Да ли та права и обавезе већ постоје, или тек треба да настану, донетим решењем? Уколико странка тек треба да стекне одређена права, зашто приговара, чиме је то незадовољна? Да ли и управни уговор производи неко правно дејство, пре приговора и следећег решења? Да ли је орган дужан да предузме управну радњу, или ће тек бити дужан, када је наложи решењем? Да ли између пружалаца и корисника јавних услуга постоји неки правни однос и пре изјављивања приговора, или он тек треба да настане, када буде донето решење?

Чини се да је одговор на постављена питања само један: ситуације у којима се изјављује приговор и доноси решење нису управне ствари. Када би то биле – када би у њима заиста постојала потреба да се ауторитативно одлучи о будућем понашању странке, о њеним правима и обавезама, непосредном применом прописа, из „одговарајуће управне области” – онда би био донет управни акт, не би се ни закључивао управни уговор, предузимале управне радње, пружале јавне услуге.

²⁷ Павле Димитријевић, *Основи управној права*, Београд 1983, 90; Драган Милков, *Појам управној акција* (докторска дисертација), Београд 1983, 194.

²⁸ „Непосредна правна интервенција у управним стварима не састоји се у разрешавању каквог спорног односа; у њима таква врста односа, у принципу, не постоји.” (Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Београд 2010, 285)

Приговором се не захтева одлучивање о „будућем понашању” странке. Захтева се да орган изврши обавезе, које је имао и пре тога, по различитим правним основама, у зависности од конкретне ситуације и конкретног облика „управног поступања”. Изјављивањем приговора, странка не тражи нека „будућа” права – захтева заштиту права која већ има. Странка оспорава начин на који је орган извршио своје обавезе, или тврди да их орган није ни испунио. У основи, то нису неспорне, него спорне ситуације, у којима странка тврди да су њена права повређена. У зависности од ситуације, ту тврдњу може да изнесе само у прописаном року, преклузивног карактера; ограничено, као да њено потраживање тада застарева; као да после тих шест месеци, односно петнаест дана, странка више ни нема право на судску заштиту.

Уколико ситуације у којима се изјављује приговор нису управне ствари, онда ни решење о приговору није управни акт. Овако постављен силогизам намеће и следећи логичан закључак: управни спор, по том правном основу, не може ни да се води. Оно што је намеравао, законодавац није постигао. Желео је да се нови облици „управног поступања” подведу под управно-правни режим преко приговора и решења о приговору, као „управног акта”. Добио је, у најбољем случају, појединачне правне акте против којих би правна заштита у управном спору могла да се оствари само супсидијарно, под условом да законом није предвиђена нека друга судска заштита.²⁹

Проблем и јесте у томе што су под управноправни режим, посредно, вештачки и волшебно, подведене спорне ситуације, у којима већ постоји друга судска заштита, примерена њиховој правној природи. Многе од тих ситуација имају уговорни карактер, који би требало да прати и одговарајући начин решавања уговорних спорова. Њима су пак, подједнако вештачки, придодате и различите радње управе, које би било тешко, чак и одвојено, повезати у једну целину, подједнако подведену под управноправни режим. А све то након што се радња управе, која ни нема непосредно правно дејство, претвори у управни акт, којим би о том „правном дејству” требало да се одлучи.

Уколико је желео да створи нове облике „управног поступања” и подведе их под правну заштиту у управном спору, законодавац је морао да промени правила о судској надлежности и предмету управног спора. Онда му не би био потребан никакав приговор; никакав „посредник”, способан да разне ствари, чак и оне судске, претвори у „управне”.

Да парадокс буде још већи, а тиме и створена конфузија, ситуације у којима се изјављује приговор заиста подсећају на један облик управне делатности. Подсећају на ситуације у којима се врши управни надзор над применом закона и других општих правних аката. Овај облик управне делатности већ је подведен под управноправни режим, али за законодавца, очигледно,

²⁹ ЗУС, чл. 3, ст. 2.

није био довољан. Од управног надзора, странку изгледа боље штити приговор самом органу, чијим поступањем је незадовољна. Од директне везе са управноправним режимом, изгледа је боља она посредна, која се успоставља изјављивањем нечега што подсећа на „рекламацију јавноправног карактера”, способну да различите акте управе и јавних служби претвори у „управне акте”.

Конфузно је и то што овакву „способност” слична правна заштита до сада није имала: ни она коју су корисници јавних услуга остваривали изјављивањем рекламација и приговора, у складу са посебним прописима о заштити потрошача и пружању јавних услуга; ни она коју су грађани остваривали подношењем притужби на рад органа државне управе, у складу са Законом о државној управи.³⁰ Ако су то, у основи, ситуације истог карактера, зашто и резултат није исти? Зашто су правне последице различите? Зашто се у тим ситуацијама не ради о „управним стварима”? Зашто се одговори на рекламације и притужбе не сматрају „управним актима”? Зато што нису тако проглашени, или зато што имају другачију правну природу? Запитајмо се, за крај, више реторски!

5. ЗАКЉУЧАК

Нови ЗУП доноси са собом нове облике „управног поступања”; доноси, заправо, нови концепт правне заштите странке у оним „управним стварима” у којима се закључују управни уговори, врше управне радње и пружају јавне услуге. Ова правна заштита странке остварује се у неколико следећих корака. Почине изјављивањем приговора и доношењем решења о приговору – пред оним органом чије „управно поступање” странка и напада. Редовно би требало да се настави пред другостепеним органом, који одлучује о изјављеној жалби против решења. Завршетак је пред Управним судом, након подношења тужбе против коначне одлуке, донете у управном поступку.

Овако замишљена правна заштита странке почива на следећој тези: решење којим се одлучује о приговору има карактер управног акта. Зато се доноси и побија у управном поступку, а затим и у управном спору. Зато је правна заштита странке, у новим „управним стварима”, генерално гледано, подведена под управноправни режим – под правила која регулишу вршење управне делатности.

Шта је, међутим, то што овом решењу даје карактер управног акта? Осим назива – ништа. Решење којим се одлучује о приговору не одговара законској

³⁰ Закон о државној управи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018, и 30/2018 – др. закон, чл. 81.

дефиницији управног акта, чак ни оној датој у ЗУП-у, која би требало да се уклапа у унутрашњу логику промена и ново схватање о управној делатности. Још мање одговара дефиницији из ЗУС-а, која са „унутрашњом логиком ЗУП-а” и новим концептом „управне делатности” нема никакве везе.

Ако прихватимо да и управни акт има одређену логику, онда морамо да прихватимо и то да се решење о приговору у њу не уклапа. Управни акт има један, а решење о приговору сасвим други смисао. Укратко, управним актом се одлучује о будућим правима и обавезама странке, а решењем о приговору о повреди постојећих права и обавеза, како странке тако и органа. Управним актом заснивају се управноправни односи, а решењем о приговору пружа се правна заштита у постојећим правним односима, различите правне природе.

У томе се и налази корен проблема: ситуације у којима се доноси решење о приговору нису управне ствари – нису ситуације у којима се доносе управни акти. То су разноврсне ситуације, различите правне природе, од којих ни не може да се направи смислена целина, која би имала обележја „управне ствари”. Оне под управноправни режим не могу да се подведу посредно, преко управног акта. Оне не могу да промене своју правну природу и постану нешто друго. У њима се правна заштита, примерена њиховој правној природи, остварује на други начин и у другим поступцима. Уколико законодавац сматра да таква правна заштита није довољна, онда и нове облике „управног поступања” мора под управноправни режим да подведе директно, приступајући његовим свеобухватним, а не парцијалним изменама.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ:

- Димитријевић Павле, *Основи ујравној йрава*, Београд 1983.
- Лончар Ј. Зоран, „Правна средства у новом Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова Правној факултетија у Новом Саду*, бр. 4/2017.
- Милков Драган, *Појам ујравној актиа* (докторска дисертација), Београд 1983.
- Милков Ј. Драган, Радошевић С. Ратко, „Неке новине у Закону о општем управном поступку: 'управно поступање’”, *Зборник радова Правној факултетија у Новом Саду*, бр. 3/2016.
- Милков Драган, *Ујравно йраво II: ујравна делайносй*, Нови Сад 2017.
- Милков Ј. Драган, Радошевић С. Ратко, „Приговор у управном поступку”, *Зборник радова Правној факултетија у Новом Саду*, бр. 4/2018.
- Радошевић Ратко, „Појам управне ствари и нови Закон о општем управном поступку Републике Србије”, *Правна ријеч*, бр. 46/2016.
- Радошевић Ратко, *Правна йрурога ујравној ујовора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018.
- Tomić R. Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Beograd 2010.

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

Закон о државној управи, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018, и 30/2018 – др. закон.

Закон о управним споровима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 111/2009.

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

Предлог Закона о општем управном поступку, http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/266-16.pdf, 17. септембар 2020.

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radoševic@pf.uns.ac.rs

Deciding on an Objection in the Administrative Procedure: Legal Nature of the Decision

Abstract: *An objection is a "legal remedy" in administrative procedure, used against new forms of "administrative activities": due to non-fulfillment of obligations from the administrative contract, against administrative actions and due to the manner of providing public services. The objection is decided by a decision, which should have the character of an administrative act. In this way, legal protection against new forms of "administrative activities" should be introduced into régime administratif, which includes an appeal in the administrative procedure and a lawsuit in the administrative dispute. This decision, however, reminds of an administrative act only by name – not by its features. Such a conclusion is indicated by the legal definitions of the administrative act, in the General Administrative Procedure Act and the Administrative Disputes Act. In short, this decision is not an administrative act because the situations in which it is made are not administrative matters, but various situations, of different legal nature.*

Keywords: *administrative procedure, objection, decision, administrative act, administrative matter.*

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

Rechtsnatur der Widerspruchsentscheidung im Verwaltungsverfahren

Zusammenfassung: Ein Widerspruch ist ein „Rechtsmittel“ im Verwaltungsverfahren, das gegen die neuen Formen der „Verwaltungstätigkeit“ eingelegt werden kann: wegen Nichterfüllung von Pflichten aus den Verwaltungsverträgen, gegen Verwaltungshandlungen und öffentliche Dienstleistungen. Die Widerspruchsentscheidung sollte den Charakter eines Verwaltungsakts haben. Dadurch sollte der Rechtsschutz der Parteien gegen die neuen Formen der „Verwaltungstätigkeit“ im Verwaltungsrechtssystem verwirklicht werden: durch Einlegung einer Beschwerde im Verwaltungsverfahren und einer Klage im Verwaltungsstreit. Die Widerspruchsentscheidung erinnert jedoch nur dem Namen nach an den Verwaltungsakt – nicht nach ihren Merkmalen. Eine solche Schlussfolgerung ergibt sich aus den gesetzlichen Definitionen des Verwaltungsakts aus dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz und dem Gesetz über Verwaltungsstreitigkeiten. Kurz gesagt, die Widerspruchsentscheidung ist kein Verwaltungsakt, weil die Situationen, in denen sie getroffen ist, keine Verwaltungssachen sind, sondern verschiedene Situationen, unterschiedlicher Rechtsnatur.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsverfahren, Widerspruch, Entscheidung, Verwaltungsakt, Verwaltungsache.*

Датум пријема рада: 27.08.2021.

Датум прихватања рада: 16.10.2021.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Zsuzsanna M. Juhász
University of Szeged
Faculty of Law and Political Sciences
juhaszszs@juris.u-szeged.hu

THE APPLICATION OF VIDEO CONFERENCING IN HUNGARIAN PRISONS

Abstract: *The application of the different solutions of video communication are getting more and more popular in the field of criminal justice. Video conferencing technology can be used for legal proceedings that would otherwise require transporting the prisoner and utilizing other staff resources. The purpose of the present study is to briefly introduce video conferencing and its effect on the prison environment.*

Keywords: *video conferencing, courtroom, prison setting, prisoners.*

1. INTRODUCTION

Nowadays the application of the different solutions of video communication are getting more and more popular in the field of criminal justice. Parallel to the increasing number of criminal cases, the need for such technology which develops efficiency and decreases costs is also growing. Besides video conferencing which is transacted between the courtrooms and another endpoint with the help of audio-visual equipment¹, we also can refer to the practice of video visitations and the telemedicine² as the new dimension of the prisoners' healthcare in the penitentiaria-

¹ According to the definition of the Association Internationale des Interprètes de Conférence (AIIC) video conference is a teleconference comprising one or several video signals which convey the images of some or all the participants. Quoted by Yvonne Fowler, „Interpreting into the ether: interpreting for prison/court video link hearings” <https://criticallink.org/wp-content/uploads/2020/04/CL5Fowler.pdf> 15. March 2021.

² For more details on telemedicine see: Jeremy D. Young, Mahesh Patel, “HIV subspecialty care in correctional facilities using telemedicine,” *Journal of Correctional Health Care*, 21(2) 2015, 179.; Jody Lannen Brady, “Telemedicine behind bars: A cost-effective and secure trend,” *Biomedical Instrumentation & Technology*, January/February 2005, 7; Violetta Andriolo, “Use of telemedicine in the European penitentiaries: a 2015 survey”, *European Journal of Public Health*,

ry system. The purpose of the present study is to briefly introduce video conferencing and its effect on the prison environment.

2. THE VIDEO CONFERENCES

The expression 'video conferencing'³ is the most commonly used term in the international legal literature referring to the discussed legal institution. It is based on video conferencing technology which allows for two or more people to see, hear or talk to each other in separate locations but in real time. The Hungarian legal background of these video conferences transacted from the courtrooms appeared in the previous Hungarian Criminal Procedure Act (Act XIX of 1998) in the form of the so called closed circuit telecommunication network trials.⁴ At the time this legal institution functioned as a form of witness protection from the 1st of July 2003, since mostly it was used according to witness hearings, and only exceptionally related to the charged persons interrogation. This also meant that it could not be applied outside the aforementioned categories of persons, further proving acts could not be performed and other phases of trial could not be held in this construction.⁵

The Hungarian Criminal Procedure Code in force (Act XC of 2017)⁶ has made more changes in relation to this legal institution: in addition to the change of the name⁷, the regulatory framework has clearly expanded. This means on the one hand the expansion of categories of persons, thus currently the application of the abovementioned telecommunication tool is possible not only according to the

3/2015, 30.; Maria Gualano et al., "Use of telemedicine in the European penitentiaries: Current scenario and best practices", *The European Journal of Public Health*, 27(1) 2016, 30–35.

³ Also referred to as 'video link' or 'audio-visual link'.

⁴ The legal institution was enrolled by Section 146 of Act I of 2002 on the amending of Act XIX of 1998 on the Hungarian Criminal Procedure: Holding a trial by way of a closed-circuit communication system, Sections 244/A–244/D. According to the previous Hungarian Criminal Procedure Act "At the motion of the prosecutor, the accused, the counsel for the defence, the witness, the lawyer acting on behalf of the witness, the ward or legal representative of a minor witness, or ex officio, the presiding judge may order the examination of the witness, or, in exceptional cases, the examination of the accused by way of a closed-circuit communication system. In the event of an examination via a closed-circuit communication system, direct links between the venue of the trial and the place of stay of the person heard shall be provided by a device simultaneously transmitting oral and visual communication."(art. 244/A. para.1.)

⁵ You can read about this topic in detail: Anett Erzsébet Gácsi, "Büntetőtárgyalás tartása zártcélú távközlő hálózat útján", *Acta Universitatis Szegediensis, Forum: Acta juridica et politica*, 2/2017, 5–24.

⁶ The current Hungarian Criminal Procedure Code entered into force on 1 July 2018.

⁷ Application of telecommunication tool (arts. 120-126.)

witness and the charged person, but also in relation to experts and translators. On the other hand, this means that its application is not limited only to the actual trial phase or the interrogation, but it can be used in all procedural phases in relation to all procedural acts. In this way, the original witness protection function of the legal institution has been replaced by the requirement to ensure presence at the procedural act, witness protection appears as an additional effect.⁸

Considering the place where the procedural act is taking place, the previous approach which was formulated and limited exclusively to two locations (interrogation court – correctional institution) was replaced by a much broader one, which means a designated area indicated by the prosecution authority and the police.

The idea of the closed circuit telecommunication network trials in 2014 raised the question of the form of interrogation of the charged persons or the witnesses in detention in which video communication is established between the courtroom and the correctional institution. In relation to this, it is important to highlight, that the previous Hungarian Criminal Procedure Code ordered the application of such system according to the charged persons and witnesses in detention in case of threat to public security.⁹ This video conferencing system was applicable in such cases, when the escape of the to be interrogated detainee was thoroughly feared. According to the Hungarian Criminal Procedure Code [art. 122, para. 3 b)-c)] in force the court can neglect the application of the telecommunication device only in particularly justified cases. It means on the one hand, the procedural acts which require the presence of the charged person or witness in detention, and on the other hand, the trial which is held in the matter of extending or maintaining the pre-trial detention, if the conditions for the application of the telecommunication device are provided.

According to the latter condition it can be said that the penitentiary system has set up an endpoint network for all prisons. Thus at the present, simultaneous visual and audio connection between the courts, other authorities¹⁰ and the correctional institutions – in the case of the detained charged person and witness – allows the participation in the procedural act.

The system is coordinated by a central module that ensures that the video conferencing takes place at the pre-settled time and between the designated endpoints. In case if the convicted person's presence should be ensured by telecommunication device in connection with several criminal cases at the same time,

⁸ A. E. Gácsi, 2017, 21.

⁹ „The presiding judge may order the use of closed-circuit communication system for the examination of a detained accused or witness whose presence at the trial would endanger public safety.”(art. 244/A, para. 2, f)

¹⁰ In case of the procedure of the prosecutor's office and the police, the Hungarian Criminal Procedure Code in force ordered the use of the telecommunication device as mandatory with the exception of those specified in art. 122. para 2.

according to the Penitentiary Regulation¹¹ (art. 81/A) due to the time conflict an obligation arises from the side of the penitentiary institution to notify the ones who ordered the application of the telecommunication device. For the correctional institution the primary focus will be on consultation in order to resolve the conflict between the ones who order such video conferencing. If this conflict effects a court or other authority (such as the prosecutor's office, the police, the mediator) the law gives priority to the court order.

The transaction of the first video conferencing happened on the 25th of May 2018 between the Regional Court of Eger and the Regional Correctional Institution of Heves county in the penitentiary proceeding in the matter of conditional release. Since then, the system has been updated several times and it also has been tested with a load test, meaning that all the correctional institutions have logged in the system at the same time.¹²

3. THE EVALUATION OF THE HUNGARIAN AND INTERNATIONAL EXPERIENCES OF VIDEO CONFERENCING

The following question inevitably comes up: what are the advantages and the possible disadvantages of the video conferencing system? Considering the benefits, it is obvious that the number of prisoners involved in transportation can be reduced, which emphasizes the cost-effectiveness of the system. Here, on the one hand, we can refer to the savings in travel costs, the time factor and the impact on organizing the service of the prison staff. On the other hand, in case of prisoners who pose significant security risk such expenses as providing special vehicles and necessary police escort for transporting can be eliminated. Another crucial aspect and argument in favour of the application of the system is that it reduces the security risk. The fact that the movement of prisoners could be realized only within the given correctional institution clearly influences and minimizes positively the security risk that otherwise arises. At the same time, this means that the workload of the prison staff can be reduced. As an advantage from the prisoner's side it should be emphasized, that on the one hand they don't have to go through the admission procedure again, and on the other hand they are absent from work, education or vocational training only on the day of the procedural act.

¹¹ Rules of Law Enforcement [Ministry of Justice Decree No. 16/2014. (XII. 19.) on the detailed rules of execution of imprisonment, confinement, pre-trial detention and confinement replacing payment of disciplinary penalty]

¹² Róbert Bogotyán, „Telekommunikációs eszközök alkalmazása a büntetés-végrehajtásban, az igazságszolgáltatás és a jogérvényesítés hatékonyságának növelése céljából” *Börtönügyi Szemle*, 4/2018, 22–23.

In addition to highlighting the positives, two negative approaches should be pointed out: in Hungary such criticisms were brought by the penitentiary judges that it is not necessarily possible to make a proper personal impression through the camera, for example as to whether the regret which is expressed by the prisoner is real or not. Consequently, judges are forced to rely on the subjective submission when making their decision.¹³ On the other hand, the fact that at their choice the defense counsel may be present at the segregated place or at the designated place [art. 123, para. 2 of the Hungarian Criminal Procedure Code] clearly renders the communication with the prisoner more difficult in cases when the defense counsel prefers to be present in the courtroom.

The international experiences also indicate that the popularity of this technological solution is to be found in cost savings and security considerations. Taking these aspects into account most evaluative opinions agree that „virtualization” is inevitable, however also draw attention to a number of limitations. For example, a pilot project in Manchester revealed that an important component of efficiency is the adequate training of the staff using the technology, as most of the negative feedbacks were given regarding that.¹⁴ Several authors pointed out that the video communication is impersonal, technically it alienates the accused person from the court and at the same time hinders the contact with the legal representative.¹⁵ *Donoghue*¹⁶ directly highlighted that the application of telecommunication devices could increase the number of confessions in cases where a prisoner and his/her defense counsel cannot communicate properly with each other, the suspects could confess such which they would not have done in the presence of the defense counsel. *Ward*¹⁷ argued, that for example with video communication it is more difficult to ascertain and assess the health or therapeutic needs of the charged person. *Rowden* and his colleagues¹⁸ pointed out that according to the opinion of the legal representatives their clients are not aware of the importance of the procedure, as

¹³ Kúria Büntető Kollégium, Joggyakorlat-elemző csoport, „A büntetés-végrehajtási bírói gyakorlat, különös tekintettel a reintegrációs őrizetre. Összefoglaló vélemény” 2017, 11. https://kuria-birosag.hu/sites/default/files/joggyak/osszefoglalo_velemeny_8.pdf (20. December 2020)

¹⁴ Joyce Plotnikoff, Richard Woolfson, „Evaluation of Video Link Pilot Project at Manchester Crown Court. Final Report,” 20 April 2000, 3. <http://lexiconlimited.co.uk/wp-content/uploads/2018/03/Videolink-Crown.pdf> (20. December 2020)

¹⁵ Tamara Walsh, „Video links in youth justice proceedings: when rights and convenience collide”, *Journal of Judicial Administration*, 27(4) 2018, 161, 181.

¹⁶ Jane Donoghue, „The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice”, *Modern Law Review*, (80)6 2017, 995.

¹⁷ Jenni Ward, „Transforming ‘Summary Justice’ Through Police-led Prosecution and ‘Virtual Courts’: Is ‘Procedural Due Process’ Being Undermined?”, *The British Journal of Criminology*, (55)2 2015, 354.

¹⁸ Rowden et al., „Sentencing by videolink: up in the air?” *Criminal Law Journal*, (34) 6 2010, 376–377.

they feel it informal and unrealistic in view of the video communication. The interaction between the judge and the defense, the body language and the dynamics of certain courtroom actors may be fade because the charged person is only the on-screen observer of the events. Kluss¹⁹ worded that video conferencing could dehumanize the prisoner and that could be accompanied by a more severe judgement. The reason for this can be found in the fact that the judge is less likely to consider the living conditions and the effects of imprisonment on the person concerned and his/her relatives in case of video conferencing.

4. CONCLUSIONS

According to the experiences of the Hungarian application of video conferencing it can be stated, that this type of video communication meets the requirements of efficiency and cost savings, however it also has disadvantages. This way of communication results such interactions in which the traditional face-to-face relationships and their personal nature are taken over by a virtual, more impersonal medium. The situation reshaped by the video connection also reshapes its actors: it supposes different skills, abilities and attitudes on the part of the judges, the penitentiary system, legal representatives and the prisoners. Despite all of these, the positive experiences of video conferencing suggest that there is likely to be a need to introduce them in the field of criminal justice in more and more countries in the near future.

REFERENCES

Articles

- Andriolo, Violetta, “Use of telemedicine in the European penitentiaries: a 2015 survey”, *European Journal of Public Health*, 3/2015, 30.
- Brady, Jody Lannen, “Telemedicine behind bars: A cost-effective and secure trend,” *Biomedical Instrumentation & Technology*, January/February 2005, 7.
- Bogotyán, Róbert, „Telekommunikációs eszközök alkalmazása a büntetés-végrehajtásban, az igazságszolgáltatás és a jogérvényesítés hatékonyságának növelése céljából” *Börtöntügyi Szemle*, 4/2018, 22–23.
- Donoghue, Jane, „The Rise of Digital Justice: Courtroom Technology, Public Participation and Access to Justice”, *Modern Law Review*, (80)6 2017, 995.
- Fowler, Yvonne, „Interpreting into the ether: interpreting for prison/court video link hearings” <https://criticallink.org/wp-content/uploads/2020/04/CL5Fowler.pdf> (15. March 2021).

¹⁹ Susan Kluss, „Virtual justice: the problems with audiovisual appearances in criminal courts”, *Law Society Journal*, (46)4 2008, 51.

- Gácsi, Anett Erzsébet, “Büntetőtárgyalás tartása zártcélú távközlő hálózat útján”, *Acta Universitatis Szegediensis, Forum: Acta juridica et politica*, 2/2017, 5–24.
- Gualano, Maria et al., “Use of telemedicine in the European penitentiaries: Current scenario and best practices”, *The European Journal of Public Health*, 27(1) 2016, 30–35.
- Kluss, Susan, „Virtual justice: the problems with audiovisual appearances in criminal courts”, *Law Society Journal*, (46)4 2008, 51.
- Kúria Büntető Kollégium, Joggyakorlat-elemző csoport, „A büntetés-végrehajtási bírói gyakorlat, különös tekintettel a reintegrációs őrizetre. Összefoglaló vélemény” 2017, 11. https://kuria-birosag.hu/sites/default/files/joggyak/osszefoglalo_velemeney_8.pdf (20. December 2020)
- Plotnikoff, Joyce, Woolfson, Richard, „Evaluation of Video Link Pilot Project at Manchester Crown Court. Final Report,” 20 April 2000, 3. <http://lexiconlimited.co.uk/wp-content/uploads/2018/03/Videolink-Crown.pdf> (20. December 2020)
- Rowden et al., „Sentencing by videolink: up in the air?” *Criminal Law Journal*, (34) 6 2010, 376–377.
- Walsh, Tamara, „Video links in youth justice proceedings: when rights and convenience collide”, *Journal of Judicial Administration*, 27(4) 2018, 161, 181.
- Ward, Jenni, „Transforming ‘Summary Justice’ Through Police-led Prosecution and ‘Virtual Courts’: Is ‘Procedural Due Process’ Being Undermined?”, *The British Journal of Criminology*, (55)2 2015, 354.
- Young, Jeremy D., Patel, Mahesh, “HIV subspecialty care in correctional facilities using telemedicine,” *Journal of Correctional Health Care*, 21(2) 2015, 179.

Legislative acts

- Act XIX of 1998 on the Hungarian Criminal Procedure, *Magyar Közlöny*, 23/98.
- Act XC of 2017 on the Hungarian Criminal Procedure, *Magyar Közlöny*, 99/17.
- Act I of 2002 on the amending of Act XIX of 1998 on the Hungarian Criminal Procedure, *Magyar Közlöny*, 1/02.
- Penitentiary Regulation/ Rules of Law Enforcement [Ministry of Justice Decree No. 16/2014. (XII. 19.) on the detailed rules of execution of imprisonment, confinement, pre-trial detention and confinement replacing payment of disciplinary penalty], *Magyar Közlöny*, 180/14.

Жужана М. Јухас
Универзитет у Седегину
Правни факултет
juhaszszs@juris.u-szeged.hu

Примена апликације за видео конференцију у мађарским затворима

Сажетак: У данашњим данима примена различитих апликација за видео комуникацију се све више примењује на пољу казнене правосудја. Технологија видео конференције се може примењивати у њаквим правним ситуацијама који су иначе везани за транспорт затвореника и који иначе захтевају укључивање и ангажовање затворског персонала. Ова студија покушава да изнесе крајњи приказ примене видео конференције, односно деловање примене видео конференције на затворске услове.

Кључне речи: видео конференција, судница, затворско окружење, затвореник.

Датум пријема рада: 22.03.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 07.09.2021.

Датум прихватања рада: 12.10.2021.

Ištvanó I. Šimičko
National University of Public Service
Simicsko.Istvan@uni-nke.hu

CHANGING CHALLENGES AND CRISIS MANAGEMENT METHODS WITHIN A STABLE RULE OF LAW – HUNGARY’S CONSTITUTIONAL RESPONSE TO THE CHALLENGES OF THE 21ST CENTURY

Abstract: *The defence and security of Hungary is a national matter, on which the survival and development of the nation, the community and individual rights are based. It is a priority objective to enhance the security of the country and the nation and to fulfil Hungary’s obligations in the international alliance system. In view of this, the continuous functioning of the State organisation, the performance of security and defence tasks and, if necessary, the restriction of citizens’ rights within the constitutional framework must be ensured with adequate operational efficiency and in full compliance with the guarantees of the rule of law, even in the context of the peacetime and special legal order periods defined in Fundamental Law, and in the course of coordinated preparation and defence against various threats, harmful, influencing and offensive behaviour based on natural and civilizational events and human actions.*

The security challenges of the 21st century and the rapidly changing environment call for a new regulatory framework that can provide a flexible, transparent way in which defence and security system can operate in peacetime and in times of special legal order. A framework for the preparation of state bodies needs to be provided and measures along which the competent bodies can act in a period of special legal order need to be defined in detail, so that the country’s functioning and its legal order can return to normal as soon as possible after the reason of the special legal order has been lifted. It is an important pillar of stability of a democratic state that the freely elected legislature, Parliament, determines the content and the form of cases in which it is possible to derogate from the general rules. There are different types of special status, so the concentration of power should be implemented only to the extent strictly necessary to resolve the

situation, in accordance with the principle of proportionality. The institutions of special legal order are therefore institutions of a temporary and urgent nature which can be deployed as ultima ratio of state instruments in a situation of necessity, provided that their constitutional conditions are met.

Keywords: *special legal order, qualified period*

1. THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF QUALIFIED SITUATIONS FROM THE CHANGE OF REGIME TO THE CREATION OF FUNDAMENTAL LAW

The system of public administration and the public authorities as a whole are always expected to be able to adapt to the rapidly changing threat levels and even to the simultaneous occurrence of different types of crisis.

In Hungary, the period immediately before and after the change of regime witnessed the establishment of the rule of law, which was a milestone in the constitutional regulation of the special legal order. The Act XXXI of 1989 on amending the Constitution amended Act XX of 1949 with effect of 23 October 1989, which now became the Constitution of the Republic of Hungary, and, in addition to the destruction of the party-state framework and the establishment of democratic conditions, contained the basic constitutional rules on state of national crisis, state of emergency and state of danger. The National Assembly, exercising its rights of popular sovereignty¹ to ensure the constitutional order of society, was empowered to proclaim the first two:

*“shall declare a state of national crisis and set up a National Defence Council in the event of the declaration of a state of war or an imminent danger of armed attack by a foreign power (danger of war); / shall declare a state of emergency in the event of armed actions aimed at subverting the lawful order or at exclusively acquiring power, and in the event of serious acts of violence massively endangering life and property of citizens, committed with weapons or with instruments capable of causing death, in the event of a natural disaster or industrial accident (together referred to as an „emergency”)”.*²

With regard to emergencies, Government (in the former terminology of the Act: the Council of Ministers) was empowered to take the necessary measures *“to avert an elementary disaster or its consequences that threaten the safety of life and*

¹ About popular sovereignty exercised directly in the Hungarian legal practice, see: Téglási, András: *Azért a nép az úr? A népszavazás aktuális alkotmányjogi kérdései az Alaptörvény elfogadása óta* (Are the people the lord? Current constitutional issues in the referendum since the adoption of the Fundamental Law) MTA LAW WORKING PAPERS vol. 1. no. 19, pp. 1-34.

² Article 19(3)(h) and (i) of Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary (as of 23.10.1989)

*property of citizens (hereinafter: emergency) and to protect public order and public security*³, including the adoption of decrees other than the provisions of certain Acts, with the authorization of the National Assembly. In all three cases, the legislator intended to lay down the detailed rules in a separate constitutional law.

Act CX of 1993 on National Defence declared national defence to be a national matter and, with reference to the relevant sections of the Constitution, also contained the basic rules applicable in a declared state of national crisis and state of emergency, as well as the basic rules applicable to the National Defence Council. It also referred, among other things, the obligation of citizens to provide civil defence and the obligation to provide classified information during a qualified period. In addition, it devoted a specific chapter to the detailed rules applicable during a state of national crisis and state of emergency, regulating the powers of the President of the Republic, the Defence Council and Government, and authorising the restriction of constitutional rights by the use of a wide range of instruments. These included, for example, prior control of press and other mass media publications and making their publication subject to a publication permit, limiting or prohibiting the circulation of vehicles on roads, railways, waterways and airways for a certain period of the day or in a certain area (route), and restricting the public's access to the streets or other public places (curfew), making the hold of an event or public gathering (public event) in a public place subject to prior authorisation, the evacuation of the population from a specified area of the country for the necessary period, the restriction of the travel of Hungarian citizens abroad or the entry of foreigners, or the imposition of a continuous civil protection service.

The most significant change from the start of the South Slavic war was the introduction of the event of an unexpected attack in 1994 and the amendment of the Constitution in 2004, when the institution of a preventive state of defence was introduced as a new qualified period, which could be declared by Parliament “*in the event of the threat of an external armed attack or in order to fulfil an allied obligation for a specified period of time*”⁴ and authorised Government to take the necessary measures.

The change of regime took place in a bipolar world, just emerging from the Cold War, which was based on the opposition between the West and the East, and thus old prejudices were also dominant in security policy. Later, however, the Hungarian government in power had to face a completely different set of security challenges as the furnace that was to unite the world heated up and globalisation took hold on a massive scale. In 1989, these changes, which today are unfortunately reality, existed only in the form of vague, dystopian predictions. The special

³ Article 35(1)(i) of Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary (as of 23.10.1989)

⁴ Act CIV of 2004 amending Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary Act CIV of 2004 § 1 (1)

legal order rules established at that time were primarily motivated by the spirit of preserving the fresh democratic *acquis* rather than by the need to respond flexibly to global social and technological changes that were not yet foreseeable.

Recalling Prof. Dr. István Kukorelli's recollections of the opposition roundtable discussions,⁵ Ádám Farkas also stated that the main goal of regime change was to force the state's apparatus of armed violence into Parliamentary system of division of powers, if necessary at the cost of a reduction in operability.⁶ Later, with the recognition and rise of the threat of hybrid warfare, terrorism or cyber-attacks, the legislator also tried to adapt the regulation to new challenges, in the probable spirit that a specific rule for a given set of cases could be more effective, but at the same time, as we shall see later, the arsenal of possible threats is much broader and more variable than a qualified periodicity of facts based on each set of cases in isolation. With regard to hybrid warfare, the conclusion to be drawn from an examination of the question is that, since there is no declared war, it is not possible to respond to it in the traditional way, by the use of military force, but only by adequate indirect counter-measures.⁷ And this indirect defence includes, among other things, special rules of law enacted in the interests of security.

Taking lessons from the 20th century and following the example of Western democracies, particular emphasis has been placed in the drafting of legislation governing qualified periods on the need to ensure that the restriction of rights – or coercive measures – in a given qualified situation is proportionate to the degree of danger in order to maintain or achieve security. For protection to be effective, it is important that people everywhere have a realistic sense of danger and security. It is criminally irresponsible to keep society's sense of security asleep and at a low level, but it can also disrupt the normal functioning of society if people are unduly warned of the dangers they face in their daily lives by taking measures that go beyond the security risks.⁸ In a state governed by the rule of law, the development of a sense of security in society is greatly facilitated by the stability of the legal system and the clarity of legislation, in addition to the adequate state of military and defence forces. It is important to note that, even in a special legal order, the State's room for manoeuvre is not unlimited or unrestricted.⁹ The State's task is to guar-

⁵ The so-called roundtable discussions were a series of negotiations that took place in several countries of the Eastern Bloc between communists and the opposition. They were a key component in the collapse of the communist regimes and the smooth transition to democracy. Cserny, Akos – Téglási, András: Certain Elements of the Transformed Hungarian Electoral System in the Light of the Experience of the 2014 Elections. *OSTEUROPA-RECHT* Vol. 61. no. 3., p.342. fn. 50.

⁶ Ádám FARKAS: Issues of the armed defence system of the state in the light of contemporary threats, *Military Law and War Law Review* 2015/1, 140-142.

⁷ István SIMICSKÓ: The origins and current issues of hybrid warfare, In: *Military science*, 2017/3-4.

⁸ István SIMICSKÓ: Enhancing protection against terrorism by expanding special legal categories, In: *Military science* 2016/3-4. 113.

⁹ Lóránt CSINK: "When should the legal order be special?" *Iustum Aequum Salutare* 2017/4, 7-16.

antee security for its citizens and to create the conditions for a safe life. The political power of any given time is judged by its attitude how security is comprehended and the way in which it fulfils its duty to ensure the security of its citizens.

So in a decade following the 1989 regime change, the Hungarian Parliament established a legal framework in which the three main pillars of protection of the country and its citizens became the spheres of defence, law and order and national security, with different solutions, but under the direction of Government and control of Parliament. This sectoral division was, however, characterised by very strong restrictions and delimitations due to historical incongruities prior to the regime change, i.e. the legal basis of the system was that the individual actors performed their tasks independently and their cooperation was highly controlled, and in the case of Hungarian Defence Forces, on home territory and in peacetime, it was limited to the cooperation in disaster management, with the exception of military law enforcement, object protection, fire control and airspace management. This approach was sustainable for a few years, given the experience of the historical crisis preceding the change of regime and the peaceful world view expected at the end of the Cold War, and led the legislator to decide to limit the comprehensive application of state's defence capabilities essentially to the period of the special legal order, while the enforcement of defence and security interests and specificities within the non-armed state's system of tasks was to be moderately represented.

From this perspective, therefore, Parliament, first in the light of the South Slav crisis, then in the light of the joining of the North Atlantic Treaty and the 2001 US call for Article 5 of the Washington Treaty, maintained the approach that responded to crises not directly affecting our country by expanding the special legal order and maintained the sharp demarcation of 1989 in the field of defence and security guarantees. The revision of this system did not appear justified even at the time of the drafting of Fundamental Law, since apart from the wave of terrorism in the early 2000s, there were no significant and repetitive fluctuations in our security environment, while Hungary sought to enforce its increasingly complex – i.e. multi-dimensional rather than military-dominated – concept of security, which had been growing since the second half of the 20th century, through cooperation between organisations.

2. SPECIAL RULE OF LAW IN FUNDAMENTAL LAW

Fundamental Law, which replaced the previous Constitution and was adopted by the National Assembly, entered into force on 1 January 2012, opening a new chapter in the development of the Hungarian Constitution and introducing the terminology of the special legal order into the Hungarian legal system, while at the same time it took over the substance and structure of the regulation on qualified

periods from the previous legislation. The legislator stated in its explanatory memorandum to Fundamental Law that the classical principles of constitutionality may be suspended or restricted in a special legal order, but at the same time it also stated that any deviation from the principles laid down in Fundamental Law, from the most important institutions of democracy, may not be regulated by any legislation other than Fundamental Law. An important guarantee is that the application of Fundamental Law cannot be suspended in the special legal order, and the functioning of the Constitutional Court cannot be restricted. The exercise of fundamental rights may be restricted or suspended to an extent different from the peacetime rules, but certain fundamental rights (such as life or human dignity) remain unaffected in these cases.¹⁰

Fundamental Law regulates the special legal order in a separate chapter, Articles 48-54. The detailed rules applicable in the special legal order are laid down in cardinal acts, such as Act CXIII of 2011 on defence and the Hungarian Defence Forces and on measures that may be introduced in the special legal order, and Act CXXVIII of 2011 on disaster management and the amendment of certain related acts. In the beginning, five types of special legal order were regulated: a state of national crisis in the event of an international conflict, a state of emergency of domestic origin, a state of emergency in the event of riots or civil war, a state of preventive defence in the event of a war threat before the declaration of a state of national crisis, a state of emergency in the event of an unexpected external attack, and a state of emergency in the event of a natural disaster or industrial accident endangering the safety of life and property.¹¹

World politics and the global threat have changed enormously since the turn of the millennium. The Syrian civil war began in March 2011, leading to the collapse of the country's administration and dividing the country into provinces dominated by factions patronised by foreign powers, on the ruins of which the Islamic State terrorist formation has risen. Climate change, which is also linked to globalisation processes, has generated serious changes, which are still not fully visible, particularly in African and Middle Eastern countries, whose overcrowded

¹⁰ T/2627. with explanatory memorandum – Bill on Fundamental Law of Hungary, general explanatory memorandum to Articles 47-53

¹¹ About the development of the constitutional protection of property, see: Téglási, András: A tulajdon alkotmányos védelmének kialakulása (Development of the constitutional protection of property) JOGTUDOMÁNYI KÖZLÖNY vol. 63. no. 7-8 pp. 361-374.; About the constitutional protection of property with special respect to property ownership guaranteed constitutionally in the field of agriculture, see: Téglási, András: Hogyan védi Alkotmányunk a mezőgazdasági termelők tulajdonhoz való jogát? = How is property ownership guaranteed constitutionally in the field of agriculture? AGRÁR- ÉS KÖRNYEZETJOG 4 : 7 pp. 18-29.; Téglási, András: The constitutional protection of agricultural land in Hungary with special respect to the expiring moratorium of land acquisition in 2014. JOGELMÉLETI SZEMLE vol. 15.no. 1 pp. 155-175.

populations, fleeing hunger, seeking a livelihood or simply seeking the financial security offered by advanced social welfare systems,¹² or motivated by external political or economic interests, have chosen to migrate to Europe. The author already warned in 2008 that one of the great challenges of our time is migration, which, if it reaches critical mass, could become a situation of a qualified temporary crisis.¹³ A direct consequence of these factors is the outbreak of the migration crisis in 2015, which has had a major impact on the world, and especially on Europe. Róbert Bartkó, analysing data from EUROPOL and FRONTEX, concludes that the phenomenon of illegal migration, which is characterised by masses of migrants with unchecked, unidentified backgrounds and intentions, who are uncooperative with local authorities and are typically young men¹⁴, is very much in favour of terrorist organisations.¹⁵

So the security environment in Europe, and directly in Hungary, has been on a dynamic and negative path of change compared to the past, as threats of overlapping but of very different nature, requiring a different sectoral focus, have followed each other. The Arab Spring, followed by the massive wave of illegal migration, the armed conflict in Ukraine and the hybrid events that preceded them, the recent wave of terrorism in Europe, and the emergence and growth of cybercrime and attack capabilities in cyberspace, as a result of the development of information technology, have required a new era of change, but in parallel with the management of specific crises, on a case-by-case basis, in response to the successive threats that still exist in our region. This changed security environment has made it necessary, on the one hand, to strengthen the cooperation between the armed forces and law enforcement agencies and, on the other, to reinforce the capacity for preparation and action for defence and security purposes in the field of non-armed activities. The legislator met this challenge primarily by establishing a normal legal crisis regulation, i.e. it did not generally allow cooperation between armed forces, but rather opened it up to Government's decision and responsibility in the context of dealing with specific crisis situations, i.e. in line with the domestic approach by adapting to the guarantees of the last thirty years, while gradually strengthening the operational aspect.

¹² About the social welfare system of Hungary and the constitutional protection of social rights, see: Téglási, András: Social Security in Hungary Before and After the Fundamental Law of 2012 in Light of Jurisprudence of the Constitutional Court. *OSTEUROPA-RECHT* vol.64.no.2. pp. 271-290.; Téglási, András: A szociális állam "erodálása" vagy megmentése, avagy szociális biztonság az új Alaptörvényben ("Eroding" or saving the welfare state, i.e. the social security in the new Fundamental Law). *JOGELMELETI SZEMLE* (Journal of Legal Theory) vol. 12.no. 4.

¹³ István SIMICSKÓ: The organisational, jurisdictional and management system of national defence and mobilisation in classified periods, Doctoral thesis, ZMNE-HTK 2008. p.24.

¹⁴ According to EUROSTAT data (source: Immigration by age and sex – Products Datasets – Eurostat (europa.eu))

¹⁵ Róbert BARTKÓ: The link between illegal migration and terrorism in the light of EUROPOL and FRONTEX reports

The involvement of the Hungarian Defence Forces in the handling of the crisis situation caused by mass immigration, in addition to the strengthening of the military police presence, the sixth amendment of Fundamental Law of Hungary introduced the institution of the terrorist emergency as a new special legal order with effect from 1 July 2016, which can be applied in the event of a significant and imminent terrorist threat or terrorist attack. The justification for the amendment states that the security environment in the transatlantic area, in Europe and in Hungary has changed radically and that “*new types of security challenges have emerged in the world which cannot be adequately addressed by the special legal order responses to previous classical inter-state threats in an effective and proportionate manner.*” It also stated that “*new types of security challenges cannot be fully integrated*” into the existing system of special legal orders.¹⁶

The establishment of a special legal framework in case of terrorist threats, the strengthening of the organisational and cooperative framework for counter-terrorism, the creation of a national defence emergency, and the strengthening of civilian and military cyberspace operational capabilities through legislation marked a transitional period. The starting point of this transition is the system based on sharply demarcated sectors, which has been in place since 1989, while the intended end point is the development of a coordinated defence and security system, in line with a complex security approach, the first pillars of which were imposed by the handling of specific crisis situations.

3. NEW CIRCUMSTANCES REQUIRE NEW SOLUTIONS

Neither the party-state constitution, which was amended at the time of the regime change, nor Fundamental Law, which replaced it, brought about any significant change in the Hungarian special legal order. One of the fundamental reasons for this is that in the last thirty years there has been no event in Hungary which, except in the case of the emergency, would have justified the use of available special legal order cases. An example of the declaration of a state of emergency in the past was the partial declaration of a state of emergency during the major floods of 2013, which was limited to the affected area of the country.¹⁷

The coronavirus pandemic, which developed into to a global epidemic in 2020, and its currently foreseeable social and economic consequences, should already make responsible decision-makers reflect on how effective the protection strategies, including specific legal orders, can be in this changed environment. Recognising the possible consequences of the first wave of the pandemic and the

¹⁶ Bill T/10416. with explanatory statement – Sixth Amendment to Fundamental Law of Hungary

¹⁷ Government Decree 177/2013 (4.VI.) on the declaration of a state of danger and the actions to be taken in connection with it

need for rapid and effective response, the Hungarian government, for the first time on 11 March 2020¹⁸ and during the second wave of the pandemic on 3 November 2020¹⁹, exercised its powers under Article 53(1) of Fundamental Law, in the light of the 2011 Act on Disaster Management and the Amendment of Certain Related Acts. CXXVIII of 2011, “*to avert the consequences of the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic (hereinafter referred to as the coronavirus pandemic), which is a threat to the safety of life and property, and to protect the health and life of Hungarian citizens, a state of emergency for the entire territory of Hungary*” declared.

Pál Kádár summarized the necessity that the scientific community has so far expressed in connection with the review of the special legal order cases²⁰, because the current legislation is complicated, there is a danger that an over-regulated special legal order will lose its special character. There is a need to review the powers that have been revived during the special legal order, to define precisely who is to receive them and to designate another body/person to replace them. In a 2018 analysis, Aaron Ósze considered it appropriate to maintain three categories of cases, namely a state of national crisis, a state of emergency and a state of danger, in the event of a review on the basis of the above reasons.²¹

The experience of the introduction of the special legal order in 2020, the rapid and effective implementation of the related epidemic control and economic protection measures, as well as the new types of security policy challenges such as the rise of hybrid warfare motivated the Hungarian legislator to review and modernise the rules of the special legal order. The security threats of the 21st century, which the state must address primarily through its defence and security system, are increasingly diverse, dynamically changing and interconnected, relying heavily on changing technological and social conditions, and thus require the strengthening of the readiness of state bodies, the coordinated use of state capabilities and accelerated decision-making.

The ninth amendment to Fundamental Law of Hungary will put the special legal order on a new footing effective from 1 July 2023. The aim of the change was to provide Hungary with a solution for dealing with extraordinary situations that is flexible and more effective than the current one, and that meets the security challenges of this century, while providing adequate guarantees under the rule of law. Together with a number of other factors, the amendment to Fundamental Law also draws attention to the need and urgency of reviewing the legislative environment based on the security situation of the 20th century, as a suddenly

¹⁸ 440/2020 (III. 11.) Government Decree on the declaration of a state of danger

¹⁹ 478/2020. (XI. 3.) Government Decree on the declaration of a state of danger

²⁰ Pál KÁDÁR: The renewal of the special legal order and the Hungarian Military Law and Military Law Society, *Military Law and Military Law Review* 2020/4, 7-34.

²¹ Áron ÓSZE: Analysis on the effectiveness of the Hungarian special legal order regulation, In: *Discourse*, Vol. 8, No. 2. 33-44.

emerging crisis in the public eye may nowadays require crisis management measures other than those normally applied. Therefore, it is not only in Hungary's best interest, but also in its expectations as a member of NATO, to develop its national resilience and crisis management capabilities.

The future certainly holds unknown global challenges for the world, Europe and Hungary. The Hungarian legislator had to decide whether to maintain the current more specific regulation, i.e. to maintain the applicability of separate specific legal disciplines for each category of threat, or to move towards a more general regulation, recognizing the fact that the legal environment can only follow the wide spectrum of possible threats, naturally because the threat always appears before the recognition of the existence of the threat, which leads the legal environment to adapt. András Jakab and Szabolcs Till pointed out that the more complex the range of causes becomes and the more cases the concept of a special legal order covers, the more the unpredictability arising from the lack of clarity of the legislation is likely to increase. Their conclusion is that the regulatory response to the new challenges of the external environment will require a review of the sub-categories, a process which could ultimately lead to a simplification of the system.²² According to Lóránt Csink, the causes of the special legal order cannot be defined in an exact way, as the range, frequency and social significance of the phenomena giving rise to them are constantly changing. He argues that regulation must take account of the variability of the range of phenomena. In examining the stability of regulation, he pointed out that only non-detailed regulation can remain stable. He concluded that, at the constitutional level, only a brief mandate is needed to introduce a special legal order and designate a body to exercise powers, which should only provide a framework for the measures that can be taken, while at the same time establishing an effective political and independent legal control mechanism.²³ In examining this issue, it should be noted that in security environment of our times, a high degree of differentiation can also create difficulties both in terms of preparation and rapid decision-making in complex situations. Parliament has opted for a more general and simpler solution, and therefore more stable in the long term, by replacing the previous six different special legal regimes with three more streamlined categories, namely the state of war, the state of emergency and the state of danger, adapted to modern challenges.

The new regulatory reform reinforces a complex, whole-of-government approach, ensuring the coordinated preparation and deployment of state capabilities to the fullest extent. The principles of graduality, necessity and proportionality, as well as transparency and streamlining in terms of preparation and implemen-

²² András JAKAB – Szabolcs TILL: X. Constitutional Protection – Special Legal Order, JAK-PPKE. 1033-1072.

²³ Lóránt CSINK: “When should the legal order be special?” *Iustum Aequum Salutare* 2017/4, 7-16.

tation, are applied, while the executive should be given more extensive and flexible rights to protect. The amended Fundamental Law clarifies that a state of war is a special legal order requiring primarily a military response, a state of emergency is intended to deal with conflicts within a country, and a state of danger can continue to be declared to deal with disaster-type crisis situations. Parliament retains the power to declare a state of war and a state of emergency, and in the case of a state of danger, the National Assembly may authorize the extension of the state of danger, which may be declared by Government for a period of thirty days, i.e. it may provide for the continued maintenance of the special legal order if necessary. In all special legal order situations, Government is placed in a position of special legal order decision-maker, the Defence Council is abolished and the emergency powers of the President of the Republic are redefined. As a criticism of the Defence Council, Szabolcs Till pointed out that it is the bearer of operational uncertainty, since it is meant to deal with the greatest threat to the operation of the state, but – in the absence of a peacetime function – it has no opportunity to acquire operational experience.²⁴ The novelty of the amendment is not that Government will determine the content of the generally binding rules of conduct during the special legal order, which is the case under normal circumstances, but that it can do so without Parliament in order to act more effectively. According to the legislator's explanatory memorandum, "*following the proclamation of a special legal order, it is necessary to ensure rapid, operational and politically and legally responsible decision-making, which Government is well placed to do in the Hungarian constitutional system.*"²⁵ In addition to the above, the Ninth Amendment to Fundamental Law lays down, as an important guarantee rule and a novelty compared to the previous legislation, that "*Government shall, during the period of special legal order, take all measures to ensure the continuous functioning of Parliament*"²⁶, i.e. the President of the Republic, and Constitutional Court,²⁷ whose uninterrupted functioning Fundamental Law has always guaranteed in times of special law, National Assembly also has a permanent control function over Government, which is endowed with extraordinary powers and extraordinary responsibilities which naturally go hand in hand with them. Not only

²⁴ Szabolcs TILL: "Special Legal Order" in András JAKAB – Balázs FEKETE (eds.): Internet Encyclopaedia of Legal Studies, 2019.

²⁵ T/13647. with explanatory memorandum – Ninth amendment to the Fundamental Law of Hungary, Article 11

²⁶ Ninth Amendment to the Fundamental Law (22 December 2020) Article 52(3)

²⁷ About the Constitutional Court of Hungary, see: Téglási, András: Az Alkotmánybíróság. In: Téglási, András (szerk.) Az állam szervezete. Budapest, Dialóg Campus Kiadó pp. 161-180.; about the Constitutional Courts in V4 countries, see: T., Kovács Júlia – Téglási, András: Alkotmánybíráskodás viseigrádi szomszédainknál. PRO PUBLICO BONO: MAGYAR KÖZIGAZGATÁS; A NEMZETI KÖZSZOLGÁLATI EGYETEM KÖZIGAZGATÁS-TUDOMÁNYI SZAKMAI FOLYÓIRATA 1 pp. 90-104.

the rules applicable under the special legal order, but also the rules of ordinary legal order applicable under special legal order, provide a legal basis for this. The detailed rules are also to be laid down in a cardinal law, according to the amendment.

Such cardinal laws are Act CXIII of 2011 on defence and the Hungarian Defence Forces and on the measures that may be introduced in the special legal order, and Act CXXVIII of 2011 on disaster management and the amendment of certain related acts, which detail the constitutional guarantee enabling rules of Fundamental Law on the subject of the special legal order. In this context, these laws define the extraordinary measures that may be introduced by government, the addressee of the special powers in a special legal order. The territorial requirements and tasks for the implementation of these measures are determined by the territorial bodies of the defence administration – the county and metropolitan defence committees – in their respective areas of competence, in accordance with the provisions of the law.

As a result of the amendment of Fundamental Law – taking into account the complexity of the related implementation rules and the time requirements for legislation and preparation and the fact that defence and security administration must be operated – it is necessary to ensure the creation of the related cardinal laws as soon as possible and the necessary peacetime manageability of the legal institutions that disappear from the level of Fundamental Law (terrorist emergency, preventive defence situation, unexpected attack), as well as the creation and clarification of crisis management rules.

In conclusion, the renewal of security and safety legislation cannot be achieved without reviewing and harmonising the legislation applicable to crisis situations in all sectors. In this context, it is necessary to review the scope of the rules affecting defence, law enforcement, national security and crisis management, and to examine the need for new provisions in this area, in the light of technological developments and national and international experience in recent years. With regard to the functioning of public authorities and bodies, the existence, modernity, applicability and development of rules on crisis situations and special legal procedures should be examined. With regard to the specific coordination and advisory bodies, analyse and assess their possible tasks, obligations and cooperation in the context of defence and security regulation, and, with regard to the rules on legal restrictions, review the existence, necessity and conditions for the possibility of restricting them in the interests of national defence, law enforcement and national security, and the need to create additional rules to strengthen the country's resilience.

With the Ninth Amendment to Fundamental Law, the Hungarian Parliament has expressed its belief that Hungary has entered a new era of protection and security in the face of the external environment and technological developments. The essence of this change of era is that, on one hand, in the field of armed defence, while maintaining and developing sectoral specificities, it is necessary to strengthen overall governmental coordination of the sectors and reduce regulatory duplication,

and on the other hand, increased attention must be paid to strengthening security and defence awareness and preparation in non-armed activities, both in the state and in social and economic terms.

4. SUMMARY

In today's challenging world, the very rapid escalation of crisis situations is a serious risk, which may require the almost immediate declaration of a special legal order without any substantial preparation time, in order to enable the relevant state bodies to respond to the threat as quickly as possible. The crisis in Ukraine, the terrorist attacks against France and the coronavirus epidemic in Europe in recent years have provided clear examples of this.

The use of special legal disciplines is perhaps the only realistic protection of the rule of law in the event of trouble. Even during the period of application of the special legal order, the rules laid down in the constitution and the cardinal laws ensure the normal periodic system of checks and balances, such as the role of Parliament and its committees, or the role of the President of the Republic in relation to certain acts of governance. In certain periods of the special legal order, the exercise of the constitutionally designated centre of power by introducing extraordinary measures ensures the sovereignty of the country, its functioning and the elimination of threats to the safety of life and property of the population.

Both the recent experience of crisis management and the directions of the ninth amendment to Fundamental Law support the view that the normal – everyday – rules of defence and security must interact closely with the normal legal framework for crisis management and the special legal framework for the operation of the special legal framework in order to operate effectively and to deal with rapidly escalating threats.

The recent emergence of new security challenges, including global terrorism, mass illegal migration, the rise to prominence and increasing sophistication of hybrid warfare, pandemics, natural disasters caused by climate change, among others, make this a particular necessity, to review and update the specific legal order rules, which can be defined as a new stage in the evolution of the constitution, since the core of the rules currently in force was the result of a long process over the previous century, building on its roots in legal history, and was given a more coherent form in 1989, with the change of regime. However, it was born out of fears of the return of the party state and thus became, from today's perspective, over-regulated and unduly cumbersome. As the emergence and scale of new types of security challenges did not justify it at the time, Fundamental Law took over this basis in 2011. Subsequently, the legislator was forced to respond to a number of new types of threats, which led to the codification of the scope of the terrorist threat.

Like the Spanish flu pandemic of a century ago, the 2019-21 coronavirus pandemic has no regard for national borders or social status. The seriousness of the situation is illustrated by the fact that, while a hundred years ago the basic standards of protection were not in place, today we have modern medicine, the legal environment to deal with the problem properly, and a consistent executive with the capacity to act, despite all of this, nearly 30,000 people have died of the disease in Hungary by the end of this study. Among the victims we have had to say goodbye to celebrities such as the poet Géza Szöcs, the composer Ferenc Balázs, the musician István Bergendy and the Olympic champion sports shooter Diána Igaly. Making the wearing of masks compulsory, ensuring proper hygiene, restricting access to public places, introducing curfews and finally providing the population with vaccines quickly are essential elements of effective operational control, which Hungary has successfully applied.

Based on the experience gained from the emergency legal system introduced during the pandemic, and guided by the security policy considerations gathered so far, Parliament, through the Ninth Amendment to Fundamental Law, has eliminated a significant part of the applicable cases, thus carrying out a comprehensive reform of the system and responding to the need for simplification, which is also prominent in the legal writings, by choosing a flexible and stable solution to the known and unknown challenges, meeting the requirement best described by Szabolcs Till: the constitutional system of rules must ultimately remain operational in a hybrid environment.²⁸

Hopefully, there will be no precedent for the future application of special rules of law, but the legislator has a duty to identify the challenges and review these rules regularly, bearing in mind the principle of “hope for the best but prepare for the worst”. As the detailed rules are currently laid down in cardinal laws, which makes the rules fragmented and difficult to understand, a further simplification may be advisable, as suggested by Pál Kádár.²⁹ Some areas that have been regulated in parallel or have been poorly modernised in recent years (certain tasks of civil protection, economic and material services, defence commission system, special legal powers) should be brought under a single governmental umbrella and brought under a single regulatory framework. The establishment of a consolidated crisis management code, which would set out the tasks and responsibilities of the relevant bodies and provide a framework for central coordination, including national security, civil protection and defence crisis management, would create a new basis for the sectors and organisations concerned.

²⁸ Szabolcs TILL: Future chances of simplification of the special legal order category system, *Iustum Aequum Salutare* 2017/4, 55-75.

²⁹ Pál KÁDÁR: The renewal of the special legal order and the Hungarian Military Law and Military Law Society, *Military Law and Military Law Review* 2020/4, 7-34.

REFERENCES

- Róbert BARTKÓ: The Relationship between Illegal Migration and Terrorism in the light of EUROPOL and FRONTEX Reports, In: *Law – State – Politics*”, academic publication of the Deák Ferenc Faculty of Law and Political Science of the Széchenyi István University (source: Bartko.indd (sze.hu))
- Lóránt CSINK.: When should the legal order be special? *Iustum Aequum Salutare*, 2017/4, 7-16.
- Ádám FARKAS: Issues of the Armed Defence System of the State in the Light of Contemporary Threats, *Military Law and Military Law Review*, 2015/1, 140-142.
- Ádám FARKAS – Pál KÁDÁR: The evolution of the special legal order and its military defence implications. In Ádám FARKAS – Pál KÁDÁR (eds.): *The public law foundations of Hungary’s military defence*. 2016. Zrínyi Kiadó, Budapest 303-307.
- Ádám FARKAS – Roland KELEMEN (eds.). *Between Székülla and Kharübdis – Studies on theoretical and pragmatic issues of the special legal order and its international solutions*. Hungarian Military Law and Military Law Society, Budapest, 2020.
- András JAKAB – Szabolcs TILL: The special legal order, In: László TRÓCSÁNYI – Balázs SCHANDA (eds.): *Introduction to constitutional law; The Fundamental Law and Hungary’s constitutional institutions*. 2013. HVG-ORAC newspaper and book publisher, Budapest, 472-487.
- András JAKAB – Szabolcs TILL: X. Constitutional Protection – Special Legal Order, *JAK-PPKE* 1033-1072.
- András JAKAB (ed.): *Commentary on the Constitution I*. Századvég Publishing House, Budapest, 2009. 231-666.
- András JAKAB: *The emergence and practical consequences of the new Fundamental Law*. Budapest, HVG-Orac, 2011.
- Pál KÁDÁR: The renewal of the special legal order regulation and the Hungarian Military Law and Military Law Society, *Military Law and Military Law Review*, 2020/4, 7-34.
- Roland KELEMEN: Some dogmatic problems of the special legal order system of the Fundamental Law – with a view to the exceptional power rules of the constitution of the Visegrád states, *Military Law and Military Law Review*, 2017/1-2, 37-68
- László LAKATOS: The special legal order and the regulation of national defence, *MTA Law Working Papers*, 2014/49.
- Áron ÓSZE: Analysis on the effectiveness of Hungarian special legal regulation in general, In: *Diskurzus – the scientific journal of the Batthyány Lajos Széchenyi István University’s Deák Ferenc Faculty of Law and Political Sciences – Vol.8*. 33-44. 2018.
- István SIMICSKÓ: Enhancing the protection against terrorism by expanding the special legal order categories, In: *Hadtudomány*, 2016/3-4.
- István SIMICSKÓ: *The organisational, jurisdictional and management system of national defence and mobilisation in classified periods*, PhD thesis, ZMNE-HTK, 2008.

- István SIMICSKÓ: The antecedents and actualities of hybrid warfare, In: *Hadtudomány*, 2017/3–4.
- Szabolcs TILL: The future chances of simplifying the special legal order category system, *Iustum Aequum Salutare*, 2017/4, 55-75.
- Szabolcs TILL: Special Legal Order, In András JAKAB – Balázs FEKETE (eds.): *Internet Encyclopedia of Legal Studies*, 2019.

Legal sources

Fundamental Law of Hungary

Bill T/2627. with explanatory memorandum – On the Fundamental Law of Hungary

Bill T/10416. with explanatory statement – Sixth Amendment to the Fundamental Law of Hungary

Ninth Amendment to the Fundamental Law of Hungary (22 December 2020)

Bill T/13647 with explanatory memorandum – Ninth Amendment to the Fundamental Law of Hungary

Act XXXI of 1989 amending the Constitution

Act CVII of 1993 amending the Constitution

Act XXXIV of 1994 on the Police

Act CIV of 2004 amending Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary

Act CXIII of 2011 on Defence and the Hungarian Defence Forces, and on Measures that may be Introduced in Special Legal Regimes

Act CXXVIII of 2011 on Disaster Management and the Amendment of Certain Related Acts

Government Decree 177/2013 (4.VI.) on the declaration of state of danger and the measures to be taken in the course of it

Government Decree 40/2020 (11.III.) on the declaration of state of danger

Government Decree 478/2020 (3.XI.) on the declaration of a state of danger

Иштван И. Шимичко

Национални универзитет за државну службу

Simicsko.Istvan@uni-nke.hu

Промена изазова и метода управљања кризама у оквиру стабилне владавине права – уставни одговор Мађарске на изазове 21. века

Сажетак: *Одбрана и безбедности Мађарске национално је питање на коме се заснивају оцетанак и развој нације, заједнице и права појединца. Приоритетни циљ је јачање безбедности земље и нације и испуњавање обавеза Мађарске у систему међународног савеза. С обзиром на то, констатуирано функционисање државне организације, извршавање задатка безбедности и одбране и, ако је потребно, ограничење права грађана у уставним оквирима мора бити осигурано одговарајућом оперативном ефикасношћу и уједињеношћу у складу са гаранцијама владавине права, чак и у контексту периода мира и периода посебној правној порецика дефинисаних у Основном закону, и током координисане припреме и одбране од разних претњи, штетних, утицајних и офанзивних понашања заснованих на природним и цивилизацијским догађајима и људским радњама.*

Безбедности изазови 21. века и окружење које се брзо мења захтевају нови регулаторни оквир који може да обезбеди флексибилан, транспарентан начин на који одбрамбено-безбедности систем може да функционише у мирнодојско и у доба посебној правној порецика. Оквир за припрему државних органа мора бити обезбеђен и мере према којима надлежни органи могу деловати у периоду посебној правној порецика треба да буду дејално дефинисане, како би се функционисање земље и њен правни поредак што пре вратили у нормалу након укидања разлоја посебној правној порецика. Важан је субстабилности демократске државе да слободно изабрано законодавно тело, Парламент, одређује садржај и форму случајева у којима је могуће одступање од уставних правила. Поштоје различите врсте посебној стајуса, па би концентрација моћи требало да буде сprovedена само у мери у којој је то неопходно за решавање ситуације, у складу са принципом пропорционалности. Инститиуције посебној правној порецика су, дакле, институције привремене и хитне природе које могу бити развијене као ultima ratio државних инструмената у ситуацији нужности, под условом да су испуњени њихови уставни услови.

Кључне речи: *посебан правни поредак, квалификовани период*

Датум пријема рада: 10.08.2021.

Датум прихватања рада: 06.10.2021.

Máté I. Mohai
University of Pécs
Faculty of Law
mohai.mate@ajk.pte.hu

LIMITATIONS ON THE POSSIBILITY TO SETOFF IN LIQUIDATION PROCEEDINGS IN THE HUNGARIAN LAW

Abstract: *After the starting date of the liquidation, there is only a place for setoff in case of special conditions included in the Hungarian Bankruptcy Act. Therefore, if the debtor is in liquidation, the rules of the Civil Code concerning setoff can only be applied with the exceptions set out in the Bankruptcy Act. In the following, we examine the provisions that can be linked to setoff in the Bankruptcy Act or that have some effect on the possibility of setoff. To give a transparent picture of the relevant provisions, we cite the rules of the Act.*

Keywords: *setoff, Hungarian Bankruptcy Act, Hungarian Civil Code, liquidation proceedings, creditor's claims*

I. INTRODUCTION

Although the Hungarian Bankruptcy Act doesn't have a similar rule for the application of substantive law rules as it has for the settlement of conflict of procedural norms in Subsection (3) of Section 6, but according to the legal principle governing the relationship between *lex specialis* and *lex generalis*, if the bankruptcy law provides differently from the general rules of substantive civil law, the special rule must be followed. Thus, from the starting date of liquidation, instead of the rules of the satisfaction of creditors' claims laid down in civil law, the rules of the order of satisfaction governed by the Bankruptcy Act have to be applied. After the starting date of liquidation, there is only a place for setoff in case of special conditions included in the Bankruptcy Act. Therefore, if the debtor is in liquidation, the rules of the Civil Code concerning setoff can only be applied with the exceptions set out in the Bankruptcy Act.

The Bankruptcy Act has been amended many times since 1991, including the rules of setoff, yet the problem still raises a number of questions. In many cases, the legislature had to approach the law in response to the solutions of parties trying to circumvent the mandatory rules of liquidation proceedings. In his own legal practice, the author has on several occasions encountered coordinated transactions by other companies with debts to companies in liquidation, which tried to use the legal institution of setoff fraudulently.

In the following, we examine the provisions that can be linked to setoff in the Hungarian Bankruptcy Act or that have some effect on the possibility of setoff.

To give a transparent picture of the relevant provisions, we cite the rules of the Act.

Subsection (1) of Section 27 states, that the court shall order the liquidation of the debtor by way of a ruling if it finds that the debtor is insolvent. The time of the opening of liquidation proceedings is the date of publication of the final ruling ordering liquidation (Section 28). The date of the opening of liquidation proceedings is therefore an objective date, independent of when the parties were informed of it (EBH2003. 961).

According to Subsection (1) of Section 28, upon the ruling ordering liquidation of a debtor becoming final, the court shall without delay appoint the liquidator and shall order to have the abstract of the ruling ordering liquidation and the ruling on the appointment of the liquidator published in the *Cégeküzönlöny* (Company Gazette). Thus, the ruling ordering liquidation does not actually start the liquidation of the debtor, only with the publishing of the final ruling starts the liquidation. This is of particular importance because Subsection (3b) of Section 26 states, that in proceedings opened at the creditor's request pursuant to Paragraph b) of Subsection (1) of Section 22 the court shall terminate the proceedings without the creditor's consent if the debtor provides proof before the time of the opening of liquidation proceedings of having paid the debt underlying the final ruling ordering liquidation to the creditor in full.

Subsection (2) of Section 28 states, that the notice published shall contain – among others -: the date of filing the petition for the opening of the liquidation proceedings; an indication that the time of the opening of liquidation proceedings coincides with the day of publication of the final ruling ordering liquidation on the website of *Cégeküzönlöny*; the notice sent to the creditors to report their known claims to the liquidator within forty days of publication of the ruling ordering liquidation.

According to Subsection (2) of Section 34, as of the time of the opening of liquidation only the liquidator shall be authorized to make any legal statements in connection with the assets of the economic operator. The liquidator is in legal relations with third parties related to the assets the person replacing the debtor's senior official in the direction of the authorities and courts, exercising the rights of the senior official, unless otherwise provided by law (EBH2015. G.2.).

Subsection (1) of Section 35 states, that all debts of the economic operator shall be deemed payable (due) at the time of the opening of liquidation proceedings.

According to Subsection (1) of Section 36, in a liquidation proceeding, with regard to the debtor's claims, right of setoff may be exercised only with respect to such creditor's claims which have been registered by the liquidator as acknowledged and have not been assigned subsequent to the date when the court received the petition for opening liquidation proceedings, or, if the claim has occurred at a later date, subsequent to its occurrence. If performance is affected after the time of the opening of liquidation proceedings, the creditor may not exercise the right of setoff with regard to debts assumed under Section 6:203 of the Civil Code, or undertaken under Section 6:206 of the Civil Code inside a period of two years prior to the date when the court received the petition for opening liquidation proceedings, or subsequently, nor with regard to performance assumed under Section 6:205 of the Civil Code.

However, if the liquidator has assigned the debtor's claim for consideration, the new creditor (assignee) is no longer entitled to the benefit limiting the setoff against the debtor (BH2012. 125).

Subsection (1) of Section 37 states, that the liquidator shall register the claims against the debtor which are notified after forty days, but within one hundred and eighty days of the publication of the opening of liquidation proceedings. These claims shall be satisfied, if there are sufficient funds remaining following the settlement of the debts specified in Subsection (1) of Section 57.

The general rules on the order of satisfaction (Sections 57-58) shall apply to the creditors notifying their claims in the prescribed time limit. According to Subsection (2) of Section 37, in respect of claims, which are incurred in the process of liquidation and which are not qualified as liquidation expenses, if the final liquidation balance sheet has not yet been submitted, creditors' claims shall be notified to the liquidator within forty days following the date when the claim falls due, and the liquidator shall register the claim among the creditors' claims duly submitted within the forty-day time limit. Registration and satisfaction of claims submitted after the forty-day period, but within one hundred and eighty days before the final liquidation balance sheet is submitted, shall be subject to the provisions contained in Subsection (1). Subsection (3) states, that in the cases set out in Subsections (1) and (2), failure to observe the time limit of one hundred and eighty days shall constitute forfeiture of rights.

It can be seen that the Act regulates the process of liquidation proceedings and the possibilities of claim enforcement with strict deadlines, the general limitation period does not play a role here. The primary reason for this is obviously to keep creditors who already have a claim against an insolvent debtor uncertain for only a short time regarding the satisfaction of their claims. However, the law also requires a great deal of attention from creditors, as the limitation period prescribed for their report of claim begins with the publishing in the Company Gazette.

II. THE CREDITOR'S RIGHT OF SETOFF

It has been shown that the Section 36 of the Act regulates the right of creditors to setoff in liquidation proceedings. In the following we try to show the practical application of the latter rules.

We have seen, that in a liquidation proceeding, with regard to the debtor's claims, right of setoff may be exercised only with respect to such creditor's claims which have been registered by the liquidator as acknowledged. This means that the right of setoff is allowed only in respect of a claim which has been reported to the liquidator by the creditor within 180 days of the publication of the order ordering the liquidation and which the liquidator has also registered as acknowledged. The claims already notified and registered during bankruptcy proceedings conducted immediately before the liquidation proceedings [Paragraph e) of Subsection (2) of Section 27] are an exception to the notification obligation.

According to this, the setoff is subject to the following conditions:

- the liquidator registers the claim as acknowledged;
- the claim has not been assigned.

Thus, there is no legal obstacle to the setoff of a claim registered as a registration fee (BH2007. 304.) and the right of setoff belongs not only to the creditor who registers within the forty day deadline, but also beyond the deadline, but within the 180 days.¹

Subsection (1) of Section 36 regulates the setoff, but only states that the liquidator must register the claim as acknowledged as a positive condition for setoff, but no mention is made of uniformity of the claims neither in the previous nor in the current rule. The Supreme Court ruled in its decision BH 1996/113. that uniformity of the claims is not a condition, because it is not mentioned in the special rule cited above. Thus, it is a criterion according to the Civil Code, but it is not a criterion in liquidation proceedings, because this is not stated in the Bankruptcy Act. In the opinion of several authors, one can agree with Attila Harmathy, who criticizes the decision, because he thinks that it may not be expedient to separate this provision from the rules of setoff in the Civil Code at such a level. From the undoubted fact that the Bankruptcy Act does not mention it as a criterion, it is not clear that non-homogeneous claims can also be setoff. There is no provision in the law that would provide differently from the Civil Code, so the underlying rules of the legal institution regulated by the Civil Code shall also be applied, if they are not in conflict with principles and provisions of the Bankruptcy Act. And the uniformity of claims hardly contradicts these.²

¹ László Juhász, „A magyar fizetéseképtelenségi jog kézikönyve I-II.”, Budapest 2019. 654-655.

² György Schadl – Tamás Ujlaki, „A kettős jelleg egyik megnyilvánulása a polgári jogban: a beszámítás.” *Jogtudományi Közöny* 2010/5, 262.

We have seen that failure to meet the 180-day deadline for reporting a creditor claim will result in forfeiture. However, Subsection (3) of Section 37 does not determine the content of the loss of rights or its substantive legal consequences. Legal practice and the legal literature, on the other hand, interpret the loss of rights uniformly as the final cessation (loss) of the subjective (substantive) right and the claim, which means that the claim does not survive even as a natural bond [1/2010. (VII. 30.) Civil Unity Resolution]. So the rule regulated in Subsection (3) of Section 6:121 of the Civil Code, which states, that if a claim that cannot be enforced by judicial process is satisfied voluntarily, it may not be reclaimed, cannot be applied in this case. Thus, if the liquidator were to satisfy the claim of the ‘creditor’ who failed to comply with the 180-day time-limit, it could be recovered on the ground of unjust enrichment.

It is unfortunate that jurisprudence sometimes in a lawsuit for restoration (or any other settlement) offsets the uniform and expired services (for example one party’s usage fee claim into the other party’s interest claim) and thus simply settles the claims of the parties. However, this solution, which seems logical and can be applied in any civil lawsuit outside liquidation proceedings, is in conflict with Subsection (1) of Section 57 of the Bankruptcy Act, which governs the order of satisfaction, and with Section 36, which governs the setoff. In a lawsuit against a bankrupt company, simultaneous enforcement is excluded. The losing defendant must be obliged to return the acquired property (thing or money), however, it can only enforce its own service (for example reimbursement of his investments in the returned property) in the liquidation proceedings.³

Thus, pursuant to Subsection (1) of Section 36 of the Bankruptcy Act, it is basically possible to setoff claims against the debtor during liquidation proceedings. On the other hand, in the case of bankruptcy proceedings, this is not possible under Subsection (2) of Section 11 of the Act. In the opinion of Gábor Zoltán Szabó, the rules of setoff applicable in bankruptcy proceedings are on the one hand unfair and on the other hand unreasonable. The aim of the legislator was presumably that no claim against the debtor could be enforced during the payment moratorium and therefore setoff in bankruptcy proceedings is not possible. However, it is clearly not fair for the law to treat a creditor with a claim eligible to setoff in the same way as another creditor with no claim.⁴

Subsection (3) of Section 38 of the Act states, that from the time of the opening of liquidation proceedings, any pecuniary claim against the economic operator in connection with any assets to be liquidated may only be enforced in the framework of liquidation. The creditor – in the proceedings brought by the economic operator

³ Sándor Fónagy, „Gondolatok az új Csődtörvény megalkotásához – A csődmegtámadási perek” *Magyar Jog* 2008/7, 480.

⁴ Gábor Zoltán Szabó, „A csődeljárás alapvető kérdései” *Gazdaság és Jog* 2012/11, 3.

– may enforce his claim existing at the time of the opening of liquidation proceedings against the economic operator as a setoff claim, provided however, that the beneficiary of the claim was the same creditor at the time of the opening of liquidation proceedings as well.

Subsection (3) of Section 38 is in accordance with Section 36.

This possibility of setoff was introduced into the Act in its 1997 amendment, that means, that since the 1997 amendment has the Act allowed offsetting in lawsuits initiated by the economic operator. But what does that really mean?

It has been shown that failure to comply with the 180-day deadline for filing a creditor claim will result in forfeiture. This also means that the right of setoff is allowed only in respect of a claim which the creditor has notified to the liquidator within 180 days of the publication of the order of the liquidation and which the liquidator has also registered as acknowledged. A creditor who has not been registered by the liquidator cannot therefore enforce its claim against the economic operator by way of a setoff claim in a lawsuit brought by the economic operator. The court hearing the lawsuit is bound by the final decision made in the liquidation proceedings on the issue of creditor quality (BH2010. 335). However, according to the decision Gf.40401/2009/5. of the Metropolitan Judgment Board, in the lawsuit initiated by the debtor [Subsection (3) of Section 38] the acknowledgement of the creditor's claim is not a condition for the submission of the setoff, a disputed creditor's claim may also be enforced by a setoff. The decision BDT 2011.2605. stated that if the litigation or non-litigation proceedings are initiated before the opening date of the liquidation, the creditor's claim notified in accordance with Subsection (2) of Section 38 – if the liquidator declares it disputable – is decided by the court in the previously initiated litigation or non-litigation proceedings, the liquidator does not have to send it to the liquidation court.

According to the decision published as EBH 2009.2063., a claim enforced as a counterclaim against the debtor before the opening date of the liquidation shall also be notified as a creditor's claim in the liquidation proceedings against the debtor. Failure to file a monetary claim as a creditor claim will result in forfeiture.

However, in a lawsuit initiated by the debtor, the defendant may no longer file a counterclaim after the opening date of the liquidation, it may terminate the debtor's claim against him only by setoff. The debtor must therefore become a creditor in the liquidation proceedings and may be setoff against the debtor in the proceedings against it, while it continues to be a creditor in the liquidation proceedings for the remainder of its claim.

In this regard, it should be noted that the forty-five-day time limit laid down in Subsection (1) of Section 209 of the Code of Civil Procedure or the time limit extended by the court for the filing of a setoff is only relevant in the court proceedings, the submitter of the setoff document must become a creditor in the liquidation of the debtor in order to file such a claim.

Thus, if the debtor has instituted legal proceedings against the person who otherwise has a claim against it, setoff may be filed only by a creditor who has filed a creditor claim in the liquidation and paid the corresponding registration fee within at least the 180 days. In this case, it can setoff. It is irrelevant whether it has a claim that is due or overdue (but filed within one hundred and eighty days) because the law only requires to have an acknowledged claim. (After the expiration of the one-hundred-and-eighty day period, the claim shall also be terminated with respect to the forfeiture period.)⁵

Point cd) of Subsection (1) of Section 3 states, that after the time of the opening of liquidation proceedings, any person who has a claim, whether in money or in kind expressed in monetary terms, against the debtor shall be treated as a creditor, if it was registered by the liquidator. Thus, a person who has no claim registered by the liquidator does not qualify as a creditor. Claims not declared during the liquidation cannot be enforced by offsetting even if the liquidation procedure has meanwhile been terminated by agreement (BDT2008. 1881). In an action brought by an economic operator in liquidation against a claim outside the liquidation proceedings, a setoff can therefore be enforced only if three conjunctive conditions exist: the right to setoff can only be exercised by a person who is a creditor in the liquidation proceedings; the claim must be outstanding at the opening date of the liquidation; the claimant must also be the creditor at the starting point of the liquidation, which means, that the claim cannot be assigned during the liquidation (BDT2008. 1751).

If the above requirements are met, Subsection (1) of Section 6:50 of the Civil Code cannot be disregarded, which states, that time barred pecuniary claims may be also be offset if the pecuniary claim to be offset had not yet expired at the time when the monetary debt became due.

According to Subsection (4) of Section 6:23 of the Civil Code, prescription may not be taken into consideration *ex officio* in court or administrative proceedings. However, when adjudicating creditors' claims, the liquidator does not act as a court or authority, but makes statements concerning the debtor's assets by registering or denying the creditors' claims, which only he is entitled to according to the Bankruptcy Act, so of course it can take the limitation period into account, and in my opinion it is also his obligation. This view seems to be supported by the decision BH2000.314., according to which the statute of limitations in the legal relationship of the parties also affects the liquidation proceedings, therefore, a claim which has already expired against the debtor cannot be enforced as a creditor in the liquidation proceedings. With regard to enforcement in the context of liquidation proceedings, it is primarily the special liquidation provisions that apply, but the general rules apply to matters not covered by bankruptcy legislation.

⁵ Andrea Csöke "Nagykommentár a csődeltjárásról és a felszámolási eljárásról szóló 1991. évi XLIX. törvényhez" Budapest 2015. Commentary to Section 38.

Subsection (3) of Section 1 of the Bankruptcy Act states, that ‘liquidation proceedings’ shall mean the proceedings aimed to provide satisfaction, as laid down in this Act, to the creditors of an insolvent debtor upon its winding-up without succession. The regulations of satisfaction are laid down in Section 57 of the Act. According to Subsection (1) the economic operator’s debts shall be satisfied from its assets that are subject to liquidation in the following order:

- a) liquidation costs described in Subsection (2);
- b) the part of a claim secured by a pledge that were not satisfied according to Subsections (1)-(2a) of Section 49/D before the time of the opening of liquidation proceedings
- c) alimony and life-annuity payments, compensation benefits,
- d) with the exception of claims based on bonds, other claims of private individuals not originating from economic activities, claims of small and micro companies and small-scale agricultural producers,
- e) debts owed to social security funds, taxes – with the exception of the tax arrears and compulsory contribution debts described in Subsection (2) – and outstanding public dues enforced as taxes,
- f) other claims;
- g) irrespective of the time and grounds of occurrence, default interests and late charges, as well as surcharges and penalty and similar debts;
- h) claims, other than wages and other similar benefits if below double of the prevailing minimum wage.

Thus, in Hungarian insolvency law, as a general rule, the order of satisfaction according to the title of the claim prevails. In most cases, only creditors at the top of the list can count on at least partial satisfaction of their claims.

The above order of satisfaction also played a significant role in the case – in which the author of the present study was a legal representative – Fpkhf.III.30.148/2020. before the Szeged Judgement Board in which the tax authority acted as a creditor in the liquidation proceedings. The creditor had claims acknowledged by the liquidator in HUF 7,478,623 classified in Section 49/D and in points (e) and (f) of Subsection (1) of Section 57, and on 10 December 2019 it also announced to the liquidator that it has a HUF 13,301,378 claim as liquidation costs according to point a) of Subsection (1) of Section 57. It was also undisputed that during the liquidation procedure, the debtor overpaid a total of HUF 3,714,000, which means that it had a claim of this sum, in the form of a contribution tax, against which the tax authority, as a creditor, made a setoff declaration.

In the present case, the creditor submitting the objection had a claim registered as acknowledged by the liquidator, in respect of which it was undisputed that no assignment had taken place and there were no other exclusionary circumstances specified in Section 36 of the Act. Therefore, the creditor who raised the liquidation objection initiating the proceedings was entitled to exercise the right of

setoff, as it had a claim against the debtor. The effect of setoff is that, to the extent of the setoff, the creditor obtains its claim by disregarding the order of satisfaction, which is entirely true if the creditor has a claim belonging to one group of the order of satisfaction or all claims belonging to different groups of the ranking recoup due to offsetting. However, it must be held differently if the creditors' claims fall into different categories of the order of satisfaction and, after offsetting, not all the creditors' claims cease to exist, a circumstance which also existed in the present case.

The creditor submitting the objection had in excess of the amount of its debt to be setoff a claim qualifying as a liquidation cost pursuant to point a) of Subsection (1) of Section 57, which in the case of the creditor tax authority is subject to the provisions of points b) and d) of Subsection (2) of Section 57 as it consisted of the payment of taxes, contributions and other public charges payable after the opening date of the liquidation, which the liquidator – in accordance with Subsection (2) of Section 37- had to register without separate notification. The overpayment of the debtor arose during the liquidation, after the starting date of the liquidation. Therefore, if the creditor were to offset his debt in the debtor's debt incurred before the starting date of the liquidation, it would be in a doubly advantageous position vis-à-vis the other creditors, as part of his claim will be recovered and his remaining claim will be ranked in the first place according to Subsection (1) of Section 57, so it has a higher chance of recovering during the liquidation proceedings. Therefore, despite the existence of a claim pursuant to point a) of Subsection (1) of Section 57, offsetting into debts ranked in point e) of Subsection (1) of Section 57 means the abuse of rights in accordance with Subsection (1) of Section 1:5 of the Civil Code and violates the order of satisfaction regulated in Section 57.

In view of this, the amount of the overpayment incurred during the liquidation can be setoff in the creditor's claim, which qualifies as a liquidation cost, and not in the creditor's claim incurred before the liquidation. So, the liquidator did not act unlawfully by refusing the setoff requested by the creditor.

Also taking place with the legal representation of the author of the present study, in the case before the Capital City Judgment Board numbered 11.Fpkhf. 44.338/2019., the debtor had a claim for a tax refund of HUF 31,000 against the tax authority, which was also a creditor. The creditor had acknowledged claims of HUF 115,000 ranked in point a) of Subsection (1) of Section 57; HUF 1,333,973 + HUF 596,027 ranked in point e) of Subsection (1) of Section 57; HUF 200,000 ranked in point f) of Subsection (1) of Section 57 and had a claim ranked in point g) of Subsection (1) of Section 57. There was a dispute between the parties as to which category of the overpayment could be setoff in the creditor's registered claim, which category of the acknowledged creditor's claim could be reduced. The creditor complained that its setoff statement had not been accepted by the liquidator and

that its claims were kept unchanged. The liquidator did not change the amount of either the creditor's category e) or category g) claim.

However, in the opinion of the Metropolitan Judgment Board, the primary question is who can make the setoff and how. The Board pointed out that the liquidator (other party) does not have to give its consent, it does not have to accept unilateral legal declaration of the creditor (which contains the setoff) according to the rules of the Civil Code, and consequently the letter on which the proceedings are based contains only the liquidator's position on the settlement of the overpayment of tax. This reply cannot be considered as a specific liquidation measure and therefore no objection can be raised. By submitting the tax return and indicating the overpayment, the liquidator indicated to the tax authority that the debtor has such a claim against the tax authority. If the liquidator modifies the registered claim of the creditor with regard to the overpayment of tax, then it is an actual action of the liquidator and if the creditor does not agree with this modification, he may object to the measure.

An objection may arise if the debtor's liquidator takes a measure to setoff the debtor's claim in the creditor's acknowledged and registered claim and therefore reduces the amount of the creditor's claim registered so far, which the creditor concerned considers to be detrimental.

However, the Board also generally agreed with the liquidator's position that a creditor's right to setoff can only be exercised without harm to Subsection (1) of Section 57 and Subsection (3) of Section 1 even if Section 36 of the Bankruptcy Act does not prescribe any further restriction on setoff, because Subsection (1) of Section 1:5 of the Civil Code also prohibits the abuse of rights in civil law relationships.

Subsection (1) of Section 36 was amended by the XLIX Act of 2017. The cases of the above section of the Bankruptcy Act related to the restriction of the right of setoff have been supplemented by the legal declarations concerning the assumption of debts by the debtor regulated by the new Civil Code. The supplement is intended to prevent possible abuses. However, it should be emphasized – as explained by the Capital City Judgment Board, for example, in its decision 12.Fpkhf.43.255/2020/2. – that the legal opinion that the inclusion of a restriction on setoff in connection with the assumption of a debt in the law justifies that setoff was previously permitted in such a case is erroneous.

As the panel of judges has stated in the above-mentioned decision, as well as in several previous decisions, in the absence of a specific prohibitory, restrictive provision, in a case the setoff that can be given as a basis for abuse is contrary to the purpose of the legislation.

The legislator merely clarified the exclusions of setoff in addition to assignment.

Therefore, the position that the inclusion of debt assumption in Subsection (1) of Section 36 also proves that previously after the debt was assumed, the per-

formance was possible by offsetting, is wrong. Acceptance of such a position would result in one creditor owing a significant amount to the debtor being discharged by offsetting the claim of another creditor who assumed the debt of the above creditor up to the amount of the second debtor's claim to the detriment of the interests of all the other creditors.

The decision published under ÍH 2016.158. of the Metropolitan Court of Appeal also stated that the procedure by which the creditor of the economic entity (debtor) in liquidation intends to setoff its claim in the debt acquired by assuming a debt to the debtor cannot be considered lawful because it circumvents the rules of the Bankruptcy Act for ranking creditors' claims, and thus reduces the basis for satisfaction for creditors ranked higher.

A debt assumption contract is void if the content of the parties' intention to circumvent the law can be established beyond a reasonable doubt.

The following position was also adopted at the court hearing held at the Debrecen Judgment Board on June 8, 2018: "The deliberation unanimously concluded that the application of the rules on setoff in the Bankruptcy Act can't be circumvented with debts assumed or with performance assumed. There can be no room for abuse of the law in this way."

Therefore, the VI. Novella of the Bankruptcy Act amended the law, stating that if performance is affected after the time of the opening of liquidation proceedings, the creditor may not exercise the right of setoff with regard to debts assumed under Section 6:203 of the Civil Code, or undertaken under Section 6:206 of the Civil Code inside a period of two years prior to the date when the court received the petition for opening liquidation proceedings, or subsequently, nor with regard to performance assumed under Section 6:205 of the Civil Code. According to the explanatory memorandum, this amendment is intended to prevent possible abuses.

At the meeting held at the Pécs Judgment Board on 15 September 2017, the question arose as to what to do if the liquidator or creditor does not acknowledge the setoff.

"Question X / 1: If the creditor's setoff statement is not accepted by the liquidator on the basis of the setoff prohibition, how can the creditor's damage be remedied?"

The Government Decree 225/2000 on the accounting tasks of liquidation (XII. 19.) states that the creditor's debt and claim shall be reduced by the amount set off pursuant to Section 36 of the Bankruptcy Act. If the liquidator does not reduce the creditor's debt and claim as a result of the creditor's setoff statement, then it fails to comply with its obligation. Based on this omission, the creditor may file an objection in which it must ask the court to order the liquidator to reduce its debt and claim by the amount set off. If Section 36 prohibits setoff, the objection must be rejected.

However, this only applies to the setoff statement made by the creditor. If the liquidator wishes to setoff a debtor's claim against the creditor and the creditor disputes the debtor's claim, this dispute cannot be settled in the proceedings initiated on the basis of the objection, because the question of whether the debtor has a claim against the creditor, does not fall within the jurisdiction of the liquidation court. If the creditor does not recognize the debtor's claim, the liquidator must sue.⁶

Section 58 of the Act contains provisions on the order of payments. These are complemented by the rule in Subsection (4) on the settlement of personal guarantee and compensation claims, which is worth addressing briefly.

Point d) of Subsection (1) of Section 57 (which determines the order of satisfaction) – with the exception of claims based on bonds – contains the claims of private individuals not originating from economic activities, claims of small and micro companies and small-scale agricultural producers.

Subsection (4) of Section 58 states, that the liquidator shall commission another economic operator for the settlement of future guarantee, warranty and indemnification obligations considered customary in the trade, while simultaneously transferring the amount allocated for this purpose in accordance with Paragraph d) of Subsection (1) of Section 57, and shall make it public or shall grant a lump-sum compensation to the entitled parties. The liquidator is only obliged to set up a separate fund to meet the guarantee claims if there is adequate asset cover (EBH2002. 673). In the liquidation proceedings, as a general rule, only outstanding and due claims can be enforced; only private individuals, small and micro companies, and agricultural producers are entitled to enforce a latent creditor claim arising from a non-economic activity (BH2008. 219). The liquidator's obligation, to commission another economic operator for the settlement of future guarantee, warranty and indemnification obligations considered customary in the trade and make it public or grant a lump-sum compensation to the entitled parties exists only against the group of persons defined by law (BDT2010. 2343).

It is clear that the holder of future warranty and indemnity obligations cannot setoff in the event of a possible debt to the debtor because it does not have a homogeneous and overdue claim, so it cannot apply to the liquidator under Section 36 either, because he has no claim, moreover, he cannot be a creditor under point c) of Subsection (1) of Section 3 of the Act.

III. CONCLUSION

After the starting date of liquidation, there is only a place for setoff in case of special conditions included in the Bankruptcy Act. Therefore, if the debtor is

⁶ László Juhász, „A magyar fizetéseptelenségi jog kézikönyve I-II.”, Budapest 2019. 655-656.

in liquidation, the rules of the Civil Code concerning setoff can only be applied with the exceptions set out in the Bankruptcy Act. In a liquidation proceeding, with regard to the debtor's claims, right of setoff may be exercised only with respect to such creditor's claims which have been registered by the liquidator as acknowledged and have not been assigned subsequent to the date when the court received the petition for opening liquidation proceedings, or, if the claim has occurred at a later date, subsequent to its occurrence.

The liquidator shall register the claims against the debtor which are notified after forty days, but within one hundred and eighty days of the publication of the opening of liquidation proceedings. Failure to observe the time limit of one hundred and eighty days shall constitute forfeiture of rights. We have seen, that the Act regulates the process of liquidation proceedings and the possibilities of claim enforcement with strict deadlines, the general limitation period does not play a role here. The primary reason for this is obviously to keep creditors who already have a claim against an insolvent debtor uncertain for only a short time regarding the satisfaction of their claims. However, the law also requires a great deal of attention from creditors, as the limitation period prescribed for their report of claim begins with the publishing in the Company Gazette.

We have seen, that in a liquidation proceeding, with regard to the debtor's claims, right of setoff may be exercised only with respect to such creditor's claims which have been registered by the liquidator as acknowledged. This means that the right of setoff is allowed only in respect of a claim which has been reported to the liquidator by the creditor within 180 days of the publication of the order ordering the liquidation and which the liquidator has also registered as acknowledged. The claims already notified and registered during bankruptcy proceedings conducted immediately before the liquidation proceedings are an exception to the notification obligation.

According to this, the setoff is subject to the following conditions: the liquidator registers the claim as acknowledged; the claim has not been assigned. Thus, there is no legal obstacle to the setoff of a claim registered as a registration fee and the right of setoff belongs not only to the creditor who registers within the forty day deadline, but also beyond the deadline, but within the 180 days.

Subsection (1) of Section 36 regulates the setoff, but only states that the liquidator must register the claim as acknowledged as a positive condition for setoff, but no mention is made of uniformity of the claims neither in the previous nor in the current rule. The Supreme Court ruled in its decision BH 1996/113. that uniformity of the claims is not a condition, because it is not mentioned in the special rule cited above. Thus, it is a criterion according to the Civil Code, but it is not a criterion in liquidation proceedings, because this is not stated in the Bankruptcy Act. But from the undoubted fact that the Bankruptcy Act does not mention it as a criterion, it is not clear that non-homogeneous claims can also be setoff.

There is no provision in the law that would provide differently from the Civil Code, so the underlying rules of the legal institution regulated by the Civil Code shall also be applied, if they are not in conflict with principles and provisions of the Bankruptcy Act. And the uniformity of claims hardly contradicts these.

It is unfortunate that jurisprudence sometimes in a lawsuit for restoration (or any other settlement) offsets the uniform and expired services (for example one party's usage fee claim into the other party's interest claim) and thus simply settles the claims of the parties. However, this solution, which seems logical and can be applied in any civil lawsuit outside liquidation proceedings, is in conflict with Subsection (1) of Section 57 of the Bankruptcy Act, which governs the order of satisfaction, and with Section 36, which governs the setoff. In a lawsuit against a bankrupt company, simultaneous enforcement is excluded.

REFERENCES

- Csőke Andrea, "Nagykommentár a csődeljárásról és a felszámolási eljárásról szóló 1991. évi XLIX. törvényhez" Budapest 2015.
- Fónagy Sándor, „Gondolatok az új Csődtörvény megalkotásához – A csődmegtámadási perek” Magyar Jog 2008/7.
- Juhász László, „A magyar fizetésképtelenségi jog kézikönyve I-II.”, Budapest 2019.
- Schadl György – Ujlaki Tamás, „A kettős jelleg egyik megnyilvánulása a polgári jogban: a beszámítás.” Jogtudományi Közlöny 2010/5.
- Szabó Gábor Zoltán, „A csődeljárás alapvető kérdései” Gazdaság és Jog 2012/11.

Маџе И. Мохаи
Универзитет у Печују
Правни факултет
mohai.mate@ajk.pte.hu

Ограничења могућности пребијања потраживања у поступку ликвидације у мађарском праву

Сажетак: Након покретања поступка ликвидације, пребијање потраживања је могуће само у складу са посебним условима прописаним мађарским Законом о стечају. Стога, ако је над дужником покренут поступак ликвидације, односна правила о пребијању потраживања из Грађанског законика могу бити примењена само уз поштовање изузетака прописаних Законом о стечају. С тим у вези, у раду ће бити испитане одредбе Закона о стечају које се могу довести у везу са пребијањем потраживања, или које могу имати утицај на могућност пребијања потраживања. Да би се приказала јасна слика о релевантним одредбама, оне ће, на одговарајућим местима, бити цитиране.

Кључне речи: пребијање потраживања, мађарски Закон о стечају, мађарски Грађански законик, поступак ликвидације, поверљива потраживања.

Датум пријема рада: 19.07.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 18.09.2021.

Датум прихватања рада: 06.10.2021.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Marina D. Jeremić
Ph.D Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
marina.d.jeremic@gmail.com

LIMITATION OF THE AUTONOMY OF WILL IN THE RIGHT TO THE DISPOSAL OF AN UNWRITTEN MORTGAGE AND RESERVATION OF THE PRIORITY ORDER FOR A NEW MORTGAGE

Abstract: *By the law which defines the process of the registration in the real estate cadaster coming into force, apart from the category of the submitting entities, the rule to initiate and conduct the procedure ex officio is implemented. By this legal solution, the registration of rights is implemented automatically, without any impact on persons in whose favor the rights are registered, as well as on other interested parties, by which the freedom of execution and protection of civil subjective rights of parties is limited. The registration of rights ex officio, with the participation of the submitting entity, has reflected on the regulations of the law which defines mortgage, which has led to the limitations of subjective rights in case of registration of deletion of mortgage. The paper is specifically focused on the limitation of the autonomy of will of the owner of real estate in case of exercising the rights to the disposal of the unwritten mortgage, as well as the right on the reservation of the priority order for the new mortgage. In that sense, the paper will indicate the need for legal definition of the possibility to register the deletion of mortgage upon the request of the party.*

Keywords: *autonomy of will, principle of officiality, registration of the deletion of mortgage, disposal of mortgage that was not erased, annotation of reservation of the right of priority order*

1. INTRODUCTION

The need for automated data processing, efficient and up-to-date system of recording real estates and rights over them is the basis of the justification of the

implementation of unique records of real estates in our legal system. With the support and development of information technologies, unique records of real estates have been established, which has continuously contributed to gradual limitation of disposition of parties through passing of new and change of existing legal regulations, as one of fundamental principles of civil law. Unique records of real estates¹ started to develop within the management authority, through cadaster, in the late 1980s and the beginning of 1990s of the 20th century. It is established based on data from land register and land cadaster, and it assumed that the factual and legal records on real estates are kept together, by the same administrative bodies.² That has led to the gradual abandonment of the land registry system and essential features of land registry law which are based on the disposition of parties.

It was assumed that the implementation of unique records of real estates and principle of obligation of the registration would ensure completeness, correctness and timeliness of both factual and legal records of real estate, which provoked controversy and sharp criticism in theory.³ It was stated that the application of the general principles of civil law should not be questionable in case of exercising the actual rights which are a part of private law in their nature.⁴ The accepted principle of obligation in case of registration of rights has eventually “evolved” in the principle of officiality⁵, which includes that the procedure of the registration of rights in the real estate registry is initiated and kept *ex officio*, only upon request. Digitalization of the real estate registry has enabled the application of the principle

¹ By the Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights on Real Estate, Official Gazette of SRS no. 17/1988, 24/1988, 49/1989, 56/1989 and consolidated wording published under no. 28/1990, unique records of real estate is implemented in Serbia. Unique records of real estate existed as a legal solution only until 1992, i.e. until the passing of the Law on State Survey and Cadaster, Official Gazette of RS no. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96 and 15/95, which stipulated the principle of obligation for the first time in domestic legal system.

² About unique records of real estate, see Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016, 50 i dalje.

³ “Requiring the obligation of registration leads to the contrast to one of important principles of civil law. According to the principle of free initiative and principle of dispositivity, the right holder may use it at its own discretion, meaning that they can decide not to use it at all. Therefore, the acquirer of certain rights can freely decide to register them in the land register and thereby gain ownership or refrain from registration. If this possibility is not enabled, there is no subjective right towards standards of civilization to which we belong, but only a hybrid creation of obscure character.” Miodrag Orlić, „Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga” Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1- 6, Beograd 2000, 49.

⁴ “Each significant deviation from the traditional principles of civil right can lead to the destabilization of legal and finally political system.” More in Dušan Nikolić „Materijalni izvori građanskog prava” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 4/2012, 94.

⁵ About principle of officiality, see R. Cvetić, “Razvojni put načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti i njegovo „novo ruho” in *Liber amicorum Vladimir Vodinelić*, Miloš Živković (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2019, 47-58.

of officiality within its complete scope, through e-service desk.⁶ Such a system has enabled automated forwarding of documents eligible for the registration of rights by the submitting entity⁷ to the competent service of the real estate registry, without leaving space for the disposition of parties. In addition to the right to appeal to the decision deciding on the registration of rights, the party may, in exceptional cases only, initiate the procedure for the registration of rights.⁸ The party may not prevent or postpone the submission of the document to the real estate registry when the submitting entity is submitting it *ex officio*.

There are also land registries which are based on the principle of disposition and which are also up-to-date, complete and accurate. Such systems are functional for a long period of time in Germany, Austria, Switzerland. Consistent implementation of the principle of registration and principle of trust in these countries has led to the party to have interest in requiring the registration of their rights. Within domestic legal system, the principle of registration and principle of trust have not been implemented in a legally defined manner. For many years, we witness the existence of off-book acquisition of ownership which has been protected by decisions of the court, as well as non-sanctioned oversights of parties to submit the request for the registration of their rights. In such conditions, the initiations of proceedings according to the principle of disposition could not have ensured complete, correct and timeliness legal records of real estate. The initiation and implementation of the proceeding of the registration of rights *ex officio* seems to be the only way of creating preconditions for the establishment and functioning of the systematically complied legal regulations the future. The choice of the legislator for the current systematically non-complied solution and deviation from basic civil legal principles can be temporarily justified.⁹ Systematic change of the legal regulations, with the settlement of all necessary conditions, is extremely time demanding. At the same time, it is necessary to indicate to subjective civil rights

⁶ E-service desk” – unique central system for connection of different entities and submission of documents for the registration and other acts between state authorities and public authority holders, *ex officio*, implemented by the regulations of the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities, *Official Gazette of RS* no. 41/2018, 95/2018, 31/2009 and 15/2020.

⁷ Submitting entities in terms of Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities are courts, public notaries, public enforcement officers and other authorities and organizations which exercise public authorizations within legally defined tenors. See Article 22 and Article 23 of Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities.

⁸ Registration is executed only upon the request of the party, in case of: registration of the annotation on a dispute, registration of the annotation of the administrative procedure against the second-instance decision on the registration in the real estate registry and registration of the annotation of the mortgage sales in case when claims are secured by extra-judicial executive mortgage and the creditor opts for the settlement according to the rules of the Mortgage Law.

⁹ Miloš Živković, *Pravo registara nepokretnosti – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2020, 205.

which are limited in their implementation by the stated legal regulations and find solutions to establish and protect such rights to the greatest possible extent, as soon as possible.

Implementation of the registration of rights *ex officio*, with the participation of the submitting entity, influences the way of establishing rights regulated by the law defining mortgage.¹⁰ The rights of the owner to individually execute the registration of the deletion of mortgage, i.e. right to exercise the rights of the disposal of mortgage that was not erased are limited, as is the establishment of the right to the reservation of the right of priority order for a new mortgage.

2. REGISTRATION OF THE DELETION OF MORTGAGE¹¹

Mortgage ceases by the registration of the deletion from the real estate registry, which is the consequence of the principle of registration. As long as the registration of the deletion of mortgage is not executed, the mortgage exists in the records and burdens the real estate. The constitutivity of the registration conditions the constitutivity of deletion, and the publicity of the establishment requires the publicity of the termination of the mortgage.¹² Registration of the deletion of mortgage does not require a separate legal act of the right holder. Only permit for the termination of such a right is necessary.¹³

According to the Mortgage Law, mortgage ceases to exist by erasure¹⁴ from the real estate registry where it was registered, and the registration of the deletion

¹⁰ Mortgage Law, Official Gazette of RS, no. 115/2015, 60/2015, 63/2015 – decision of the Constitutional Court and 83/2015.

¹¹ Intabulation (lat. *intabulatio*) is the registration of the final collection of a certain land registry right, while extrabulation (lat. *extabulatio*) means removal from records, erasure or registration of the deletion of the land registry right. Registration is negative when it refers to the registration of the deletion of registry rights and it is then called extrabulation (registration of the deletion of the registration). See Milan Vujaklija, *Rečnik stranih reči i izraza*, Beograd, 1980, 351. See Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, 234. The term erasing is used in Mortgage Law, while the term registration of deletion will be used in the paper.

¹² Miroslav Lazić, "Značaj javnog registra za hipoteku", *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu* br. 40-41/2001, 90.

¹³ Midhat Muslić, *Priručnik o zemljišnoknjižnom poslovanju*, Beograd 1972, 59.

¹⁴ Term erasing of mortgage is used by the Mortgage Law, Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities as well as the Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, while the Draft of the Code on Property and Other Real Rights uses the term registration of the deletion of mortgage. It is necessary to eliminate the nomotechnical differences in the further reform of actual legal system. Wording of the Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia is available at the website of the Ministry of Justice of the Republic of Serbia <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 15 December 2020 and Draft of the Code on Property and Other Real Rights, whose wording is also available at the website of the Ministry of Justice of the Republic of Serbia

of mortgage is executed upon the request of the debtor, owner of the real estate or creditor, if the secured claim ceases to exist in the way permitted by law.¹⁵ Registration of the deletion of mortgage can be required by the owner of the real estate, i.e. the buyer of the mortgaged real estate in the proceeding of off-court sales, for the purpose of the settlement of the mortgage claims. According to the Mortgage Law, registration of the deletion of mortgage is executed upon request. Request for the registration of the deletion of mortgage can contain mortgage creditor's written statement of agreement with the mortgage being erased (*clausula extrabulandi*) or final court decision establishing that the mortgage creditor's claim has ceased. It can also contain the contract on sale of the mortgaged real estate concluded upon the conclusion of the extra-judiciary sale procedure by which the claim of the mortgage creditor is satisfied or contract on sale by direct arrangement, i.e. subsequent contract.

By the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate coming into force and the implementation of the category of Submitting entity, the procedure of the registration of the deletion of mortgage has been changed. The document which is the basis for the registration of the deletion of mortgage is delivered *ex officio* to the real estate registry by the submitting entity. In that sense, public notary as the submitting entity delivers the real estate registry every statement created in the agreed form which allows the registration of the deletion of mortgage (mortgage erasure permit), i.e. contracts concluded in the procedure of extra-judicial sales of real estate (contract on the purchase of mortgaged real estate, contract on sale by direct arrangement, i.e. subsequent contract). The court delivers the real estate registry final court decision which defines that the claim of the creditor ceased, *ex officio*.

The document defining the termination of the mortgage, if passed, created, confirmed or certified by the submitting entity is delivered to real estate registry, *ex officio*. Regulations of the Mortgage Law are limited in their application, since that the owners of real estates, i.e. buyers of the mortgaged real estate are unable to individually dispose the document or the request for the registration of the deletion of mortgage. It is proposed that the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate define the procedure of the registration of the deletion of mortgage upon the request of the party.

The following part of the paper would focus on the analysis of current norms which regulate mortgage discharge, taking into account that this is a document

<http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html> 15 December 2020.

¹⁵ Article 43 of the Mortgage Law. The stated legal formulation is not sufficiently precise, taking into account that the mortgage may cease upon the request of the mortgage creditor, even when the secured claim has not ceased, by the renunciation of mortgage.

which is in practice most frequently issued in case of the termination of claims secured by mortgage.

In terms of the Mortgage Law, mortgage erasure permit is a written statement by which the mortgage creditor allows the registration of the deletion of mortgage in the real estate registry. The basis for the issuance of a mortgage erasure permit is usually the termination of the mortgage claims. Mortgage creditor is obliged to allow the registration of the deletion of mortgage if the claims are completely settled, i.e. if the conditions stipulated by the Mortgage Law have been met. Mortgage creditor is obliged to issue the debtor and owner of the mortgaged real estate the certificate on debt settlement, immediately after the settlement of the debt, and to provide them the consent for the deletion of mortgage – mortgage erasure permit.¹⁶ Mortgage creditor can issue mortgage erasure permit in case when the claims are not entirely settled, in case of renunciation of mortgage. Procedure of the registration of the deletion of mortgage can be initiated by the person with legal interest, usually personal or pledge debtor or owner of the real estate, i.e. their successors.

Mortgage erasure permit, as the document which allows the registration of the deletion of mortgage also certifies the termination of a certain claim. It is usually issued as a private document provided by a legal entity or private individual, made in writing with the signature of the authorized person, certified at the public notary or basic court (in cities where public notaries are not appointed until their appointment). Mortgage erasure permit can be a public document when issued by the holder of public authorizations, i.e. legal court decision, when passed by a court. Public notaries, courts as well as public administration bodies and other bodies and organizations which while exercising their public authorities make decisions which represent the ground for registration in the real estate registry are submitting entities *ex officio* in terms of the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate. Documents which are eligible for the registration of the deletion of mortgage are delivered to the real estate registry by submitting entities *ex officio*, while the request for the registration of the deletion of mortgage loses its purpose.

Despite the regulation of the Mortgage Law which stipulates that the statement of mortgage creditor in writing¹⁷ is sufficient for the issuance of mortgage

¹⁶ Article 44, p. 3 and p. 4 of the Mortgage Law.

¹⁷ It is interesting that the Mortgage Law precisely defines the form individually for each legal work regulated by the regulations of the Law. The stipulated form of the notarial record or certified notarial document for pledge statement in case of unilateral mortgage, for contract on mortgage, subsequent contract, contract of assignment of claim, *clausula intabulandi* for the registration of mortgage, contract on super mortgage. Form in writing with certified signatures is stipulated even for the definition of a third party (security agent) from Article 20a. However, for *clausula extrabulandi*, it is defined that it is a statement in writing. Mortgage Law does not stipulate the certification of signature.

erasure permit, if debt has been settled entirely,¹⁸ in practice, it is usually issued in form of the certification of signature in terms of Law on Notary Public Office.¹⁹ Such actions are supported by the current act on the cadaster survey and real estate registry²⁰ whose regulations are applied. The rulebook defines that the mortgage is erased by the termination of secured claims based on the statement of a mortgage creditor that they accept the erasure of the mortgage, provided in writing with the certificate of the signature of the mortgage creditor, i.e. their proxy holder, in accordance with the law which defines the certification of signatures. Despite the fact that this is a legal act of a lower legal power than a law, its application is confirmed by the practice of real estate registry, practice of mortgage creditors as well as current notifications on notice boards of the competent services of real estate registry and the official website of the Republic Geodetic Authority of the Republic of Serbia.²¹

Certifying the signature, the public notary certifies that the submitting entity, who has been previously identified, has personally signed the stated document in the presence of the public notary, i.e. that the signature which is already on the submitted document is recognized as their own.²² The public notary should be familiar with the content of the submitted document only to the extent necessary for filling the register on certifications and confirmations. They are not held responsible for the content of such a document.²³ They can forward the mortgage erasure permit to the real estate registry based on the regulations of the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate which has categorized public notary to the category of the submitting entity. Since this is a document based on which the registration of the deletion of right is executed according to

¹⁸ Article 44, p. 2 item 1 of the Mortgage Law.

¹⁹ Law on Public Notary Office, Official Gazette of RS, no. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – other law, 93/2014 – other law, 121/2014, 6/2015 and 106/2015. Since 1 March 2017, verification of signatures, manuscripts and transcripts is in the competence of public notaries, thus there is no parallelism of competences between courts, municipalities and notaries, although there are places where notaries have not yet been appointed.

²⁰ See Article 150 of the Rulebook on State Survey and Real Estate Registry, “Official Gazette of RS” no. 7/2016, 88/2016 and 7/2019 – other rulebook, hereinafter Rulebook.

²¹ According to the data from the official website of the Republic Geodetic Authority, in case of the deletion of mortgage, it is necessary to submit the real estate registry, among other, mortgage erasure permit of a legal entity or a private individual, created in the form with the signature of the authorized person, certified at the public notary. See the official website of the Republic Geodetic Authority of Serbia <https://www.rgz.gov.rs/usluge/usluge-katastra-nepokretnosti/brisanje-hipoteke> 15 March 2021.

²² Article 5 of the Law on Verification of Signatures, Manuscripts and Transcripts – ZOPRP Official Gazette of RS, no. 93/2014 and 22/2015.

²³ See Article 11 and Article 69 of Notary Rules of Procedure, Official Gazette of RS, no. 62/2016, 66/2017, 48/2018 and 54/2018.

the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate²⁴, it implies that the public notary should be familiar with the content of the document they are certifying. The responsibility for the material legality of the document eligible for registration of the right lies with the submitting entity²⁵, however, when certifying a signature, the public notary confirms only the signature of the submitting entity and is not responsible for its content.

Mortgage erasure permit is issued in the form of a notarial note, i.e. in the form of a solemnized document when claim is not entirely settled. Mortgage may cease by the renunciation, based on a mortgage creditor's unilateral declaration of intent at his own request, or at the request of the owner of the mortgaged real estate that contains the attached statement of the mortgage creditor. Before the last changes of the Mortgage Law, there were different interpretations of norms which regulate renunciation of mortgage.²⁶

²⁴ According to Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities, "suitable document" is a document issued or compiled, certified or authenticated by the competent authority or other submitting entity, which implies the need to enter or amend the data entered in the real estate cadaster and which contains the prescribed data necessary for such entry, corresponding to the state of the cadaster.

²⁵ R. Cvetić, „Nova pravila u postupku upisa u katastar nepokretnosti. Upis zajedničke svojine supružnika.", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* br. 4/2019, 1172.

²⁶ Source wording of Mortgage Law in Article 51 defines: "Mortgage may also cease on the basis of a mortgage creditor's unilateral declaration of intent certified with signature certified at court or other authority certified by the law. In case of paragraph 1 of this Article, erasing is executed upon the request of the owner which contains statement from paragraph 1 of this Article. "In legal theory, according to the stated legal regulation, the opinion is that the registration of the deletion of mortgage may be required by the owner of the real estate only, and not mortgage creditor, which disables the formal termination of the mortgage without the agreement of the owner of the burdened real estate. Živković assumed that, as a mortgage cannot cease unilaterally, by renunciation without consent of the owner, unilateral mortgage cannot be established by the will of the owner of the real estate, without consent of mortgage creditor. Request for the registration of unilateral mortgage should be submitted by mortgage creditor, and not the owner of the mortgaged real estate, by which the necessary consent to the acquirer would be achieved. See M. Živković „Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji" u *Stvarnoprava uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Tatjana Josipovic (red.), Zagreb 2009, 23. Professor Popov also interprets the stated regulation so that the mortgage could have ceased based on the unilateral statement of will in writing of the mortgage creditor, provided in the adequate form, but the erasing of the mortgage was executed upon the request of the owner of the real estate, implying that without the consent of the owner, the mortgage creditor could not have achieved the registration of the deletion from the real estate registry. See Danica Popov, „Prestanak hipoteke" *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, tematski zbornik broj IV, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016, 142. Dissenting opinion is found in the comment to Mortgage Law from 2005, provided by the then judge of the Supreme Court of Serbia Stojan Jokić, who assumed that regardless of such a legal norm, active legitimation for the submission of request for the deletion of mortgage with the statement on renunciation lies with mortgage creditor, too. This opinion was later adopted by the amendments of the Mortgage Law. See Stojan Jokić *Komentar zakona o hipoteci*, Beograd 2006, 198. Compare Article 51 of source and current wording of the Mortgage Law.

According to the regulations of the Mortgage Law, mortgage erasure permit can be issued as mortgage creditor's written statement of agreement with the mortgage being erased which includes the issuance of mortgage erasure permit in writing, with personal signature of proxy holders of mortgage creditors. Digitalization of the real estate registry as well as legal norm of the Law on the Registration Procedure with the cadaster of Real Estate which defines the possibility of filing the request in the form of a paper document not later than 31 December 2020 seems to indicate the implementation of electronic documents in the field of the registration of the deletion of mortgage, too.

There are preconditions for the written statement of the mortgage creditor on the acceptance of the registration of the deletion of mortgage to be in electronic forms in terms of the regulations of the law which regulates electronic operations.²⁷ Electronic form for mortgage erasure permit includes that the mortgage erasure permit is signed by the qualified electronic signature which guarantees the highest level of protection of the identification of the signatory. A qualified electronic signature has the same legal effect as a handwritten signature and may replace the certification of a handwritten signature if stipulated by a specific law.²⁸

In that context, certain proposals for the change of the legal wording of the Mortgage Law²⁹ have been made, by which it is proposed that the mortgage erasure permit can be provided in writing, with signatures of mortgage creditors certified at the authorities in charge of the certification of signatures, i.e. form of electronic document in accordance with the law which defines electronic operations.

It should be taken into account that the issuance of mortgage erasure permit usually originates from banks which are mortgage creditors in most cases. Regulations of the Draft Code on Property and Other Real Rights has taken that fact into account, since that it defines that if a mortgage creditor is a bank or other legal entity which provides loans within its activity, an agreement on mortgage can define that the mortgage erasure permit does not need to be certified, if provided on the memorandum of the mortgager and certified by its stamp.³⁰ Banks, as financial institutions, provide services which allow the use of electronic signature, as do administrative bodies, as does a raising number of companies which use services of electronic operations. The process of certifying mortgage erasure

²⁷ Law on Electronic Document, Electronic Identification and Trust Services in Electronic Business, Official Gazette, no. 94/2017.

²⁸ Article 50 of ZEP.

²⁹ Dušan Vasiljević, Đorđe Vukotić, Miloš Živković, Ivan Perović, Jasmina Radovanović, Aleksandar Begović, Adis Berberović, *Ka unapređenju sadržaja i primene zakonskog okvira za upis u katastar nepokretnosti*, created within the project financially supported by Good Governance Fund by the Government of the United Kingdom within the program Reform Assistance to Serbia) Beograd 2019, 29. Wording available at website, 20 December 2020.

³⁰ See Article 582, p. 2 of Code of Property and Other Real Rights.

permit is extremely burdensome and voluminous in practice, it requires time, engagement of personnel and resources of mortgage creditor. Due to many requests submitted to banks, the certification of mortgage erasure permit is appointed once a week at public notaries, and the issuance of mortgage erasure permit takes a lot of time.³¹ All that delays the process of the registration of the deletion of mortgage which is not in clients' interests. Certified documents on the registration of the deletion of mortgage are stored by public notaries in paper copies, one provided to the mortgage creditor and forwarded to the real estate registry through e-service desk in electronic form.³² The issuance of mortgage erasure permit in electronic form would be not only cost-efficient, but also time-efficient, and would provide much greater expediency.

3. DISPOSAL OF MORTGAGE THAT WAS NOT ERASED

Laws which regulated the procedure of the registration of rights, starting from the Law on Land Register of the Kingdom of Yugoslavia³³ to the year of 2018, do not define the limitations in the execution and protection of civil subjective rights during the registration of the deletion of mortgage. By the Law on the Registration Procedure with the cadaster of Real Estate coming into force, and the implementation of the category of the submitting entity, certain regulations of the Mortgage Law are no longer applicable. Certain limitations of the rights of owners to the disposal of mortgage that was not erased manifested by both strict application of legal norms and deviation from them in practice have been identified.

³¹ One medium-size business bank in Serbia certifies more than thirty mortgage discharges per week on average, and there are also many more. That requires a large engagement of employees in the creation of mortgage erasure permits, as well as representatives of creditors who are obliged to attend the office of a public notary for the purpose of the certification of signature once a week or more often. That also requires huge costs for clients. Issuance of mortgage erasure permits usually takes two to three weeks, which is a long period of the client.

³² M. Živković, „Upotreba informacionih tehnologija u postupku upisa u katastar nepokretnosti” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* br. 84/2019, 184.

³³ According to the rules of the Law on Land Records, *Official Gazette of the Kingdom of Yugoslavia*, no. 146/30 and 281/31 – procedure of the registration of right was executed upon the proposal of the party. Law on Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate and Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate define the principle of obligation of the registration, as does the Law on State Survey and Cadaster from 2009, *Official Gazette of RS*, no. 72/09, 18/10, 65/13, 15/15 – decision of the Constitutional Court, 96/15, 47/17 – authentic interpretation, 113/17 – other law, 27/18 – other law, 41/18 – other. Even though the principle of obligation is stipulated in all laws since the establishment of unique real estate records, that has not influenced the procedure of the registration of right which has usually been initiated upon the request of the party, until the passing of Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities.

3.1. Limitation of the autonomy of will in the disposal of mortgage that was not erased by the application of legal norms

Mortgage ceases by the registration of the deletion from the real estate registry. Mortgage which secures the ceased claims, if not deleted from the real estate registry, allows several possibilities. Third parties, who would obtain the mortgage that was not erased from the real estate registry, appear as valid mortgage creditor. At the place of the mortgage that was not erased, the owner of the real estate can, within a defined tenor, establish new mortgage, by the expression of their will. In terms of disposal of the place where the written mortgage which secures the ceased claim is, the rule is dispositive. Mortgage holders can freely dispose the place where the mortgage that was not erased is, in accordance with the Mortgage Law.

The owner of a real estate has the right to transfer the mortgage that was not erased from the real estate registry to the registered amount to a new or the same mortgage creditor for the purpose of securing other claims, with the evidence that the claim has ceased.³⁴ The transfer of mortgage to a new mortgage creditor simultaneously includes the registration of the deletion of mortgage of the prior mortgage creditor.³⁵ A claim can cease by the settlement or in other legally stipulated manner, by renunciation, confusion, debt relief, compensation, etc. According to the regulations of the Mortgage Law, mortgage creditor is obliged to issue the debtor and owner of the mortgaged real estate the certificate on debt settlement, immediately after the settlement of the debt, and to provide them with the consent for the deletion of mortgage (*clausula extrabulandi*). With the request for the registration of the deletion of mortgage, the owner can submit different evidence on the ceased claim, which are usually documents which would otherwise be necessary for the deletion of the mortgage.³⁶ These are usually statement in writing of the mortgage creditor that they agree with the erasing of the mortgage with the certificate of the satisfaction of debt, and final court decision which defines that the claim of the mortgage creditor has ceased. In the procedure of extra-judicial sales of real estate, these include the contract on sale of the mortgaged real estate concluded upon the conclusion of the extra-judiciary sale procedure by which the claim of the mortgage creditor is satisfied or contract on sale by direct arrangement, i.e. subsequent contract.³⁷ It is assumed that with the request of the owner who submits the evidence that the claim has ceased, it is necessary to deliver the document by which new mortgage is established,³⁸ even though the Mortgage Law does not define such a document.

³⁴ See Article 53 of the Mortgage Law.

³⁵ S. Jokić, (2006), 203.

³⁶ M. Živković, (2009), 24.

³⁷ See Article 44 of the Mortgage Law.

³⁸ M. Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2010, 186.

If mortgage ceases by unilateral statement of the mortgage creditor by which they accept the erasure of the mortgage, provided in the form of a notarial note or notary confirmed (solemnized) document, which is the case with renunciation of mortgage,³⁹ and if provided in the form of notary certification of a signature, notary public, as submitting entity, forwards such a document to the competent service of real estate registry, *ex officio*. Real Estate Registry Office will, upon the receipt of the document eligible for the registration of rights,⁴⁰ execute the registration of the deletion of mortgage. The owner of the real estate cannot prevent the delivery of the stated documents and cannot establish a new mortgage in the place of the mortgage that was not erased of their own free will.⁴¹

Contract on sale of the mortgaged real estate, contract on sale by direct arrangement or subsequent contract are not adequate documents as the basis for the disposal of mortgage that was not erased, taking into account that the registration of the deletion of mortgage of all registered mortgages on the respective real estate is executed based on these documents, by operation of law.⁴²

Pursuant to the stated reasons, certain proposals of the amendment of the Mortgage Law are provided. It is proposed that Article 44 of the Mortgage Law be supplemented by paragraphs 6 and 7, which would be the following: “Erasing of mortgage, *ex officio*, in accordance with the law defining the procedure of the registration in the real estate registry shall be executed upon the expiry of the tenor of three years, as of the day when the submitting entity delivers the real estate registry the document eligible for deletion, except if the register contains renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased in accordance with Article 54 hereof. In case of paragraph 6 hereof, Real Estate Registry

³⁹ Mortgage ceases by unilateral statement of the mortgage creditor provided in the form of notarial record or solemnized document in case of renunciation of mortgage. See Article 51 of the Mortgage Law.

⁴⁰ According to Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities, “suitable document” is a document issued or compiled, certified or authenticated by the competent authority or other submitting entity, which implies the need to enter or amend the data entered in the real estate cadaster and which contains the prescribed data necessary for such entry, corresponding to the state of the cadaster.

⁴¹ Inability to perform disposal of mortgage that was not erased, but not the inability to exercise right of reservation of the right of priority order is indicated in *White book 2020, Proposals for improvement of the business environment in Serbia, Foreign investors council*, editors Miroљub Labus and Foreign Investors Council, Beograd, 2020, 43. and 135. Wording available at <https://fic.org.rs/projects/white-book/white-book-publication/>, 20 December 2020. One of the recommendations of the Foreign Investors Council is to enable the parties to dispose their requests towards real estate registry in situations when notary, as submitting entity submits the request in their name. Also, the recommendation of the Council is that it is necessary to ensure disposal of the party in the subject opened at public notary, taking into account that it is a notary public service activity.

⁴² See Article 49 of the Mortgage Law.

shall immediately, without passing a special resolution, register the note on the existence of the mortgage deletion statement which is deleted *ex officio*, at the moment of the registration of a new mortgage, in accordance with Article 53 hereof or upon the termination of tenor of three years from paragraph 6 hereof.”

The quoted wording of the proposal states that in all cases when mortgage creditor launches the procedure of the issuance of mortgage erasure permit upon the request of the debtor, the debtor cannot expect that the mortgage which burdens their real estate would be deleted. Upon the receipt of the document eligible for the registration of the deletion of mortgage, real estate registry will not immediately register the deletion of mortgage, but after three years, unless there is the note on the renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased from Article 54 of the Mortgage Law. This practically means that in most cases,⁴³ real estate registry will not execute the required registration of the deletion of mortgage. By that proposal, the waiting time for the registration of the deletion of mortgage is additionally prolonged which will cause the revolt of clients who are waiting for the registration of the deletion of mortgage for a long time. Also, it will cause significant financial costs.⁴⁴ Proposal is not acceptable due to the fact that in practice, registration of the deletion of mortgage is usually done for first rank mortgages with no annotation on the renunciation of rights to the disposal of mortgage that was not erased. Also, the right to the disposal of mortgage that was not erased is used by a small number of parties, usually companies, and this proposal favors exactly that negligible percentage in comparison to those which urgently needs registration of the deletion of mortgage. This proposal could be acceptable for claims of mortgage creditor which are secured by second or lower rank mortgage.

The proposal wording also limits the rights of owners which cannot require registration of the deletion of mortgage without investment of additional costs or time. If the owner of the real estate wants to have a real estate without burden, despite the remaining claim, they must renounce the right to the disposal of mortgage that was not erased or to stand the annotation of the mortgage erasure permit in the real estate register in the period of three years. The owner’s consent with the registration of the deletion of mortgage is reflected in the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased. The stated requires the conclusion

⁴³ In more than 90% of cases in practice, registration of the deletion of the first rank mortgage is executed and these are usually placements of private individuals. Annotation on renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased, if provided, is registered in case of second and lower rank mortgages, and these are usually placements of legal entities. The proposed solution can be adequate for claims secured by second or lower rank mortgages.

⁴⁴ If the registration of the deletion of mortgage requires that the clients provide statement on renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased, it requires additional visit to the notary, booking an appointment and solemnization of contract, cost and time.

of a new contract in a defined form between the mortgage creditor and owner of the real estate, which requires new material costs and additional prolongation of the registration of the deletion of mortgage.

The quoted proposal of the amendment of the law uses the term “deletion of mortgage *ex officio*” which does not seem acceptable in the stated context. Registration of the deletion of mortgage is not executed *ex officio*, except in exceptional cases stipulated by the law.⁴⁵ That is supported by the fact on the existence on numerous paid mortgages which are still registered in different real estate registries, as well as the existence of the institute of amortization. Mortgage creditors do not execute the registration of the deletion of mortgage *ex officio*. The procedure of the issuance of mortgage erasure permit is initiated upon the request of the interested party, in accordance with the regulations of the Mortgage Law. Also, the use of the term “deletion of mortgage”, not recognized by the registry regulations is unacceptable, as stated in the introduction.

The option that the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate defines the procedure of the registration of the deletion of mortgage upon the request of the party seems acceptable and justified. This legal solution completely excludes the possibility for the document which is eligible for the registration of the deletion of mortgage to be delivered *ex officio* to real estate registry and disables the execution of the right to the disposal of mortgage that was not erased for the owner of the real estate, as well as the execution of rights to the reservation of the right of priority order for the new mortgage defined by the Mortgage Law.

3.2. Limitation of the autonomy of will in the disposal of mortgage that was not erased by the application of legal norms

Autonomy of will in case of institute of the disposal of mortgage that was not erased is not only limited by the principle of officiality which is defined by the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate, but also the practical application of this institute.

The principled legal position is that the owner’s renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased does not produce legal effect.⁴⁶ As an exception, it is stipulated that such a renunciation would produce legal effect if the owner of the real estate is bound to a third party by a contract, especially mortgage creditor with junior priority order, that it would require the erasure of a certain mortgage in their favor and that such a liability is registered in the registry as the annotation of the registered mortgage. In the practice of business banks,

⁴⁵ Exceptions are situations when mortgages are deleted by force of law, after court and extra-judicial sales of real estates. See Article 48 and 49 paragraph 2 item 2 of the Mortgage Law.

⁴⁶ See Article 54 of the Mortgage Law.

legal exception is confirmed as a rule.⁴⁷ Autonomy of will is *a priori* limited, because the owner of the real estate with the mortgage of second or lower rank, does not have the right to exercise their right to the disposal of the rank where mortgage that was not erased is, nor they have the success in the negotiations about that with junior mortgage creditor. The owner is obliged to accept the renunciation of the disposal of multi-rank mortgage that was not erased in favor of the mortgage creditor who should provide loan, with the registration of the second or lower rank. Even though the Mortgage Law stipulates this as an exception, this is an unwritten rule and condition when approving a loan, whose collateral is mortgage of second or lower rank of each business bank in Serbia. Since that the stated exception has become an integral part of loan agreements, which are adhesion agreements in nature, contract upon accession, the party can accept it or not (take it or leave it). In that sense, the autonomy of will of the owner of the real estate, and accordingly, the autonomy of will of the personal debtor is almost gone. The right of the owner of the real estate to the disposal of the rank of the mortgage that was not erased and possible transfer of the mortgage to the registered amount to other claim of the same or other creditor is *a priori* denied.

The possibility of the debtor to opt for better financial conditions or other privileges with the creditor (in terms of more favorable interest, commission etc.) is limited, despite the fact that the debtor has *a priori* accepted the renunciation of a certain right. The owner *a priori* renounces the right to the disposal of mortgage that was not erased, without receiving any economic equivalent for the concession made to the mortgage creditor. That is also the consequence of the lack of interest and knowledge of the debtor. By contractual agreement on the renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased in favor of the mortgage creditor of the junior priority order, such creditor can not only retain the rank of the mortgage, but it enables them the possibility to enter the place of the first rank mortgage, if the mortgage that was not erased was the first according to the order of settlement.⁴⁸ That is the goal of every mortgage creditor, since that the mortgage of the lower rank, due to the higher risk of collection, conditions

⁴⁷ See Marina Jeremić, „Zasnivanje nove hipoteke sa posebnim osvrtom na raspolaganje neispisanom hipotekom” *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* broj 3/2017, 925-940. “In practice, all junior mortgage creditors will insist on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased which makes these regulations more scholarly than practical law”, M. Živković u D. Hiber, M. Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, 271.

⁴⁸ “Deletion of unwritten mortgage which is settled before it (mortgage creditor with junior priority order in whose favor renunciation is agreed) according to the priority order, their material and legal position is improved by moving the priority order of settlement. If it was on the second place, by the deletion of the unwritten mortgage, mortgage creditor becomes the first, and if it was third, it also becomes the first.” S. Jokić, 204.

the higher amount of interest.⁴⁹ However, if mortgage of the lower rank is established with the note on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased in favor of the creditor, the price of loan does not include the possible benefit which the mortgage creditor would receive by the higher rank, which is enabled by the annotation on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased, but the calculation is made only for the risk of collection of mortgage for the order for which the mortgage is established. Renunciation of right to the disposal of multi-rank mortgage that was not erased in favor of the mortgage creditor with junior priority order enables the creditor the smooth progress in the order of settlement. It is certain that the junior mortgage creditor may, possibly without grounds, receive the higher rank of priority regardless of the fact that it is on a much lower rank, since that the movement in the rank is enabled by the owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased. This is a significant advantage for the mortgage creditor who can get more favorable position without any economic equivalent.⁵⁰

Autonomy of will of the owner of the real estate is also limited in the selection of persons in whose favor the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased is agreed. Theoretically speaking, a third party, in whose favor the renunciation is agreed, can be any person with certain legal interest in the registration of the deletion of an mortgage that was not erased. In practice, that is always, without exception junior mortgage creditor. Junior mortgage creditor, the one in whose favor the mortgage of the second or lower priority order is established, unjustifiably seeks an opportunity to progress in the rank of settlement, since that due to the lower rank, higher interest rate is agreed. They also want the certainty that upon the settlement of one claim, the mortgage which has been collateral would be erased, and that in the rank, they will be moved forward. That is ensured by entering into a contract which contains the clause on the real estate owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased in their favor. This is how fixed rank of settlement is relativized.

Renunciation of the right to the disposal in favor of a third party is established by entering into a contract between the owner of the mortgaged real estate and the third party. The agreement is a document eligible for the registration, by which the general condition for the registration of the annotation on the owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased is met.⁵¹ However, in practice, agreement is, as a rule, not entered into. Usually, the pledge debtor, by the pledge statement by which the mortgage of the second or lower rank

⁴⁹ Miroslav Lazić, „Pravni položaj poverioca po Zakonu o hipoteci” *Pravni život* br. 10/2006, 532 with references.

⁵⁰ See M. Lazić, „Rang stvarnih prava” *Pravni život* br. 10/2002, 77.

⁵¹ General terms for the registration of actual rights, prior annotation and annotation are: existence of the registered real estate, registered predecessor and document for registration. See Article 83 of Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate.

is established in the favor of the mortgage creditor, provides the statement on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased in favor of the stated mortgage creditor. Instead of an agreement, the renunciation is made in the form of a unilateral legal work, pledge statement by which unilateral mortgage is established. The legislator does not equate the form in which unilateral mortgage is established in any place with the agreement from Article 54 of the Mortgage Law. Pledge debtor is offered the wording of the pledge statement which is, as a rule, created by a mortgage creditor and formatted by public notary, and which contains the clause on the renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased. There is no formal consent of the mortgage creditor with this clause, since that there is no concluded agreement between the mortgage creditor and pledge debtor. Renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased is made by unilateral statement of will of the owner of the real estate, without the consent in whose favor it is established. It is assumed that the consent of the mortgage creditor has been ensured through the norm of the Mortgage Law which stipulates that the registration of the unilateral mortgage based on the pledge statement is made upon the request of the mortgage creditor.⁵² By the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate coming into force, the registration of the unilateral mortgage based on the pledge statement can no longer be executed upon the request of the mortgage creditor, but *ex officio*.⁵³

Taking into account that the pledge statement is provided in the form of notarial record, it can be concluded that entering into a contract is avoided by the strict form which also includes less strict form stipulated for the agreement on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased. Entering into a contract between a mortgage creditor and owner of the real estate about the owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased as additional document, within the already extensive documentation necessary for loan approval, would generate new financial costs of the borrower, which is not in the interest of clients of mortgage creditors. Thereby, the clause on the owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased is hidden in the wording of pledge statement proposed by the mortgage creditor,

⁵² Article 14, p. 4 of the Mortgage Law. The reader should be reminded of the opinions in theory according to which the establishment of mortgage on unilateral statement of will of the pledgor is the consequence of the interpretation of unilateral legal works, which is contrary to the main principles of civil law. That is why the amendment of the wording of the Mortgage Law from 2015 includes the implementation of the regulation that the request for the registration based on unilateral statement is submitted by mortgage creditor. The purpose of this was to disable the establishment of mortgage against the creditor's will. See M. Živković u D. Hiber, M. Živković, (2015), 247. By Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities coming into force, the regulations of the Mortgage Law on the registration of unilateral mortgage upon the request of the creditor are no longer applicable.

⁵³ In practice, the owner of the real estate can establish a mortgage in favor of a mortgage creditor by pledge statement, without its consent and against his will.

and as such accepted by public notaries and confirmed by real estate registry. Based on such a document, real estate registry registers the mortgage and the annotation on the renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased in case of mortgage over the respective real estate, at the same time.⁵⁴

It is obvious that the institute of the disposal of mortgage that was not erased is meaningless in practice, due to the agreement on the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased in favor of the junior mortgage creditor. Junior mortgage creditors have recognized and use the legally approved manner of disabling the use of this institute in their favor. In order to see the benefits and sense of the institute of the disposal of mortgage that was not erased, it is necessary that the Mortgage Law defines that the owner's renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased does not produce legal effect, without exception. Otherwise, such an institute is meaningless, therefore seems unnecessary in our legal system.

4. ANNOTATION OF RESERVATION OF THE RIGHT OF PRIORITY ORDER⁵⁵

The owner of the subject of the mortgage, with the request for the registration of the deletion of mortgage, can require the annotation of reservation of the right of priority order for the registration of a new mortgage, up to the amount of claims secured by previous mortgage, in the place of the previous mortgage. The owner can exercise this right within three years as of the allowance of the annotation.⁵⁶

The owner of the real estate has the right to ensure the future registration better priority order based on the annotation of reservation of the right of priority order, if they initiate the procedure of the establishment of mortgage or transfer of rights to the respective mortgage.⁵⁷ Annotation of reservation of the right of priority order excludes the sliding rank of settlement.

⁵⁴ Registration of the annotation of the renunciation of the owner's right to the disposal of mortgage that was not erased is executed immediately after the registration of the mortgage on the respective real estate, also in the G sheet of real estate sheet.

⁵⁵ Annotation of the priority order is originally defined by paragraph 60-65 of Law on Land Records. See Ferdo Čulinović, *Komentar zemljišnoknjižnih zakona*, Beograd 1931, 204 i dalje. The term annotation of reservation of the right of priority order was first mentioned in the Draft of the Mortgage Law of professor Orlić. The term was wrongly interpreted in the Mortgage Law by the name annotation of the priority order. The term annotation of reservation of the right of priority order is also used in the Draft of the Code on Property and Other Real Rights (Article 556) and Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia (Article 2174). It is necessary to nomotechnically define the term, since this is actually the annotation of reservation of the right of priority order.

⁵⁶ See Article 55 of the Mortgage Law.

⁵⁷ See Article 55, p. 2 of the Mortgage Law.

In practice, annotation of the priority order is used in case of a higher number of mortgages over one real estate and when priority mortgage rank should be enabled for a possible future mortgage creditor and possible future claims. The purpose of this annotation is to ensure the place in the rank to the future mortgage.

In terms of general conditions for the registration of the annotation of reservation of the right of priority order for the new mortgage, the existence of the registered predecessor and registered real estate is necessary, while special document for the registration⁵⁸ is not necessary, according to the current regulations of the Law on State Survey and Cadaster.⁵⁹

According to the regulations of the Mortgage Law, annotation of the priority order is registered upon the request of the owner of the subject of mortgage who intends to burden the real estate by the new mortgage in the place of previous mortgage. It is previously necessary that the claim which has been secured by the prior mortgage has ceased, i.e. that the owner of the real estate, with the request for the deletion of the prior mortgage simultaneously requires the registration of the annotation of reservation of the right of priority order for the new rank, in terms of Article 55 of the Mortgage Law.

The new mortgage secures the claim which cannot be higher than the registered one. Otherwise, mortgage creditors of the lower rank would be endangered. The respective annotation is deleted by the expiry of the time period of three years, *ex officio* or simultaneously with the new registration, i.e. prior annotation of the right executed with the reference to the recorded priority order. The annotation contains the data on right, person in whose favor it is registered, as well as the datum on the highest amount secured by the mortgage.⁶⁰

Request for the registration of the deletion of mortgage can contain mortgage creditor's written statement of agreement with the mortgage being erased or final court decision establishing that the creditor's claim ceased. It can contain the contract on sale of the mortgaged real estate concluded upon the conclusion of the extra-judiciary sale procedure by which the claim of the mortgage creditor is

⁵⁸ Article 86, p. 5 of Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate.

⁵⁹ Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate contains the regulation on the reservation of the right of priority order as does the Rulebook, while Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities does not contain special regulation on the annotation of the priority order, which requires the compliance of regulations. Article 15 of Law on Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate lists the annotations, providing that the annotation of reservation of the right of priority order is not specifically listed. It can be included in item 21 – other annotations stipulated by the law. It is assumed that the intention of the legislator was not to regulate this special type of annotation by Law on Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate, but only by special law – Mortgage Law.

⁶⁰ See Article 160 of the Rulebook.

satisfied or contract on sale by direct arrangement, i.e. subsequent contract. The stated legal regulation is inapplicable in sense that the request for the registration cannot be filed by the owner of the real estate, since that all documents are delivered to real estate registry by the submitting entity, *ex officio*.

If the mortgage ceases by the termination of the entire claim, the debtor may request the certificate on debt settlement or issuance of mortgage discharge by the mortgage creditor. After they are sure the claim has been settled, the mortgage creditor is obliged to issue the debtor the statement, in writing, with the certificate of the signature by which the registration of the deletion of mortgage is allowed. Since this is a document eligible for the registration of right in the real estate registry, public notary, as the submitting entity, will forward the certified document within 24 hours to the competent service of real estate registry. Thereby, the owner of the real estate is prevented from possible registration of the annotation of the priority order of a new mortgage, since that the annotation of reservation of the right of priority order can be filed with the request for the erasure of the mortgage. Also, the mortgage may cease completely based on a court decision. Court delivers real estate registry final decision which defines that the claim of the mortgage creditor has ceased, *ex officio*, thus the owner of the real estate cannot execute the annotation of reservation of the right of priority order for the new mortgage.

Pursuant to the stated, the procedure of the registration of the deletion of mortgage should be legally regulated according to the request of the party, in order to completely exclude the possibility of the delivery of the document eligible for the registration of the deletion of mortgage *ex officio* to real estate registry. That is necessary for the purpose of the creation of possibility of exercising rights to the reservation of the right of priority order for a new mortgage.

5. CONCLUSION

Implementation of the principle of officiality and the category of the submitting entity in the registration of rights in real estate registry has reflected on exercising rights regulated by the regulations of the Mortgage Law. Execution of the change in the real estate registry *ex officio*, through submitting entity has led to the limitation of the autonomy of will of the owner of the real estate during the registration of the deletion of mortgage. Upon the termination of claims secured by the mortgage, the owner of the real estate can require the issuance of the mortgage erasure permit but cannot dispose the document which allows the registration of the deletion of mortgage. Inability to dispose the document which is the basis for the registration of the deletion of mortgage disables the owner's exercise of rights to the disposal of mortgage that was not erased, i.e. exercise of right to the

reservation of the right of priority order for a new mortgage. The right to the conditioned registration of mortgage⁶¹ (prior annotation of the new mortgage) is executed according to the regulations of the Mortgage Law, without any limitations, despite the rule defined the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate that the registration of rights is executed *ex officio*.

Pursuant to the stated, the autonomy of the owner of the real estate when exercising rights granted by the Mortgage Law is *de facto* limited. Deviation from the legal regulations which regulate the institute of the disposal of mortgage that was not erased, as well as practical application of this institute additionally limits the autonomy of will of the owner of the real estate. By entering into a contract that regulates the renunciation of the right to the disposal of mortgage that was not erased, the existence of this institute becomes meaningless. It is necessary to consider the possibility of the legal regulation of the renunciation of right to the disposal of mortgage that was not erased in other way, so that it does not produce legal effect, without exception.

Taking into account the above stated, the proposal to define the registration of the deletion of mortgage upon the request of the party by the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate seems purposeful. By such a legal solution, the rights granted by the Mortgage Law can be exercised without limitations.

REFERENCES

- Vasiljević Dušan, Vukotić Đorđe, Živković Miloš, Perović Ivan, Radovanović Jasmina, Begović Aleksandar, Berberović Adis, Ka unapređenju sadržaja i primene zakonskog okvira za upis u katastar nepokretnosti, Projekt koji finansijski podržava Fond za dobru upravu Vlade Ujedinjenog Kraljevstva (Good Governance Fund – GGF) u okviru programa Podrška reformama u Srbiji (Reform assistance to Serbia) Beograd, 2019.
- Vujaklija Milan, Rečnik stranih reči i izraza, Beograd, 1980.
- Živković Miloš „Novo hipotekarno pravo u Republici Srbiji” u Stvarnoprava uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive, Tatjana Josipovic (red.), Zagreb 2009.
- Živković Miloš, Akcesornost založnih prava na nepokretnosti, Beograd, 2010.
- Živković Miloš, „Upotreba informacionih tehnologija u postupku upisa u katastar nepokretnosti”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu br. 84/2019.
- Živković Miloš, Pravo registara nepokretnosti – Opšti deo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2020.
- Jeremić Marina, „Zasnivanje nove hipoteke sa posebnim osvrtom na raspolaganje neispisanom hipotekom”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 3/2017.

⁶¹ This is prior annotation of a new mortgage from Article 56 of the Mortgage Law.

- Jokić Stojan, Komentar Zakona o hipoteci, Privredni savetnik, Beograd, 2006.
- Labus Mirosljub i Svet stranih investitora (red.), Bela knjiga – Predlozi za poboljšanje poslovnog okruženja u Srbiji za 2020. godinu (White book 2020, Proposals for improvement of the business environment in Serbia, Foreign investors council), Beograd, 2020.
- Lazić Miroslav, „Značaj javnog registra za hipoteku”, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu br. 40-41/2001.
- Lazić Miroslav, „Pravni položaj poverioca po Zakonu o hipoteci”, Pravni život br. 10/2006.
- Lazić Miroslav, „Rang stvarnih prava”, Pravni život br. 10/2002.
- Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996.
- Muslić Midhat, Priručnik o zemljišnoknjižnom poslovanju, Savremena administracija, Beograd 1972.
- Nikolić Dušan, „Materijalni izvori građanskog prava”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 4/2012.
- Orlić Miodrag, „Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga” Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1- 6, Beograd 2000.
- Popov Danica, „Prestanak hipoteke”, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, tematski zbornik broj IV, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016.
- Hiber Dragor, Živković Miloš, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Cvetić Radenka, Savremena evidencija nepokretnosti, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016.
- Cvetić Radenka, „Nova pravila u postupku upisa u katastar nepokretnosti. Upis zajedničke svojine supružnika.”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4/19.
- Cvetić Radenka, „Razvojni put načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti i njegovo novo „ruho“ u Liber amicorum Vladimir Vodinielić, Živković, M. (ur.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2019.
- Čulinović Ferdo, Komentar zemljišnoknjižnih zakona, Beograd, 1931.

Legal regulations

- Zakon o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, Sl. novine Kraljevine Jugoslavije, br. 146/30 i 281/31. (Law on Land Records of the Kingdom of Yugoslavia, Official Gazette of Kingdom of Yugoslavia no. 146/30 and 281/31).
- Zakon o premeru i katastru i upisima prava na nepokretnosti Sl. glasnik SRS, br. 17/1988, 24/1988, 49/1989, 56/1989 i prečišćen tekst br. 28/1990. (Law on Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate, Official Gazette of SRS, no. 17/1988, 24/1988, 49/1989, 56/1989 and consolidated wording no. 28/1990).
- Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnosti Sl. glasnik RS br. 83/1992. (Law on State Survey and Cadaster and Registration of Rights over Real Estate, Official Gazette no. 83/1992).
- Zakon o državnom premeru i katastru, Sl. glasnik RS, br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – odluka US, 96/2015, 47/2017 – autentično tumačenje, 113/17 – dr. zakon, 27/2018 – dr. zakon, 41/2018 – dr. zakon i 9/2020 dr. zakon. (Law on State

- Survey and Cadaster, Official Gazette no. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – decision of the Constitutional Court, 96/2015, 47/2017 – authentic interpretation, 113/17 – other law, 27/2018 – other law, 41/2018 – other law and 9/2020 other law).
- Zakon o javnom beležništvu, Službeni glasnik RS, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015. (Law on Public Notary Office, Official Gazette of RS, no. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – other law, 93/2014 – other law, 121/2014, 6/2015 and 106/2015).
- Zakon o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, Sl. glasnik RS br. 93/2014 i 22/2015 (Law on Verification of Signatures, Manuscripts and Transcripts, Official Gazette of RS no. 93/2014 and 22/2015).
- Zakon o hipoteci, Sl. glasnik RS, br. 115/2015, 60/2015, 63/2015 – odluka US i 83/2015 (Mortgage Law, Official Gazette of RS, no. 115/2015, 60/2015, 63/2015 – decision of the Constitutional Court and 83/2015).
- Javnobeležnički poslovnik, Sl. glasnik RS br. 62/2016, 66/2017, 48/2018 i 54/2018 (Public Notary Rules of Procedure, Official Gazette of RS, no. 62/2016, 66/2017, 48/2018 and 54/2018).
- Pravilnik o katastarskom premeru i katastru nepokretnosti, Sl. glasnik RS br. 7/2016, 88/2016 i 7/2019 – dr. pravilnik (Rulebook on Cadaster Survey and Real Estate Registry no. 7/2016, 88/2016 and 7/2019 – other rulebook).
- Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, Sl. glasnik br. 94/2017 (Law on Electronic Document, Electronic Identification and Trust Services in Electronic Business, Official Gazette, no. 94/2017).
- Zakon o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova Sl. glasnik RS, br. 41/18, 95/18, 31/19 i 15/20 (Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate and Utilities, Official Gazette of RS, no. 41/18, 95/18, 31/19 and 15/20).

Websites

- Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije (Draft of Code on Property and Other Real Rights of the Republic of Serbia). The wording of the Draft is available at the official website of the Ministry of Justice of the Republic of Serbia, 15 December 2020.
- Prednacrt Građanskog zakonika za Republiku Srbiju (Prior Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia). The wording of the Prior Draft is available at the official website of the Ministry of Justice of the Republic of Serbia <http://>, 15 December 2020.
- Registration in the real estate registry , 20 Decembr 2020.
Republic Geodetic Authority of Serbia <https://www.rgz.gov.rs/usluge/usluge-katastra-nepokretnosti/brisanje-hipoteke> 15 March 2021.

Марина Д. Јеремич
Студент докторских студија
Универзитет у Новом Сагу
Правни факултет
marina.d.jeremic@gmail.com

Ограничење аутономије воље код права располагања неисписаном хипотеком и задржавања првенственог реда за нову хипотеку

Сажетак: Доношењем закона којим је уређен поседујак уписа у катастар непокретности, поред категорије обвезника доставе уведено је правило да се поседујак уписа покреће и води по службеној дужности. Оваквим законским решењем упис права се сироводи аутоматски, без икаквој ушлицаја лица у чију користи се уписује књижно право као и других заинтересованих, чиме је слобода вршења и заштите грађанских субјективних права странака ограничена. Упис права по службеној дужности уз учешће обвезника доставе рефлектовао се и на одредбе закона којим је уређена хипотека, што је имало за последицу ограничења субјективних права код уписа брисања хипотеке. У раду је посебна пажња посвећена ограничењу аутономије воље власника непокретности код вршења права на располагање неисписаном хипотеком као и права на задржавање првенственог реда за нову хипотеку. У том смислу, указаће се на потребу да се законски регулише могућност да се поседујак уписа брисања хипотеке врши по захтеву странке.

Кључне речи: аутономија воље, начело официјелности, упис брисања хипотеке, располагање неисписаном хипотеком, забележба задржавања првенственог реда

Датум пријема рада: 13.04.2021.

Датум достављања коначне верзије рада: 03.07.2021.

Датум прихватања рада: 05.10.2021.