

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ФИНГИРАЊЕ ПОЗИТИВНОГ УПРАВНОГ АКТА КАО
САНКЦИЈА ЗА НЕЕФИКАСНУ УПРАВУ¹Немања В. Томић²*Општинско јавно правобранилаштво у Дрвару*

Апстракт: Пред читаоцем се налази рад који се бави проблематиком законодавчевог поимања института ћутања управе. Циљ рада је да се с научноправног аспекта укаже на потенцијалне недостатке у оквиру постојеће законске регулативе, те да се de lege ferenda пружи могуће законодавно рјешење, нарочито имајући у виду околност да се управно процесно право свих земаља тзв. Западног Балкана ријетко мијења. Уједно, намјера аутора је да укаже на значај фингирања позитивног управног акта као средства санкционисања неефикасне администрације, и као средства којим се може адекватно балансирати између државног (јавног) и појединачног (приватног) интереса. Јавни и приватни интерес нису супротстављене категорије, с тим да прекорачење приватног може представљати штету за јавни. Рад такође представља и манифестацију истраживачке знатижеље аутора на предметну тему, те као такав је плод промишљања које за сврху има да подстакне стручну и научну јавност, али и поједине државне органе на креативност и истраживање. Овим радом се настоји указати и на постојање правних празнина у институту ћутања управе, те могућност промјене приступа приликом његовог ревидирања, уз отклањање уочених недостатака, а све у намјери стварања функционалнијег и ефикаснијег управног процесног законодавства.

Кључне ријечи: ћутање управе, позитивна и негативна претпоставка, фикције, измјене законског оквира, интерес

¹ Рад је резултат разраде појединих сегмената мастер рада аутора, под називом „Ћутање управе у Републици Србији, са посебним освртом на земље региона“, одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

² Мастер правник уже управноправне научне области, општински јавни правобранилац у Општинском јавном правобранилаштву у Дрвару, контакт: nemanjatomic93@gmail.com

1. УВОД

Нема сумње да су заштита и остваривање људских права и основних слобода темељ сваког модерног друштва и државе.³ Једна од највећих потешкоћа с којом се у данашњици суочава администрација (мада је код нас прикладнији термин „транзициона управа“) јесте њено „ћутање“ – недозвољено нечињење⁴, којим се крше и угрожавају најважнија права појединца загарантована уставом и међународним регулама. Чини се да оно представља феномен који се кроз административни живот једне државе континуирано креће и који је практично немогуће искоријенити. Међутим, ћутање управе као вид непожељног и деструктивног управног (не)дјеловања треба константно мотрити и покушавати га одржавати на нивоу који је „оптималан“⁵, ако је уопште могуће говорити о „оптималности“ негативних појава. Нажалост, ћутање управе се ријетко проблематизује у међународној правној књижевности, те се овом сегменту правне нормативе приступа с недовољним степеном пажње.⁶ Квалитет законодавних рјешења у примарној су сфери интересовања странака и шире јавности.⁷

Да би се овим феноменом могло адекватно манипулисати и маневрисати, те на тај начин држати га „под контролом“, непоходно је континуирано преиспитивање позитивноправних рјешења, прије свега законских, те константно теоретско продубљивање и разматрање ове проблематике, како би се с једне апстрактније позиције могло понудити конкретно одговарајуће рјешење у одређеној етапи друштвеног развоја. Наравно, неизоставан фактор у свему томе треба да буде и повратна информација из „стварног живота“ на који би се апстрактна правна правила реферирала. Фактичко стање у многостраној диктира правно, чини се да не бисмо много погријешили када би смо рекли да *de facto* у суштини, диктира оно што означавамо *de iure*. Само је питање времена када ће законодавац одређену факт пре-

³ Снежана Савић, „Дискриминација и људска права и слобода“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 59. Вид. и *European Human Rights Law Review – Issue 1* (London: Thomas Reuters tr. as Sweet and Maxwell, 2023).

⁴ Управа је у свом раду везана роковима, када не дјелује, када је пасивна, долази до прекорачења рокова. О роковима за издавање управних аката у упоредном праву, *упор. Nicolae-Alexandru Ceslea*, „The Communication of Administrative Decisions and the Course of Time Limits for Challenging them. Comparative Law Solutions and Perspectives of Evolution in Roman Law“, *Juridical Tribune*, 11 (2021): 96-102.

⁵ Мјерење институционалне ефикасности је увијек тешко. То мјерење се заснива на статистичким подацима који су често неповјерљиви због одсуства тачних података. В. Paul Craig, *Administrative Law, ninth edition* (London: Thomson Reuters tr. as Sweet & Maxwell, 2021), 498.

⁶ Agata Jurkowska-Gomułka, Kamilla Kurczewska, Katarzyna Kurzępa-Dedo, „Understanding Administrative Silence: a View of Public Officers from the Subcarpathia“, у *Public Administration Issues* (Moscow: National Research University, High School of Economics, 2020), 101.

⁷ William F. Fox, Jr., *Understanding administrative law, fourth edition* (New York: Lexis Nexis, 2000), 18.

точити у пропис.⁸ Европска међузависност рађа нове видове и пред управу поставља нове нове задатке, па развој индустријских капацитета није више кључни показатељ развоја друштва, већ су то знање и тржиште,⁹ а уређење потоњих увелико зависи од ефикасности рада управног апарата.

Значај адекватног законског рјешења за сваку специфичну ситуацију је пресудан. Тим више, како ћемо у наставку овог чланка видјети, постоји лепеза тих рјешења која би се могла користити у ситуацијама које се традиционално означавају као ћутање управе. Одабир најсврсисходнијег законског рјешења би могао избалансирати, уравнотежити однос између јавног интереса који стоји на једној страни и који је у сваком конкретном случају императив, и приватног интереса појединца формално постављеног супротно од јавног интереса. Међутим, овдје се сасвим основано може поставити питање због чега формално, тј. зашто су јавни интерес и приватни интерес појединца формално у међусобној супротности? Одговор лежи у самој природи интереса које супротстављамо. Јавни интерес шири феномен, он у себи увијек обухвата и приватни интерес појединца. У суштини јавни поредак једне државе је тај који утврђује границе слободе, па тиме и приватног интереса појединца. Дјеловање појединца може бити у супротности са јавним поретком, али дјеловање државе (условно речено) не може, јер држава има овлаћење да креира „правила игре“. Упрошћено, држава је та која располаже дискреционарношћу, а појединац је дужан на покорност, тј. покорност са дозом слободе у оквиру те покорности. Дискреционарност је релативно повјерљиво изналажење неког оптимума у датом контексту, имајући у виду одређена унапријед постављена мјерила, односно стандарде.¹⁰

Међутим, овлашћење државе да ствара право у савременим условима не значи да има на располагању могућност и да га крши.¹¹ Дакле, оно што

⁸ Циљ правних прописа је, између осталог, и да се „комплексне људске активности и друштво у цјелини развија на поштен, правичан и ефикасан начин“: Liz Nastasi, Deborah Pressman, John Swaigen, *Administrative law: Principles and advocacy, fourth edition* (Toronto: Emond Montgomery Publications, 2020), 4.

⁹ Петар Кунић, „Циљеви и правци реформе јавне управе у БиХ и РС“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 13.

¹⁰ Зоран Томић, *Правно, уставно, управно – Понирања и продирања 2006-2010* (Београд: Службени гласник и Досије студио, 2011), 13.

¹¹ *О доброј управи, опширније*, в. Juli Ponce, „Good Administration and Administrative Procedures“, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12 (2005): 555-559. Добра управа представља модел, начело и право. Ani Matei, Răzvan Băieșiu, „Good Administration and Performance of Local Public Administration“, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 109 (2014): 684. *Bud. u* Ani Matei, Lucica Matei, „Administrative Convergence in some Balkan States. A Socio-Empirical Study“, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 62 (2012): 1061-1065. За изазове концепта добре управе код аутоматизованог одлучивања *vid.* Ulrik B.U. Roehl, „Automated Decision-Making and Good Administration: Views From Inside the Government Machinery“, *Government Information Quarterly*, 4, 40 (2023): 1-15.

вриједи за грађане и правна лица, вриједи – *mutatis mutandis* - и за државу и друга јавна тијела...¹² Ћутањем администрације осим што се угрожавају правно признати субјективни интереси појединаца (субјективна „јавна“ права), уједно се крши и јавни интерес, јер је контекст јавног интереса управо законито, одговорно и ефикасно вршење власти, које је манифестовано кроз уставноправна начела земље, али и кроз начела поступка у коме се доносе управни акти, као најзначајнији инструменти власти.

Позитивноправно рјешење (ћутања управе) у Републици Српској, али и у готово свим суверенитетима региона¹³ заснива се на идентичном принципу – фингирања негативног управног акта. Овакав приступ вуче своје поријекло из бивше државе, па је очито да се законска рјешења заснивају на принципима успостављеним још у бившој Југославији. Међутим, како је од успостављања, па сада већ и од распада Југославије протекао поприлично значајан временски период, неопходно је преузета законска рјешења преиспитати с аспекта савремених услова и друштвених кретања како код нас, тако и у свијету.

У погледу позитивноправних рјешења и потенцијалних поређења, те давања приједлога појединих законских рјешења *de lege ferenda*, користићемо се претпоставком од које полази законодавство Републике Српске.

2. ОСОБЕНОСТИ УПРАВНОГ ПОСТУПКА У ОДНОСУ НА СУДСКИ

Управни поступак се умногом разликује од судских поступака, но на овом мјесту ћемо указати на три најзначајније специфичности управног поступка у односу на судске поступке, имајући у виду предмет овог чланка. Под судским поступцима, у контексту рада, подразумијеваћемо кривични судски поступак, парнични судски поступак, извршни судски поступак и управни спор. Ванпарнични судски поступак због његових специфичности ће бити изостављен, јер се у њему од стране судова разматрају неспор-

¹² Зоран Р. Томић, „Ћутање управе у Србији“, у *Усклађивање пословног права Србије са Правом Европске уније*, уред. Вук Радовић (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013), 222.

¹³ Република Хрватска, Република Словенија, Република Сјеверна Македонија, Федерација Босне и Херцеговине (посматрана самостално у односу на Републику Српску и Босну и Херцеговину као специфичну државну заједницу) и Црна Гора, с изузетком Републике Србије која је 2016. године усвајањем новог Закона о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016, 95/2018 – аут. тум. и 2/2023 – о. Уставног суда Србије, промијенила дотадашњи дугогодишњи приступ.

не грађанскоправне¹⁴ ствари као и у управном поступку.¹⁵ Такође, уставносудски поступак представља одвојену правну категорију, па ни он неће бити узет у разматрање.¹⁶

Као прва специфичност управног поступка истиче се његов циљ, односно сврха. На другом мјесту ваља указати на другачије, тј. прилично специфичније дејство правноснажности аката у управном поступку у односу на акте судских поступака. Те на трећем мјесту, неопходно је указати на сепцифичност режима правних лијекова управног поступка, имајући у виду да једино управни поступак познаје институт правног лијека због неактивности нижих рангова управних структура. Иако судски процесно-правни прописи садрже рокове у погледу доношења судских одлука, ти рокови нису преклузивне природе, тј. судови њиховим истеком не губе „право на рјешавање“ кандидованих питања. Једина заштита која стоји на располагању учесницима поступка је заштита права на „суђење у разумном року“. Од судова се очекује законита и ефикасна правда... Законита у смислу утврђења релевантних чињеница, правилне процесне и правилне примјене материјалног права... Ефикасна¹⁷ значи да ови циљеви законитости буду остварени у што краћем временском року, да субјекти који траже право и правду добију што прије.¹⁸

2.1. Специфичности у односу на циљ (сврху)

Управни поступак у свом ужем, правом значењу одређује се као прецизно утврђени низ радњи подвргнутих посебном правном режиму које управа предузима у непосредној примјени и извршавању законских аката на појединачне правне ситуације грађана и организација и то са позиције

¹⁴ И управна ствар је неспорна појединачна правна ситуација која се у савременим условима живљења све чешће односи на реализацију уставом загарантованих грађанских права. Сходно томе, може се основано поставити питање супротстављања управног поступка према ванпарничном поступку и то с обзиром на сличност предмета и сличност начела ова два поступка. Ипак, у односу на ванпарнични поступак вриједи сходна примјена правила парничног поступка.

¹⁵ Опширније о предмету ванпарничног судског поступка, вид. Михајло Дика, Александра Маганић, „Нацрт приједлога закона о изванпарничном поступку – нека изабрана питања“, у *Зборнику Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Далида Ритоса (Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2023), 209.

¹⁶ *Опширније в. Снежана Савић, Оцјена уставности и законитости – Теорија и пракса* (Бања Лука: ППГД „Комесграфика“ д.о.о., 2015), 65.

¹⁷ *О поимању ефикасности рада управних структура Европске уније и у праву Европске уније уопште, опширније вид. Elvira Mendez-Pinedo, „The Principle of Effectiveness of EU Law: a Difficult Concept in Legal Scholarship“, Juridical Tribune, 11 (2021): 5-6, 10.*

¹⁸ Алдо Радоловић, „Заштита права на суђење у разумном року – реална могућност, (пре)скупа авантура или утопија“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Велинка Грозданић (Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2008), 282.

вршења власти.¹⁹ Сходно томе, циљ, односно сврха управног поступка је вертикално одлучивање државног (управног) органа с позиције власти. Међутим, овдје не треба губити из вида да се под појмом органа подразумијева и локална самоуправа, заједно са свим другим структурама којима су повјерена јавна овлашћења. Локална самоуправа је стављена у исти ниво с другим основним друштвеним институцијама и добила је карактер темељног друштвеног односа на којем се заснива остала социјална инфраструктура.²⁰ Захтјев који се истиче пред орган државне власти је такав да се од њега тражи законска ауторизација права (односно обавезе) титулара без које индивидуално право не може егзистирати у правном поретку земље. Циљ је деапстраховање правне норме, тј. њена индивидуализација у конкретној животној ситуацији појединца, имајући у виду да опште норме саме по себи не производе правно дејство због своје уопштености. Кроз управни поступак се према појединцу (и његовом интересу) манифестује суверена воља државе, а процесна правила су осмишљена тако да се та воља не би могла у свакој ситуацији арбитрерно користити од стране државних органа. Вођењем управног поступка врши се оцјењивање усклађености приватних интереса које поредак признаје с јавним интересом у свакој конкретној ситуацији. У овом поступку учествују два субјекта, држава као доминантан, супериоран субјект и странка, титулар права као подређена категорија. Овдје долази до изражаја вањска, екстерна димензија дјеловања државне службе и државних службеника кроз успостављање управноправних односа.²¹ Судови (државни органи), такође, на неки начин врше конкретизацију и примјену општих правних норми на индивидуалне животне догађаје, но ипак на другачији начин.²²

С друге стране циљ кривичног судског поступка је другачији, иако на први поглед се такође успоставља процесни однос између државног органа – кривичног суда и извршиоца кривичног дјела. Кривични поступак је принудан, али је његов захтјев „повратан“ у односу на захтјеве које странке истичу у управном поступку. Наиме, у кривичном поступку држава истиче свој захтјев за кажњавањем према починиоцу кривичног дјела. Циљ

¹⁹ Мирјана Рађеновић, *Право општег управног поступка и управног спора* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2016), 27.

²⁰ Миле Дмичић, „Модернизација, професионализам и усавршавање локалне самоуправе у систему уставних промјена у БиХ“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 37.

²¹ Мирјана Рађеновић, „Мјесто службеничког права у систему права Републике Српске“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 24.

²² О разликама између управне и судске власти, опширније, в. Драган Милков, „Самосталност управе и независност судова“, у *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 1981), 185-187.

кривичног поступка је кажњавање учинилаца кривичног дјела.²³ И у овом случају државни органи примјењују према појединцу закон, али са другачијим циљем. Док се у управном поступку индивидуализује диспозиција, у кривичном поступку се индивидуализује санкција због непоштовања диспозиције. Одлучивање је такође вертикално.

Парнични судски поступак се разликује од управног, јер се у грађанском парничном поступку од стране државног органа – суда, не одлучује вертикално, нити с позиције власти, већ се у току тог поступка настоји хоризонтално (између начелно правно једнаких учесника) ријешити спорно грађанскоправно питање. Ово указује да је циљ парничног поступка правозаштитни²⁴, јер се кроз парнични поступак истиче захтјев за заштиту субјективних грађанских права. Парнични поступак се увијек покреће на основу тужбе појединца или организације чиме се одређује обим права и степен заштите који се од суда захтјева. Ауторитет суда је ограничен, јер се суд креће искључиво у границама интереса странака, при чему је ограничен принудним прописима, јавним поретком и јавним моралом, док у управном поступку државни орган неријетко има право да сам, *ad hoc*, утврђује шта је јавни интерес (нпр. дискреционо одлучивање). Међутим, то не значи ни да судија у парничном поступку нема слободу приликом одлучивања о неком питању (рецимо код накнаде нематеријалне штете).²⁵ Идентично вриједи и за управни спор²⁶, с тим што је предмет овог судског поступка питање „законитости управног акта“.²⁷ У управном спору суд такође рјешава одређену врсту „спора“, при чему не смије залазити у домен вршења власти, тј. смије али изузетно (пуна управносудска јурисдикција) о ограничењем код спорова приликом вршења дискреционе оцјене.

Извршни судски поступак представља природни наставак кондемпнаторног²⁸ парничног поступка према лицу које не жели добровољно да изврши

²³ Миодраг Симовић, *Кривично процесно право – увод и општи дио, пето издање* (Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2019), 28.

²⁴ Јозо Чизмић, *Коментар Закона о парничном поступку, друго измијењено и допуњено издање* (Сарајево: Привредна штампа д.о.о., 2016), 30.

²⁵ В. Дејан Пилиповић, *Уговорна одговорност за нематеријалну штету* (Бања Лука: Графопапир д.о.о., 2014), 149-152.

²⁶ У америчком праву *Judicial Review* је својеврстан извор „леgitимитета“ (не само легалитета) рада „државних агенција“, в. Peter Lehner, „Judicial Review of Administrative Inaction“, *Columbia Law Review*, 3 (1983): 627.

²⁷ Циљ судске контроле управе је држање управе у њеним границама предвиђеним уставом и другим законским прописима, тако и Hilaire Barnett, *Constitutional and administrative law, fourth edition* (Sydney-London: Chavendish Publishing Limited, 2002), 128. Вид. и Thomas von Danwitz, „Good Governance in the Hands of Judiciary: Lessons From the European Example“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 1, 13 (2010): 2-25.

²⁸ Ранка Рачић, *Извршно процесно право* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2009), 4.

обавезу утврђену правноснажном и извршном судском одлуком – пресудом или рјешењем. Његов циљ је наплата потраживања уз државну (принудну) интервенцију. Међутим, у овом случају циљ принуде није остваривање функције вршења власти и манифестовања ауторитета воље, већ заштита, тј. подршка у реализацији субјективног грађанског права.

Сви судски поступци су тространи, јер у њима учествују три стране: судови, тужилац (као државни орган или лице приватног права) и тужени²⁹, док је управни поступак увијек двостран, без обзира што на страначкој позицији може постојати више лица.³⁰

2.2. Специфичности у односу на дејство правноснажности

Правноснажност, о било којем поступку да је ријеч, представља један од најзначајнијих института.³¹ У француском праву правноснажност се терминолошки означава и као „ауторитет пресуђене ствари“.³²

Специфичност правноснажности у управном поступку је значајна, нарочито имајући у виду значење које се придаје ћутању управе. Од правилног перципирања правноснажности у управном поступку увелико може зависити и исправност законодавчевог приступа приликом регулисања института ћутања управе. Па тако Иво Крбек сматра да о самом правном биству правноснажности постоје двије начелно опречне концепције о којима се води спор међу цивилистима: процесна концепција у опреци према концепцији да правноснажност стварање новог права.³³ Анализирајући овакав став можемо закључити да се и сама правноснажност може двојако поступати, па да је тиме и њена природа двострука. Са чисто процесног аспекта она подразумијева степен дефинитивности управног акта, тј. одсуство било какве правно валидне акције против акта, како у процесном, тако и у материјалноправном смислу. По томе се и њено својство исцрпљује искључиво у оквиру управног поступка, па је формално поступање органа јавне власти сужено. С друге стране концепција по којој правноснажност има значај стварања права правноснажности додаје нову димензију и ставља је изван контекста управног поступка. Дакле, у потоњем случају правноснажност није само процесноправни, већ и материјалноправни ин-

²⁹ Поново као државни орган (у случају управног спора) или као субјект приватног права.

³⁰ Управни поступак и даље остаје двостран, али се тада ради о двостраначком или вишестраначком управном поступку. Он у есенцији остаје двостран, али процесно постоји множина субјеката на позицији странке.

³¹ На овом мјесту указујемо на особеност „пресуђене ствари“ у индијском праву J. R. Upadhyaya, *Administrative law* (Parayagraj: Central law agency, 2020), 256.

³² Иво Крбек, „Управни акт“, у *Хрестоматији управног права*, уред. Иван Копрић (Загреб: Друштвено велеучилиште у Загребу, 2003), 110.

³³ *Ibidem*, 93.

ститут. Сходно томе се и може говорити о материјално(правно)³⁴ и формално(правно)ј правноснажности.

Правноснажност управног акта је специфична утолико што управни акти негативне садржине, тј. акти којима се захтјев странке одбија не могу стећи материјалноправну правноснажност, што је и логично, јер не долази до „стварања новог права“, задржава се *status quo ante*. У овом случају, служећи се терминологијом француског права, нема ауторитета пресуђене ствари. Ситуација у парничном и кривичном поступку је другачија. Парнична пресуда којом је тужбени захтјев одбијен као неоснован стиче правноснажност идентично као и пресуда којом се захтјев усваја, па је било какво накнадно вођење спора немогућно, јер се као процесна сметња појављује *res iudicata*. У случају доношења негативног управног акта, захтјев се може наново поднијети, чак и са идентичним чињеничним описом. Дакле, материјална правноснажност у парничном поступку наступа без обзира на садржину судске одлуке, док у управном поступку, уопште могућност њеног наступања зависи од садржине одлуке управне власти. Странка ће у парничном поступку моћи устати с истовјетним тужбеним захтјевом једино онда када парнични суд није ушао у меритум спора, али тада је већ ријеч о другим институтима грађанског процесног права.³⁵

Такође, мериторне кривичне пресуде (осуђујућа и ослобађајућа) стичу својство материјалне правноснажности, па би се било каквим накнадним вођењем кривичног поступка *idem factum* или *pro persona* прекршило начело *ne bis in idem*. Дакле, и у овом случају вриједи правило пресуђене ствари.

Ипак, највећу сличност с управним поступком у погледу материјалне правноснажности има извршни судски поступак. Наиме, одлуком којом се приједлог за извршење одбија, не спријечава тражиоца извршења да поново устане с идентичним приједлогом ради наплате потраживања.³⁶

³⁴ Значај материјалноправне правноснажности је отјелотворење принципа правне сигурности. Путем правноснажности се адресату нормe, учеснику конкретне животне ситуације, даје сигурност, тј. извјесност да његова материјалноправна ситуација, била она приватноправног или јавноправног садржаја, неће бити предметом поновног уређивања. В. Oksana Scherbanyuk, Vitalii Gordieiev and Laura Vzova, „Legal Nature of the Principle of Legal Certainty as a Component Element of the Rule of Law“, *Juridical Tribune*, 13 (2023): 23.

³⁵ *Таква ситуација је код повлачења тужбе* – чл. 59. Закона о парничном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – о. Уставног суда Републике Српске, 45/2009 – о. Уставног суда Републике Српске, 49/2009, 61/2013 и 109/2021 – о. Уставног суда Републике Српске.

³⁶ Чл. 63. Закона о извршном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017, 58/2018 и 66/2018.

2.3. Специфичности у односу на режим правних лијекова

Правни лијекови у оквиру сваког правног процеса представљају значајно „оружје“ у рукама странака у циљу заштите своје правне позиције. С компаративног аспекта, специфичност која се уочава у управном поступку у односу на све друге судске поступке јесте постојање једног специфичног вида жалбе. Ради се о жалби због недоношења³⁷ управног акта у законском року, тј. о жалби због ћутања.

Процесна претпоставка за изјављивање правног лијека на било коју одлуку државног органа је да та одлука „постоји“, међутим, код ћутања управе управног акта уопште нема. У том смислу законодавац прибјегава употреби фикције како би изашао из ове нелогичне ситуације, те на тај начин затворио логичку конструкцију везану за правне лијекове, а уједно и заштитио права појединаца на ефикасну правну заштиту. Поставља се питање, због чега то онда није случај у судским поступцима? Чини се да одговор лежи у дејству правноснажности. Докле год негативни акти у управном поступку не могу стећи својство материјалне правноснажности, могуће се користити фикцијом. У судским поступцима би употреба било какве фикције била погубна и доприносила би настанку правне несигурности. Исто тако, право, као друштвени и научни феномен, када нешто претпоставља или фингира, дејство фингираног или претпостављеног настаје *ipso lege*. У управном поступку чак и фингирање управног акта негативне садржине не би произвело никакве посљедице, док је у случају фингирања акта позитивне садржине дијаметрално супротно. Ипак, у судске поступке би требало да се уграде процесне одредбе на основу којих би учесник у поступку могао у оправданом случају поступак убрзати. Ипак, то средство би било чисто процесне природе и не би испуњавало услове из категорије „правних лијекова“. Сличне одредбе о обраћању руководиоцу судске администрације и регулаторно-контролном правосудном органу већ постоје, али се оне чине неефикасним.

Режим правних лијекова у управном поступку је другачије конципиран у односу на грађански и кривични судски поступак. Лепеза ванредних правних лијекова, дакле, оних којим се управни акт може нападати чак и након наступања правноснажности, је знатно шира. Држава је на овај начин за себе ипак задржала право да у случају настанка опасности по јавни

³⁷ У току управног поступка предузимају се различите процесне радње. Међу њима, у посебну групу, могу да се издвоје оне које омогућавају општење учесника у поступку - Драган Милков и Ратко Радошевић, „Обавештавање у управном поступку“, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, уред. Слободан Орловић (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2017), 1208; Тако се под „доношењем“ ваља сматрати „издавање“ акта које обухвата сам чин доношења (увођења акта у постојање), али и достављања адресату (обавјештавање).

интерес, преко својих управних органа, интервенише у погледу својих издатих управних аката, макар они били и правноснажни. У судским поступцима вандредни правни лијекови су рестриктивније постављени, ужи је круг субјеката који се њима могу служити, а и рестриктивнији су разлози за њихову употребу. Да ли то значи да је управни поступак једноставнији? Не, то значи да је јавни интерес флексибилнија категорија, па је законодавац морао држави морао оставити шире подручје за дјеловање.

3. ТРЕТИРАЊЕ ЋУТАЊА УПРАВЕ У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ

Правни поредак као укупност свих правних регула једне земље ћутању управе признаје, у принципу, три различита значења. Пресумптивна правила су редовно утемељена на искуству, на ономе што се најчешће догађа³⁸, па се у првом и другом случају ради о фикцији комбинованој с претпоставком, јер правни поредак у случају непостојања одређене чињенице мора прибојећи свијету претпоставки и фикција како би се пројектовало нешто што не постоји, а опет што би имало своју правну тежину и значај.

Прво, најчешће, а и у законодавству Босне и Херцеговине прихваћено, јесте оно које ћутање изједначава с фингираним управни актом претпостављене негативне садржине. Друго пак таквом акту претпоставља позитивну садржину, док је треће значење новина у шравним порецима земаља у окружењу и ћутању се придаје значај процесноправног карактера. У трећем случају управно процесно законодавство не фингира постојање акта, нити претпоставља његову садржину, већ протек рока за издавање управног акта представља један особен разлог за улагање правног лијека – жалбе у управном поступку, односно разлог за иницирање управносудског поступка контроле рада администрације.³⁹

Суштински, управно процесно право приликом регулисања иниститута заштите од ћутања управе полази од претпоставке да се један од модела постави као главни, док се у појединим друштвеним областима правне регулације уводе одступања кроз нормирање посебних административних процедура којима се ћутању управе може придати различит значај. Сходно томе, не постоје правни системи који у стопостотном проценту своју регулативу заснивају искључиво на једном од понуђена три модела.

³⁸ Михајло Дика, „Законске предмњеве – прилог учења о виртуелности правне стварности“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Дионис Јурић (Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2014), 12.

³⁹ Kars J. de Graaf, Nicole G. Hoogstra, and Albert T. Marseille, „Remedies Against Administrative Silence in the Netherlands“, у *The Sound of Silence of in European Administrative Law*, уред. Dacian C. Dragos, Polonca Kovač и Hanna D. Tolsma (Groningen: University of Groningen, 2020), 187.

3.1. Фикција акта с негативном претпоставком

Овај приступ полази од претпоставке да је захтјев странке у целости одбијен. Стога се овај модел назива и моделом „негативне фикције“ или „негативна претпоставка“. Странци се не признаје ништа, али се отвара могућност улагања правних лекова против таквог негативно претпостављеног управног акта. Дакле, акт правно постоји, његово постојање се фингира, а да ли он постоји или не од значаја је за законско регулисање рада другостепеног органа поводом управне жалбе, односно за поступање суда у управном спору.

Негативна претпоставка, по нашем мишљењу, установљена је превасходно у циљу заштите јавног интереса, односно заштите објективне законитости⁴⁰, мада постоји могућност дјеловања у негативном тренду - озакоњење нерада управе.⁴¹ Традиционални ефекат ћутања управе у многим европским административним системима је фиктивно одбијање, односно „негативна тишина“. Понекад је такво одбијање уистину негативна одлука на захтев, иако (дјеловање) функција (Француска, Шпанија), док је у другим случајевима то нечињење (Њемачка, Грчка, Холандија).⁴² На моделу негативне фикције почива цјелокупан систем правне заштите у вези са „ћутањем управе“ у Босни и Херцеговини и Републици Словенији. Систем правне заштите странака од ћутања управе примјеном негативне фикције створен је и развијен у француском правном систему још чланом 7 Декрета од 2.11.1864. године.⁴³ Овакав модел легализује ћутање управе, али уједно и обезбеђује правну заштиту странке.⁴⁴

Дакле, ћутање управе се редовно (примарно) квалификује као одбијање захтева странке. На овај начин законодавац уводи као правило непромјењивост правне ситуације странке. Искључиво је у јавном интересу одржавање тзв. *status quo ante*, јер се кроз непризнавање права у случају ћутања

⁴⁰ Чини се, ипак, само парцијално, јер да би се заштитио материјалноправни аспект начела законитости, у случају ћутања управе се нужно крши његов формалноправни аспект. Начело законитости у раду управе је интегрално и састоји се од двије димензије, материјалноправне и формалноправне. Дакле, законодавац на овај начин само условно штити законитост.

⁴¹ Овај принцип је „управноцентричан“, док је принцип позитивне претпоставке „индивидуално интересно оријентисан“, в. Mirlinda Batalli, „Consequences of Administrative Silence in Public Administration“, у *SEER Journal for Labour and Social Affairs in Eastern Europe*, уред. Béla Galgóczi, Calvin Allen (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2017), 145.

⁴² Osvald Jansen, *Silence of Administration* (Maastricht: Faculty of law Maastricht University, 2015), 18.

⁴³ Марко Шикић, „Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе“, у *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, уред. Арсен Бачић (Сплит: Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, 2008), 160.

⁴⁴ Јелена Лепетић, „Ћутање управе“ са посебним освртом на спор пуне јурисдикције“, (*мастер рад*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007), 8. Више се штити правна сигурност, а релативизује правна заштита странке (прим. аут.).

управе држава једина ослобађа обавезе да реализује потенцијално затражено право, при чему њено (оправдано или неоправдано) непоступање у суштини нема никакве санкције. У таквим ситуацијама највише трпе приватни интереси странака, који се врло често како смо то раније нагласили поклапају с јавним интересом. Негативна претпоставка је заправо „брана“ која на неки начин спречава да нешто што је с материјалноправног аспекта незаконито уђе у правни поредак, те да неко на основу таквог нечега неоправдано стекне одређено право. Међутим, оваквим законодавчевим ставом се отвара пут развијању негативне појаве, а то је „озакоњење нефикасности у раду администрације“. Овдје је битан психолошки моменат, јер администрација у оваквој ситуацији полази од претпоставке да њено непоступање неће довести до негативних посљедица по њу саму, док се с друге стране странке излажу додатним непотребним трошковима, шиканирању и уопште се у друштву јавља негативан став по питању рада управе, односно губи се повјерење у институције власти. Стога је, по нашем мишљењу, неопходно постићи баланс приликом дефинисања поступања у случајевима ћутања управе.

Код негативне претпоставке фингира се постојање акта (иако акта заправо нема),⁴⁵ а неоторива је законска претпоставка да је такав акт негативне садржине.⁴⁶ Из овакве формулације произилази се не мијења ни у ком сегменту правна позиција странке. Протеком рока за рјешавање, код позитивне претпоставке (о чему ће више ријечи бити доцније), странка „стиче“ право испуњавала услове или не, док код негативне претпоставке чињеница протекла рока изједначава се са одбијањем тражења. Иво Крбек под негативним управним актом подразумева оне акте којима се одлучује да се неће никаква промјена извршити у постојећем стању (овдје мисли на изричито одбијање захтјева странке), као и ситуације када се орган држи посве пасивно и ћутећи прелази преко захтева странке (не даје никакав одговор).⁴⁷ Негативна претпоставка има значај суштинског рјешавања управне ствар, дакле, фингира се управни акт негативне садржине кроз формулацију да „ће се сматрати да је захтјев странке одбијен“, па је жалба *sticto sensu* изјављује против „негативног одлучења“. Сходно томе, двостепеност управног поступка као једно од основних начела може бити значајно угрожено. Иако се странци оставља могућност улагања правног лијека, поступак ће се ипак окончати само у једном степену (пред другостепеним органом), јер је он дужан да приликом рјешавања такве жалбе размотри и „негативни управни акт“. На овај начин отвара се могућност

⁴⁵ Узима се да одређена чињеница постоји иако је у стварности нема.

⁴⁶ Негативни управни акти су они акти којима се не доносе никакве промене, остаје *status quo*.

⁴⁷ Иво Крбек, „Управни акт“, 32.

заштите материјалног права странке (под претпоставкаом да је захтјев био основан), док процесно право на рјешавање у два степена странке остаје незадовољено.⁴⁸ У оваквој ситуацији најмање једна организација остаје несанкционисана - држава. При том санкцију не треба посматрати преуско, из позиције да ли је неко од управника кажњен за „непоступање“ или „претјерано дуго поступање“, већ на начин да је правни поредак сам себе санкционисао признавањем чак и нечег што није било могуће, јер је држава пропустила да поступи и такву немогућност ауторитативно да уреди.

Надаље, протеком рокова и позиција странке се готово извјесно погоршава. Из тог разлога често по истеку рока за рјешавање управне ствари, странка неће имати више интереса за даљњим поступањем органа управе, јер динамика живота ипак инсистира да се неке чињенице дешавају у констелацији с другима, па је сасвим оправдано да поједина права долазе „прекасно“. Вријеме као фактор (често) негативно утиче на постојећи правни статус странке.⁴⁹ Закључно, кроз дјеловање више управне власти, односно управносудске власти, може се у примјени овог модела у потпуности легализовати недопуштено деловање управе на начин да се управна жалба, односно управносудска тужба одбије као неоснована, јер се на такав потез виша управна/управносудска власт може одлучити само уколико би цијенила законитост фиктивног негативног акта. Овдје се, дакле, непоступање у потпуности „легализује“ и допушта (јер би се поистоветило изричито одбијање и чињеница „ћутања“ у смислу одбијања), што је недопустиво,⁵⁰ па би макар једно питање остало нерасправљено, на коме лежи и у чему се огледа одговорност за „непоступање“?. Управни органи би се често у описаним ситуацијама одлучивали да простим „ћутањем“ одбијају захтјеве странака, те да на тај начин пребацују терет одговорности и непоступања на вишу управну власт, односно на судове.⁵¹

⁴⁸ Видјети: Томић Зоран, Вера Бачић, *Коментар Закона о општем управном поступку* (Београд: Службени лист, 1986), 274.

⁴⁹ Мирјана Рађеновић, „Нерјешавање у управним стварима“, (*докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 1994), 79.

⁵⁰ Видјети Стеван Лилић, „Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима и реформа јавне управе“, Електронски зборник радова „Развој јане управе“, (Вуковар: Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, 2013), <http://www.slilic.com/01%20VUKOVAR%20SLilic%20ZUS%20i%20ZUP%20i%20Reforma%20Javne%20Uprave%20TEXT%20%20feb%202013.pdf>, приступљено: 16.06.2019.

⁵¹ Редовне или специјализоване. *О принципима организовања управносудске контроле, опширније видјети* Иво Борковић, „Контрола управе путем редовних судова (тзв. англо-амерички систем контроле)“, у *Хрестоматија управног права*, уред. Иван Копрић (Загреб: Друштвено велеучилиште у Загребу, 2003). *Такође упор.* Вук Цуцић, *Управни спор пуне јурисдикције - Модели и врсте* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2016).

3.2. Фикција акта с позитивном претпоставком

Фикција акта с позитивном претпоставком подразумијева да се ћутање управе изједначава с тим да је управа ријешила управну ствар у корист странке, односно да је донијела онакав акт какав је странка захтјевала. У погледу обима, сматра се да су то сви захтјеви које је странка истакла, односно да је ствар у цјелости повољно ријешена по странку. Овај модел назива се такође и моделом „позитивне фикције“, јер се фингира да акт постоји иако га стварно нема, а његова садржина је конститутивна.⁵² Мишљења смо да ће се у овом случају удовољеним сматрати само они захтјеви за које је орган стварно надлежан (не и мјесно), па ако странка код оваквог уређења поднесе захтјев који је, рецимо, из надлежности другог органа управне власти, удовољење путем позитивне фикције неће имати ефекта. Дакле, потребно је да о ствари „ћути“ онај орган управне власти у чијој је стварној надлежности рјешавање те управне ствари. Позитивна претпоставка је прихваћена у Чилеу (члан 64 *Law 1980 on Administrative Procedure*), у Еквадору (члан 28 *State Modernization Law*) и Перуу (члан 33 *Law of the Administrative Procedure*).⁵³

У погледу момента од којег се одређено право „ћутањем“ признаје може се рећи да правна посљедица „ћутања“ настаје моментом истека законом прописаног рока за рјешавање. Посљедица наступа *ipso lege*, па би нека даљња (евентуална) интервенција органа у овом случају (нпр. издавање неког акта) била просто деклараторне природе. Оваквим нормирањем јасно се даје примат заштити начела законитости (нарочито) његовог формалноправног аспекта, али се уједно и санкционише неефикасна управа.

Поред заштите овог начела, доминира и заштита индивидуалних интереса адресата, јер је државни орган дужан засновати управно-правни однос⁵⁴ када наступе одређене конкретне чињенице и правне околности.⁵⁵ Странка је заштићена утолико што, ако би истекао рок за рјешавање, она не би више морала да дјелује у циљу остваривања свог права. За њу би то

⁵² Марко Шикић, „Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе“, 153.

⁵³ Allan R. Brewer-Carías, *Administrative law in Venezuela-Third Edition* (Caracas/New York: Editorial Jurídica Venezolana, 2021), 159.

⁵⁴ Управни уговор представља новину у управном процесном законодавству Србије према ЗоУП-у из 2016. године. Управни однос се у правилу заснива доношењем управног акта, али се може конституисати и управним уговором као новим инструментом регулисања управних односа, *видјети* Catalin-Silviu Sararu, „The Interpretation of Administrative Contracts“, *Juridical Tribune*, 4 (2014): 153-156. Управни уговори су занимљиви са два аспекта. Прво, предмет таквих уговора је атипичан у односу на класичне уговоре грађанског и привредног права, а друго, методологија његовог закључивања прилично одступа од ових првих, јер су начела облигационог права значајно ограничена (слобода уговарања, еквивалентности престација и сл.).

⁵⁵ Зенаид Белмо, *Управно право и Европско управно право* (Сарајево: Факултет за јавну управу, 2007), 232.

значило предупредјење дуготрајних другостепених управних и управносудских поступака. Супротно гледано, у интересу управе је да буде активна, јер ће у противном терет одговорности пасти на њу зато што није издала акт било какве садржине (дакле, овакво поступање може се косити са јавним интересом за чију заштиту је одговоран орган јавне управе).⁵⁶ Овим се доприноси јачању дисциплине у раду органа управне власти. Управна власт се на неки начин „приморава“ да буде активна и да дјелује.

Поред ових „позитивних“ аспеката законодавац, а нарочито законописац мора водити рачуна и о другим, негативним аспектима. Ово се пре свега тиче ситуација када странка истакне крајње неоснован захтјев, па с обзиром да посљедице настају *ipso lege*, може се доћи до ситуације да се појединцу призна нешто што му уопште не припада. Уколико се поступак не спроведе, не можемо говорити о мериторној оцјени јер се *meritum* тумачи као „заслуга.“ Код фикције признавања права, односно правног интереса мериторна оцјена је по дефиницији одсутна.⁵⁷ Дакле, на овај начин нешто што је незаконито (неделовање) за посљедицу може имати другу незаконитост. Међутим, *de lege ferenda* би се могло у том случају предвидити законско рјешење да се систем редовних и ванредних правних лијекова према ЗУП-у прошири и прилагоди на начин да се у таквим ситуацијама прошири круг органа који би могли интервенисати против таквих имплицитних управних аката и то у роковима који би били оптимални (рецимо правобранилаштва или тужилаштва), с тим да таква средства буду усмјерена искључиво на преиспитивање, односно контролу постојећег чињеничног стања (да се утврди да ли су чињенице лажиране, да ли је било злоупотреба, да ли су поједине околности резултат кривичног дјела и сл.). Све ово, јер, при оваквом поимању ћутања управе трпи и начело материјалне истине, јер како акта нема, не може се цијенити његова чињенична подлога.

Фикција с позитивном претпоставком је специфична у односу на „негативну фикцију“ и с аспекта претходно описане материјалне правноснажности. У претходно описаном случају, ћутање има значај негативног акта, али оно у себи не може садржавати материјалну правноснажност, јер како смо раније навели, негативни управни акти имају само формалноправну правноснажност. Код позитивне фикције је другачије, оно је мериторног карактера и такво ћутање би по правилу могло бити окарактерисано као „правноснажно“. Странка би непоступањем управне власти стицала право и протек рока за рјешавање би била директна санкција за власт, јер би

⁵⁶ Немања Томић, „Ћутање управе у Републици Србији, са посебним освртом на земље региона“, (*мастер рад*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2019), 13.

⁵⁷ Полонца Ковач, „Ћутање управе између заштите права странака и јавног интереса“, *Правни живот*, 60, 10 (2011): 284.

се одлучивање с управне власти пребацило на прости протек времена. А која је већа санкција за државну власт, него да јој се одузме право њеног вршења? Сходно томе, протек рока за издавање акта код негативне фикције има другачији значај у односу на позитивну. Наиме, у потоњем случају, рок за поступање по захтјеву странке је преклузивног карактера, његовим протеком орган управе губи било какво право да накнадно расправља о постављеном захтјеву (што би било могуће само изузетно, и то у ограниченом броју случајева, наравно, уз интервенцију других државних органа, како смо предложили у пасусу изнад), док у случају негативне фикције тај рок је инструктивног карактера, јер његовим протеком орган управе се не ослобађа обавезе да изда управни акт. Управо та преклузија би представљала директну санкцију невршења власти.

Надаље, позитивна фикција доводи до искључења могућности коришћења правних средстава од стране тражиоца акта, што је и логично, јер се захтјев сматра удовољеним, па нема правног интереса за даљњим поступањем. Странка која је захтјевала рјешавање неће доцније имати никакву жалбену легитимацију и таква жалба ће бити одбачена из процесних разлога. Међутим, правну заштиту могу користити лица која „би њезином примјеном била угрожена.“⁵⁸ Како су то лица која иначе имају право учествовати у поступку ради заштите својих правних интереса, ово се односи на трећа, односно тзв. заинтересована лица. Законодавац би у овом случају морао уважити околност да се такво, како смо навели, „мериторно ћутање“, може оспорити од стране таквих лица, па би се у таквом законском рјешењу требао измијенити и режим редовних правних лијекова, гдје би се такве управне ствари подвргле могућности њиховог излагања контроли од стране тих лица у објективним и субјективним роковима који би били нешто дужи, али ипак разумни и који би се рачунали од момента фингирања издавања управног акта. Такве жалбе, по нашем мишљењу, не би у сваком случају смјеле имати суспензивно дејство, а сваки вид обештећења би се могао захтјевати судским путем, кроз институт накнаде штете.

Стога, законодавац треба да буде изузетно обазрив и да деликатно, и до танчина извага степен ангажованости појединих интереса приликом уређивања позитивне фикције, а што укључује покушај „предвиђања“ што је могуће већег броја потенцијалних животних ситуација које треба да буду уређене тим правним нормама.⁵⁹ Примјер позитивне фикције може се нпр.

⁵⁸ Велимир Иванчевић, „Правна заштита грађана код шутње администрације“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 4 (1954): 418.

⁵⁹ За *опширније*, уоп. Anthony Gordon, „Administrative Silence – United Kingdom“, у *Comparative Law of Administrative Procedure*, уред. Jean Bernard-Auby, Thomas Perroud (Brussels: Bruylant, 2016).

наћи у Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре⁶⁰ гдје у члану 19. стоји да „ако регистратор не одлучи о пријави у роковима из чл. 15. овог закона, сматраће се да је пријава усвојена, о чему доноси решење и тражену регистрацију, без одлагања, спроводи у регистар...“ Овај модел „ћутања управе“ када му се се признаје „позитиван ефекат“ познат је и као тзв. систем пријаве.⁶¹

4. ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ПРЕПРЕКЕ КОД ОСТВАРИВАЊА ПОЗИТИВНЕ ФИКЦИЈЕ И ПОЈЕДИНИ ПРИЈЕДЛОЗИ ПРАВНО-ТЕХНИЧКИХ РЈЕШЕЊА

Као и сваки други правни институт и овај има своје потенцијалне недостатке и препреке у примјени. Пракса је пак с друге стране ту да ревносно прати и отклања све те уочене недостатке, па ћемо на овом мјесту истаћи по нашем мишљењу пар најбитнијих, те покушати предложити потенцијално правно рјешење.

Први проблем који се потенцијално уочава огледа се у самом чину „фингирања“ постојања акта. Фикција обухвата перципирање да одређена ствар постоји, иако је заиста у стварности нема. Тако се овдје акт као материјални доказ о постојању права не налази у рукама странке, па сходно томе непосредног доказа о постојању права и нема, те се адресат норме не може легитимисати према осталим лицима као титулар права (нпр. странци се признаје неки статус међутим, осим потврде о предаји поднеска/ захтјева за признавање статуса она нема ништа друго).⁶² У суштини ради се о правнотехничким недостацима ове концепције, те се треба пронаћи модус превазилажења овог проблема. Међутим, проблем би се могао превазићи на неколико начина. Први би се огледао у томе што би странка након протекла рока имала могућност да од стране надлежног органа издејствује адекватну потвду, нарочито имајући у виду чињеницу да су органи дужни водити одговарајуће евиденције о предметима, као и о њиховом кретању. Потвде се издају на усмени захтјев странке, те се у поступцима њиховог издавања уопште не подноси посебан захтјев. То су радње које органи управе обављају „у једном даху“, па странка у том случају не би имала додатних потешкоћа. Што се тиче потврде правноснажности као обавезног елемента како би се евентуално касније могао покренути

⁶⁰ Службени гласник Републике Србије, бр. 99/2011 и 83/2014.

⁶¹ Предраг Димитријевић, „Одговорност управе за нечињење, са посебним освртом на ‘ћутање управе‘“, (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 1996), 123.

⁶² Странка у оваквим случајевима треба да затражи издавање какве потврде, односно деклараторног акта.

управни извршни поступак, или судски извршни поступак, ситуација би се могла ријешити на идентичан начин, јер је и потврда правноснажности у суштини увјерење којим се потврђује одређена чињеница. Други начин превазиласка овог проблема могао би се пронаћи у адекватној употреби информационах технологија. Дакле, требало би у пракси развити такав апликативни софтвер који би у одређеним категоријама управних ствари, након евиденције пријема захтјева, пратио стање рјешавања предмета, те који би у случају протекла рока аутоматски странку евидентирао као титулара права, односно искључио било какво даље поступање по том предмету (наравно у информатичком смислу). Уколико би пак странци требала потврда да је право заиста остварено, а таква јој је потврда потребна да би се легитимисала код другог управног или судског органа, странка би се могла позвати на тзв. „прибављање доказа по службеној дужности“, гдје би орган код којег се предузима доцнија радња требао обратити органу који је „ћутао“ како би утврдио ту чињеницу. Још би лакше било када би се успоставио централизовани информатички систем путем којег би све информације (наравно у различитом обиму) биле доступне свим органима у систему јавне управе земље. Наравно, ово укључује и међусобну размјену података на међуентитетском нивоу, када је у питању Босна и Херцеговина. С друге стране, као што је раније наведено, било какво поступање органа управе након протекла рока било би или деклараторне природе, а уколико би акт био конститутивног карактера, такав акт би био или апослутно ништаван или релативно ништаван, јер преклузивност рока у погледу органа штити имплицитни акт.

Други проблем огледа се у режиму коришћења правних лијекова, јер правни акт није издат. С обзиром да је акт позитиван по странку, против овог имплицитног управног акта право жалбе странке би било у цјелости искључено, јер се нема разлога по жалби странке одлучивати уколико је њеном захтјеву удувољено. Ту би законодавац морао водити рачуна да ли се ради о једностраначким управним стварима или не. Уколико би биле у питању једностраначке управне ствари, правноснажност би наступала моментално, протеклом рока, право би се сматрало дефинитивним. У погледу обима и облика права примјењивао би закон гдје би се апстрактна правна норма логичким операцима попунила одговарајућим подацима о идентификацији странке. Уколико би пак захтјев странке био непрецизно формулисан примат би се дао законском тексту.

С друге стране, уколико би се радило о двостраначким или вишестраначким управним стварима, под претпоставком да се ради о позитивној фикцији, правноснажност акта би могла настати тек протеклом објективних

рокова за улагање правног лијека од стране заинтересованих лица. Тај рок не би смио бити дужи од три мјесеца, с тим да у оквиру њега тече субјективни рок. Органи би по службеној дужности у тим ситуацијама требали водити рачуна да по протеку рока за рјешавање обавијесте и евентуално заинтересована лица. Логично, тај објективни рок за улагање правног лијека настављао би се на рок за рјешавање који је претходно протекао.

Трећи проблем би могло представљати „третирање таквог имплицитног управног акта“ од стране више управне власти. Другостепени орган би га по жалби требао третирати као било који други управни акт, заправо у тој ситуацији уопште се не би примјењивале одредбе које се односе на ћутање управе (по правилима негативне претпоставке), већ би се такав акт преиспитивао искључиво по жалби заинтересованог лица или државног органа који у границама својих надлежности штити јавни интерес, и то у редовном жалбеном поступку. Сходно томе, изрека одлуке другостепеног органа управне власти би могла бити мериторно-процесног карактера, а враћање акта (фактички ћутања) на поновно одлучивање (и потенцијално поновно ћутање) било би могуће уколико се заинтересованом лицу није омогућило учешће у тавком поступку, а на то је имало право. Заинтересовано лице (државни орган) своју позицију, у садржинском смислу, би могло штити само у границама указивања на постојање другачијег чињеничног стања од оног које је наведено у захтјеву (јер се мора оставити механизам за „исправљање очите неправде“). Дакле, законодавац би приликом прилагођавања режима редовних правних лијекова у управном поступку требао водити рачуна о свим наведеним правно-техничким условима. Интервенција на преуређивању редовних правних лијекова захтјева респектабилну интервенцију и на пољу ванредних правних лијекова (нарочито, ванредни правни лијек „понављање управног поступка“).

Напосљетку, проблеми би могли настати и код дискреционих управних аката, јер би се протеком рока за рјешавање управна власт искључивала од коришћења великог спектра својих овлашћења. Става смо да би законодавац у овим случајевима позитивну фикцију требало да у потпуности искључи или да ју призна само у неким изузетни рестриктивним случајевима, уважавајући осјетљивост питања које се додјељује управи у дискрециону власт. Дакле, законско рјешење би могло да гласи „начелно <не> уз могућност дефинисања изузетака.“ Иако су појмови законитости (легалности) и опортуности (цјелисходности) „опречни“⁶³, сматрамо да је могуће, понекад и пожељно неактивну управу санкционисати „раз-

⁶³ Иво Крбек, *Дискрециона оцјена* (Загреб: Југославенска академија знаности и умјетности, 1937), 187.

влашћењем“ и на тлу опортунитета – ћутим, дакле, пристајем, па зашто да не, и сматрам за опортуно.

Сасвим логично, ово ће бити могуће када се оцјена сврсисходности креће искључиво у двије потенцијалне могућности (*pro et contra*). Тада би ћутање могло имати за посљедицу могућност „за“, тј. удовољење захтјеву. Када управа има на располагању више од двије варијанте, онда се у том случају не може примијенити овај режим.

5. ЗАКЉУЧАК

Законодавац ћутању управе, као што смо виједли у рецима који претходе, може дати различито значење. Имајући у виду динамику живота и друштвених односа који се из дана у дан све више усложњавају и убрзавају, у тим околностима вријеме игра пресудну улогу. Кретање капитала, људи и робе не препознају државне границе и немају осјећај за вријеме, међутим, о томе треба да води рачуна држава, тј. њена управна власт. Готово увијек ти процеси су ограничени, или макар условљени, радом управних органа. Данас се не може замислити да неко или нешто уђе неопажено на територију једне државе, у тим околностима држава спроводи значајне поступке контроле, даје ауторизацију одређених права, те омогућава конзумирање тих права даље у правном и пословном промету. Остваривање свих других права зависи од активне и адекватне улоге управне власти, јер узрочнопосљедично, једно право условљава друго.

Но нажалост управа понекад и не буде на висини задатка који се од ње очекује.⁶⁴ Те околности некада могу бити оправдавајуће, некада не. Међутим, имајући у виду да грађани финансирају рад органа управе, при чему се плаћају не тако мали порези, њих не треба да занима, нити њихова права да трпе, усљед немогућности адекватног организовања послова од стране административног огранка власти. Ризик обављања тих послова је на држави стога она треба да сноси одговорност.

Сходно томе, неопходно је редефинисати институт ћутања управе, те увести директну санкцију за неефикасну управу на начин да се она у цјелости „развласти“ уколико протекне рок за њено поступање по принципу „ко ћути тај пристаје“, а да се право странци призна у цјелости. Наравно, законодавац би ово требало да размотри по сљедећој формули: у општем управном процесном закону дефинисати да се у једностраначким стварима има сматрати да је захтјеву странке удовољено уколико протекне законски

⁶⁴ Често као и посљедица класичне „злоупотребе власти“, упор. Jean-Marie Auby, „The Abuse of Power in French Administrative Law“, *The American Journal of Comparative Law*, 18 (1970): 549.

рок рјешавања; користећи бенефите посебних управних процедура предвидјети када оно (ћутање) нема такав значај. Често су све једностраначке управне ствари претежно формалног карактера, тј. „чека се проста потврда“ органа власти кроз његово поуступање. Што се тиче двостраначких и вишестраначких ствари требало би начелно овкавку могућност дозволити кроз дефинисање појединих категорија ових управних ствари у којима би то било могуће.

Ово пак не значи потпуно укидање негативне фикције из правног поретка, већ се ради о заокрету интересне политике коју право овим ниститутотом штити у свјетлу владајућих друштвених токова. Логично је да се ни један ни други приступ неће примјењивати апсолутно, али постоји простор да се у значајној категорији управних ствари на једном вишем, начелном, нивоу ствари другачије поставе. Наравно, законодавац ће увијек водити рачуна да ли је шта у државном интересу, па ће кроз изузетке бити у могућности да одржава интересни баланс. Међутим, чињеница је да се кроз позитивну претпоставку подилази интересима странака, али се уједно на тај начин санкционише и власт по принципу – ако си сматрао другачије, што ниси поступио? Позиција управе се и овдје може побољшати кроз остављање дужих рокова за рјешавање управне ствари, па се на тај начин може уравнотежити, тј. ублажити санкција „развлашћења“ на начин што ће се у појединим категоријама управних ствари остављати другачији рокови рјешавања, у правилу дужи ако је ствар сложенија. Изузетно је незахвална позиција за законодавца да одреди један универзални општи управно-процесни рок за рјешавање управних ствари који ће савршено одговорати свим претпостављеним животним ситуацијама. Дакле, законодавац треба да у пројекцији неке будуће регулативе у области управног процесног права води рачуна да се притисак с управне власти у том дијелу умањи, тј. оставити управи разуман рок за поступање, али након протјека таквог рока одузети јој право на рјешавање.

Развлашћена управа је она која не одлучује, услед протјека рока она губи право на одлучивање, тако да ћутање управе у значају позитивног акта има карактер директне санкције за власт. Казна која би се изрекла одговорном лицу је само индиректна и не погађа власт. С тим у вези, да би се држава подстакла на поштовање властитих норми и правила и она мора сносити дио одговорности, додуше, она не мора бити кривична, ни грађанска, али може бити „управна“, јер правила једнако вриједе за све.

Свака норма има повратно дејство, обавезује како донсиоца, тако и лице на које се односи. На крају може сасвим основано закључити да нема веће санкције за власт од „развлашћења“.

ЛИТЕРАТУРА:

- Auby, Jean Marie. „The Abuse of Power in French Administrative Law“, *The American Journal of Comparative Law*, 18 (1970): 549-564.
- Barnett, Hilaire. *Constitutional and Administrative law, fourth edition*. Sydney-London: Chavendish Publishing Limited, 2002.
- Batalli, Mirlinda. „Consequences of Administrative Silence in Public Administration“, у *SEER journal for labour and social affairs in Eastern Europe*, уред. Béla Galgóczi, Calvin Allen, 139-152. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2017.
- Brewer-Carías, R. Allan. *Administrative law in Venezuela, third edition*. Caracas-New York: Editorial Jurídica Venezolana, 2021.
- Ceslea, Nicolae-Alexandru. „The Communication of Administrative Decisions and the Course of Time Limits for Challenging them. Comparative law Solutions and Perspectives of Evolution in Roman law“, *Juridical Tribune*, 11 (2021): 96-111.
- Craig, Paul. *Administrative Law, ninth edition*. London: Thomson Reuters tr. as Sweet & Maxwell, 2021.
- De Graaf, J. Kars, Nicole G. Hoogstra and Albert T. Marseille. „Remedies Against Administrative Silence in the Netherlands“, у *The Sound of Silence of in European Administrative Law*, уред. Dacian C. Dragos, Polonca Kovač и Hanna D. Tolsma, 179-212. Groningen: University of Groningen, 2020.
- Fox, William F. *Understanding Administrative law, fourth edition*. New York: Lexis Nexis, 2000.
- Gordon, Anthony. „Administrative Silence – United Kingdom“, у *Comparative law of Administrative Procedure*, уред. Jean Bernard-Auby, Thomas Perroud, 713-726. Brussels: Bruylant, 2016.
- Jansen, Osvald. *Silence of Administration*. Masstricht: Faculty of law Masstricht University, 2015.
- Jurkowska-Gomułka, Agata, Kamilla Kurczewska and Kataryzna Kurzępa-Dedo. „Understanding Administrative Silence: A View of Public Officers from the Subcarpathia“, у *Public Administration Issues*, 433-457. Moscow: National Research University, High School of Economics, 2020.
- Lehner, Peter. „Judicial Review of Administrative Inaction“, *Columbia Law Review*, 3 (1983): 627-689.
- Matei, Ani, Răzvan Băieșiu. „Good Administration and Performance of Local Public Administration“, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 109 (2014): 684-687.
- Matei, Ani, Lucica Matei. „Administrative Convergence in some Balkan States. A Socio-Empirical Study“, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 62 (2012): 1061-1065.
- Mendez-Pinedo, Elvira. „The Principle of Effectiveness of EU law: a Difficult Concept in Legal Scholarship“, *Juridical Tribune*, 11 (2021): 5-29.
- Nastasi, Liz, Deborah Pressman, John Swaigen. *Administrative law: Principles and advocacy, fourth edition*. Toronto: Emond Montgomery Publications, 2020.

- Ponce, Juli. „Good Administration and Administrative Procedures”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12 (2005): 555-559.
- Roehl, Ulrik B.U. „Automated Decision-Making and Good Administration: Views from Inside the Government Machinery“, *Government Information Quarterly*, 4, 40 (2023): 1-15.
- Sararu, Catalin-Silviu. „The Interpretation of Administrative Contracts“, *Juridical Tribune*, 4 (2014): 153-156.
- Scherbanyuk, Oksana, Vitalii Gordieiev and Laura Bzova. „Legal Nature of the Principle of Legal Certainty as a Component Element of the Rule of Law“, *Juridical Tribune*, 13 (2023): 21-31.
- Upadhyaya, J. J. R. *Administrative law*. Parayagraj: Central Law Agency, 2020.
- Von Danwitz, Thomas. „Good Governance in the Hands of Judiciary: Lessons from the European Example“, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 1, 13 (2010): 2-25.
- Борковић, Иво. „Контрола управе путем редовних судова (тзв. англо-амерички систем контроле)“, у *Хрестоматија управног права*, уред. Иван Копрић, 279-292. Загреб: Друштвено veleучилиште у Загребу, 2003.
- Дика, Михајло, Александра Маганић. „Нацрт приједлога закона о изванпарничном поступку – нека изабрана питања“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Далида Ритоса, 205-223. Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2023.
- Дика, Михајло. „Законске предмјеве – прилог учења о виртуелности правне стварности“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Дионис Јурић, 1-60. Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2014.
- Димитријевић, Предраг. „Одговорност управе за нечињење, са посебним освртом на «ћутање» управе“, *докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Београду, 1996.
- Дмичић, Миле. „Модернизација, професионализам и усавршавање локалне самоуправе у систему уставних промјена у БиХ“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 37-59.
- Иванчевић, Велимир. „Правна заштита грађана код шутње администрације“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 4 (1954): 414-444.
- Ковач, Полонца. „Ћутање управе између заштите права странака и јавног интереса“, *Правни живот*, 60, 10 (2011): 279-289.
- Крбек, Иво. „Управни акт“, у *Хрестоматија управног права*, уред. Иван Копрић, 3-142. Загреб: Друштвено veleучилиште у Загребу, 2003.
- Крбек, Иво. *Дискрециона оцјена*. Загреб: Југославенска академија знаности и умјетности, 1937.
- Кунић, Петар. „Циљеви и правци реформе јавне управе у БиХ и РС“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 11-21.
- Лепетић, Јелена. „«Ћутање управе» са посебним освртом на спор пуне јурисдикције“, *мастер рад*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007.

- Лилић, Стеван. „Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима и реформа јавне управе“, *Електронски зборник радова* „Развој јавне управе“ (Вуковар: Велеучилиште „Лавослав Ружичка“, 2013).
- Милков, Драган, Ратко Радошевић. „Обавештавање у управном поступку“, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, уред. Слободан Орловић, 1207-1227. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2017.
- Милков, Драган. „Самосталност управе и независност судова“, у *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, 185-187. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 1981.
- Пилиповић, Дејан. *Уговорна одговорност за нематеријалну штету*. Бања Лука: Графопапир д.о.о., 2014.
- Радоловић, Алдо. „Заштита права на суђење у разумном року – реална могућност, (пре)скупа авантура или утопија“, у *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, уред. Велинка Грозданић, 277-315. Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци, 2008.
- Рађеновић, Мирјана. „Мјесто службеничког права у систему права Републике Српске“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 21-29.
- Рађеновић, Мирјана. „Нерјешавање у управним стварима“, *докторска дисертација*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 1994.
- Рађеновић, Мирјана. *Право општег управног поступка и управног спора*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2016.
- Рачић, Ранка. *Извршно процесно право*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2009.
- Савић, Снежана. „Дискриминација и људска права и слободе“, *Модерна управа – часопис за управно-правну теорију и праксу*, 1 (2008): 59-69.
- Савић, Снежана. *Оцјена уставности и законитости – теорија и пракса*. Бања Лука: ППГД „Комесграфика“ д.о.о., 2015.
- Симовић, Миодраг. *Кривично процесно право – Увод и општи дио, нето издање*. Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2019.
- Томић, Зоран, Вера Бачић. *Коментар Закона о општем управном поступку*. Београд: Службени лист, 1986.
- Томић, Зоран. „Ћутање управе у Србији“, у *Усклађивање пословног права Србије са Правом Европске уније*, уред. Вук Радовић, 221-239. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.
- Томић, Зоран. *Правно, управно, управно – понирања и продирања 2006-2010*. Београд: Службени гласник и Досије студио, 2011.
- Томић, Немања. „Ћутање управе у Републици Србији, са посебним освртом на земље региона“, *мастер рад*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2019.
- Цуцић, Вук. *Управни спор пуне јурисдикције - Модели и врсте*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2016.
- Чизмић, Јозо. *Коментар Закона о парничном поступку, друго измијењено и допуњено издање*. Сарајево: Привредна штампа д.о.о., 2016.

- Шикић, Марко. „Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе“, у *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, уред. Арсен Бачић, 149-174. Сплит: Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, 2008.
<http://www.slilic.com/01%20VUKOVAR%20SLilic%20ZUS%20i%20ZUP%20i%20Reforma%20Javne%20Uprave%20TEXT%20%20feb%202013.pdf>, приступљено 16.06.2019.
- *European Human Rights Law Review – Issue 1*. London: Thomas Reuters tr. as Sweet and Maxwell, 2023.
- Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 18/2016, 95/2018 – аут. тум. и 2/2023 – о. Уставног суда Србије.
- Закон о парничном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 58/2003, 85/2003, 74/2005, 63/2007, 105/2008 – о. Уставног суда Републике Српске, 45/2009 – о. Уставног суда Републике Српске, 49/2009, 61/2013 и 109/2021 – о. Уставног суда Републике Српске.
- Закон о извршном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/2003, 85/2003, 64/2005, 118/2007, 29/2010, 57/2012, 67/2013, 98/2014, 5/2017, 58/2018 и 66/2018.
- Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 99/2011, 83/2014.

FICTION OF A POSITIVE ADMINISTRATIVE ACT AS A SANCTION FOR INEFFICIENT ADMINISTRATION⁶⁵

Nemanja V. Tomić⁶⁶

Municipal Public Prosecutor's Office in Drvar

Abstract: The reader is presented with a paper that deals with the issue of the legislator's understanding of the institution of administrative silence. The aim of the paper is to point out potential shortcomings within the existing legal regulations from a scientific and legal point of view, and to provide de lege ferenda a possible legislative solution, especially bearing in mind the circumstance that the administrative procedural law of all countries, the so-called The Western Balkans rarely changes. At the same time, the author's intention is to point out the importance of making a positive administrative act as a means of sanctioning inefficient administration, and as a means of adequately balancing state (public) and individual (private) interests. Public and private interest are not opposing categories, with the fact that exceeding the private interest can be harmful to the public. The work is also a manifestation of the author's research curiosity on the topic in question, and as such it is the result of reflection, which aims to encourage the professional scientific public, but also individual state bodies, to creativity and research. This paper tries to point out the existence of legal gaps in the institution of administrative silence, as well as the possibility of changing the approach during its revision, with the elimination of observed deficiencies, all with the intention of creating more functional and efficient administrative procedural legislation.

Key words: silence of the administration, positive and negative presumptions, fiction, interest, legal framework reform.

⁶⁵ The work is the result of elaboration of certain segments of the author's master's thesis, entitled "Silence of the administration in the Republic of Serbia, with special reference to the countries of the region", defended at the Faculty of Law of the University of Belgrade.

⁶⁶ Master of law in the narrow administrative scientific field, municipal prosecutor in the Municipal Public Prosecutor's Office in Drvar, e-mail: nemanjatomic93@gmail.com