ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YOUGOSLAVIE)

ЗБОРНИК РАДОВА
RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVI, 1-3, (2002)

УДК 3

НОВИ САД, 2003.

УДК 3 YU ISSN 0550-2179

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YOUGOSLAVIE)

ЗБОРНИК РАДОВА

RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVI, 1 – 3, (2002)

НОВИ САД, 2003.

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3 (2002)
ЗПФНС, Година XXXVI, Нови Сад, бр. 1-3 (2002)

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967-1968), проф. др Милош Стеванов (1969-1973), проф. др Боривоје Пупић (1974-1976), проф. др Милијан Поповић (1977-1983), проф. др Станко Пихлер (1984-1988), проф. др Момчило Грубач (1989-1991), проф. др Јован Мунћан (1992-1997)

За издавача:
Проф. др Душан Николић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник
Проф. др Милијан Поповић

Чланови Уредништва:

Проф. др Милијан Поповић, проф. др Момчило Вукићевић, проф. др Јожеф Салма, проф. др Зоран Арсић, проф. др Предраг Јовановић, проф. др Ljубомирка Кркљуш, проф. др Мило Бошковић, доц. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, мр Сања Ђајић, асистент

Секретар Уредништва
Доц. др Зоран Лончар

Штампа: "Кримел" Будисава
Тираж: 200 примерака

С А Д Р Ж А Ј

Др Павле Јовановић, редовни професор
Успостављање основних претпоставки владавине права током транзиције ка демократији 9

Др Станко Пихлер, редовни професор
Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе 25

Др Миле Врањеш, редовни професор
Пореско право као чинилац заштите људских права и слобода 43

Др Драган Милков, редовни професор
Омбудсман Европске уније 51

Др Милијан Поповић, редовни професор
Регион, регионална држава и регионализам 61

Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правни основи захтева за аутономију Срба у Јужној Угарској у XVIII и XIX веку 71

Др Марија Вучковић-Радовановић, редовни професор
Регионализација и ЕУ
(Са упоредним приказом Устава Белгије као регионалне државе) 93

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Локална самоуправа у предлозима нових уставних решења 105

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Приватизација и стране инвестиције 113

Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Страна улагања 127

Др Фуада Станковић, редовни професор
Пословна етика и одговорност бизниса према друштву 135

Др Момчило Ђ. Вукићевић, редовни професор
Комплементарни елементи легислативних оквира еколошке политике
(Систем еколошких стандарда vis à vis административних мера друштвеног усмеравања животне средине) 141

Др Душан Николић, ванредни професор
Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе 157

Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Тачке везивања за комерцијална правна лица у међународном приватном праву 179

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Мере у области судске сарадње у грађанским стварима УЕЗ и регулатива о надлежности и признању извршења пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба брачна партнера (BRUSSELS II) 197

Др Даница Попов, ванредни професор
Упоредно законодавство о штетама насталим услед прекомерних имисија 221

Др Магдолна Сич, ванредни професор
Начини својинске трансформације и њихов утицај на друштвено раслојавање – римско и данашње искуство 231

Др Иштван Фејеш, ванредни професор
Положај полиције у правној држави – проблем контроле полиције 251

Др Снежана Бркић, доцент
Убрзане процесне форме за флагрантна кривична дела учињена на главном претресу 275

Др Драго Дивљак, доцент
Страна улагања и приватизација 285

Др Раденка Цветић, доцент
Евиденција непокретности 299

Мр Сања Ђајић, асистент
Заштита националних мањина у оквиру Савета Европе: Оквирна конвенција за заштиту националних мањина 315

Драгиша Дракић, асистент-приправник
Кривичноправна заштита права на живот и личну слободу 329

Татјана Лукић, асистент-приправник
Проблематика правичног суђења – међународни стандарди у кривичном процесном праву 341

Александар Мартиновић, асистент-приправник
Стварање модерне државне управе и почеци њеног проучавања у Србији у XIX веку – европске координате – Прилози за историју српског управног права 355

Гордана Дракић, асистент-приправник
Судска власт на подручју Војводине од 1918. до 1919. године. 373

TABLE OF CONTENTS

Pavle Jovanović, Ph. D., Full Professor
Establishing the Basic Assumptions of the Rule of Law During the Transition to Democracy 9

Stanko Pihler, Ph. D., Full Professor
Criminal Law Protection of Human Rights and Freedoms and Its Significance for the Establishment of the Rule of Law 25

Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor
Tax Law as a Factor of Protection of Human Rights and Freedoms 43

Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor
European Union Ombudsman 51

Milijan Popović, Ph. D., Full Professor
Region, Regional State and Regionalism 61

Ljubomirka Krkljuš, Ph. D., Full Professor
The Legal Basis for the Serbian Request for Autonomy in Southern Hungary in the 18th and 19th Centuries 71

Marija Vučković-Radovanović, Ph. D., Full Professor
Regionalization and the EU (With a Comparative Review of the Constitution of Belgium as a Regional State) 93

Aleksandar Đurđev, Ph. D., Full Professor
Local Self-Government in the Proposals for New Constitutional Solutions 105

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Privatization and Foreign Investments 113

Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor
Foreign Investments 127

Fuada Stanković, Ph. D., Full Professor
Business Ethics and the Responsibility of Business Towards Society 135

Momčilo Đ. Vukićević, Ph. D., Full Professor
Complementary Elements of the Legislative Framework of Ecological Policy (The System of Ecological Standards vis à vis the Administrative Measures of Social Directing of the Living Environment) 141

Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor
Property Law Harmonization in the Region of South-East Europe 157

Maja Stanivuković, Ph. D., Associate Professor
Connecting Factors for Corporations in Private International Law 179

Bernadet Bordaš, Ph. D., Associate Professor
Measures in the Area of Judicial Cooperation in Civil Matters Within the European Community Treaty and the EC Regulation on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Marital Affairs and Matters of Parental Responsibility for Children of Both Spouses (BRUSSELS II) 197

Danica Popov, Ph. D., Associate Professor
Comparative Law on the Harms of Excessive Emissions 221

Magdolna Sič, Ph. D., Associate Professor
Means of Property Transformation and the Influence on Social Divisions – The Experiences of Rome and Today 231

Ištvan Feješ, Ph. D., Associate Professor
The Status of Police Within the Rule of Law – The Control of the Police 251

Snežana Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Expeditious Procedures for Crimes Committed during the Trial 275

Drago Divljak, Ph. D., Assistant Professor
Foreign Investments and Privatization 285

Radenka Cvetić, Ph. D., Assistant Professor
Real Estate Records 299

Sanja Đajić, LL. M., Assistant
National Minorities Protection Within the Council of Europe: The Framework Convention for the Protection of National Minorities 315

Dragiša Drakić, Assistant
Criminal Law Protection of the Right to Life and Personal Liberty 329

Tatjana Lukić, Assistant
The Problem of Fair Trial – International Standards in Criminal Procedure Law 341

Aleksandar Martinović, Assistant
The Creation of a Modern State Administration and the Beginnings of Its Study in the 19th Century – The European Coordinates Contributions to the History of Serbian Administrative Law 355

Gordana Drakić, Assistant
Judicial Authority on the Territory of Vojvodina From 1918 to 1919 373

НАПОМЕНА

Ова свеска Зборника радова садржи прилоге наставника и сарадника Правног факултета у Новом Саду произашле из рада на пројекту "Међународни оквири права Србије и Југославије" за 2002. годину, који финансира Министарство за науку, технологију и развој Републике Србије.

Већи број радова наставника и сарадника Правног факултета у Новом Саду произашлих из рада на наведеном пројекту објављен је и у другим часописима и зборницима радова.

Штампањем овог Зборника радова стављамо на увид резултате рада на факултетском пројекту како Министарству за науку и технологију Републике Србије, тако и широј научној и стручној јавности.

Уредништво Зборника радова

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.9-24

Павле Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

УСПОСТАВЉАЊЕ ОСНОВНИХ ПРЕТПОСТАВКИ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА ТОКОМ ТРАНЗИЦИЈЕ КА ДЕМОКРАТИЈИ

Сажетак: *Анализирајући основни појам транзиције у демократију, као и критички развијене појмове трансформацје и промене система, аутор заснива аргументацију по којој је транзиција у демократију, и у случају бивших социјалистичких земаља, најприкладнија ознака одговарајућег историјског процеса. Деконструкција социјализма одвија се претежно у условима легалног континуитета, и то је у основи процес кратког трајања, чији су циљеви дати и остварив. То подразумева и обнову владавине права, односно њених претпоставки. Аутор потом испитује однос владавине права према демократији, као и према тржишној привреди указујући на места склада, али и на места противречности, он у закључку наглашава да вредност владавине права не лежи у апстрактним начелима већ у њеној динамичности, у њеној напетој несавршености. Вредност владавине права лежи пре свега у плурализму носилаца права који у својим односима следе начелно јасна вишеструка правила игре, што значи да своје односе преводе и своје спорове решавају у правном дискурсу, аутономно или равноправно пред ауторитетом неутралног трећег (суд).*

Кључне речи: Владавина права. Транзиција – трансформација – промена система. Деконструкција социјализма – легални континуитет. Демократија. Приватизација и тржишна привреда.

1. (Транзиција)

Савремено схватање транзиције ка демократији доводи се у везу с пионирским чланком Д. Рустова *Transition to Democracy,* из давне 1970.[1] Рустов оставља по страни сва сложена објашњења демократије - социоекономско (Липсет), психолошко-културно (Алмонд, Верба) и структурно (Фриедрицх).[2] Он их не одбацује без призива мада каже да економизам у америчкој науци превазилази све што је на ту тему виђено у марксизму,[3] као што каже да је однос политичке праксе и политичке културе упаво обрнут од онога на коме своје тезе граде Алмонд и Верба[4] (345). Већ их једноставно отклања занимљивом, и далекосежном!, поставком да функционисање демократије није једнако што и њено настајање, да демократију не производи оно што је одржава.

Настанак демократије Рустов доводи у чврсту везу са једним посебним политичким процесом. Тај процес има "припремну фазу" у којој се разгоријевају политичке борбе и долази до одговарајуће поларизације, затим "одлучујућу фазу" коју чини одлука вођа да прихвате "различитост у јединству" и неке елементе демократске процедуре те "фазу навикавања" у којој се одиграва "дарвинистички одабир елита" и рјешавају социјални и економски конфликти, много успјешније него они око "идентитета".[5] У вези с последњим: занемарујући све механизме културног, социјалног или економског условљавања Рустов наглашава само један претходни услов (*background condition*) овакве транзиције - национално јединство, тј. постојање јединствене политичке заједнице.[6] С друге стране, стабилизовање демократије, она "фаза навикавања", захтијева вријеме, не мање од једне генерације.[7]

Упркос томе овакав процес, са историјске тачке гледишта, очито се схвата као процес "кратког трајања". Ријеч је о промјени *политичког режима*[8] која у први мах не води никаквим структурним промјенама на социјалном, економском или културном плану нити их, да би се одиграла, тражи. Нико, па ни Рустов, не тврди да су ти структурни моменти без значаја, још мање одговарајуће економске[9], социјалне или, рецимо, идеолошке коњуктуре, него само то да је за демократску транзицију пресудан један политички процес, и његови актери.

Овај модел транзиције, или идеални тип (у Веберовом смислу), како га означава сам Рустов[10], снажно че утицати на савремене социјалне, посебно политичке

[1] Dankwart A. Rustow, *Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model*, Comparative Politics 3. 1970, 337-363.

[2] Ibid., 338-339.

[3] Ibid., 344.

[4] Ibid., 345.

[5] Ibid., 354-361.

[6] Ibid., 350-352.

[7] Ibid., 346.

[8] Up. Guillermo O`Donnell, Philippe C. Schmitter, *Transitions from Authoritarian Rule*. (4) Tentative Conclusions About Uncertain Democracies". The John Hopkins University Press, Baltimore-London 1989 (1. izd. 1986.), posebno pp. 6-15 i 73.

[9] Неке социјалистичке земље, па и сам СССР, биле су 1989. практично банкрот.

[10] Op. cit., 346-350.

науке, почев од "трећег таласа"[11] демократизације, и најзад довести до развоја једне посебне дисциплине, "транзитологије". Заиста, ако посматрамо појаву или обнову демократије у неким земљама Јужне Европе половином седамдесетих година, донекле и у неким земљама Латинске Америке у истом раздобљу, политички процес саме демократске транзиције својим динамизмом и значајем баца у дубоку сјенку споре и тешко докучиве културне, социјалне и економске промјене. А за сам онај процес проучаваоци имају на располагању нове методологије, као што је више или мање формализована теорија рационалног избора, институционална анализа, или теорија градње-доградње демократских институција.

2. (Транзиција или трансформација)

Још јачи подтицај транзитологији дао је нови "талас" демократизације, у бившим социјалистичким земљама Источне Европе. Али, она ту као да удара у своје границе, и у границе основног појма око кога се свила. Наиме, у овим земљама, које нас овдје највише интересују, није по сриједи само промјена политичког режима, транзиција из недемократског у демократски, као што је то био, мање више, случај са свим јужноевропским и латиноамеричким земљама. Овдје се ради и о промјени економског или друштвено-економског система, о напуштању социјалистичке, планске, командне или већ како се не зове та привреда у корист слободне тржишне привреде, о напуштању социјализма у корист капитализма.

Поврх свега, у некима од ових земаља слом социјализма и/или равнотежа успостављених послије Другог свјетског рата, отворио је проблем државе односно политичке заједнице. Разумије се да рјешавање овога питања, које је у неким случајевима довело чак и до ратова, у некима, с ратовима или без њих, до стабилног исхода, у некима још не - претходи свему што транзиција означава или проблематизује. Осим ако не бисмо повјеровали у то да се и овдје ради о једном задатом путу, да се на сваком простору коначно морају издиференцирати нације-државе с већом или мањом толеранцијом етничке разноврсности, као и у то да су нам познати путеви и средства која воде том циљу. Па ни тад, кад бисмо можда могли говорити, на примјер, о транзицији једне социјалистичке федерације каква је била Југославија у пет, шест или чак седам нација-држава (ЧССР у двије, а СССР у петнаест), не бисмо могли порећи да је таква транзиција неупоредиво дужа и сложенија него транзиција ка демократији, па и она ка капитализму. На различите нивое ових динамика упозорава данас већ класична Дахрендорфова изрека.

Но, ако овај проблем оставимо по страни, оно што започиње демократском транзицијом биће мање колосално, али и даље у таквом реду величина. Симултана промјена политичког и економског система, а та је симултаност неизбјежна[12],

[11] Up. Samuel P. Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman and London 1991. Посебно pp. 14-27.

[12] О тој неизбјежности уп. Claus Offe, *Agenda, Agency and Aims of CEE Transition. Contours of the Post-socialist Path to Consolidation,* у Stefano Bianchini and George Schopflin (eds.), "State Byilding in the

подра промјену низа институција и односа, правног система, начина живота, мотивација, културе итд. да се на неки начин чини готово невјероватна, немогућа. У сваком случају, њен претпостављени опсег, и дубина, чак и уз сумњиву претпоставку да се све то може завршити у року који је упоредив са оним у коме су се одигравале транзиције на примјер у Јужној Европи, чини проблематичном саму идеју о транзицији, транзицији као "пријелазу". Отуда неки аутори, поготову они који су критички расположени према транзитологији, радије говоре о "трансформацији", што имплицира дужи и сложенији процес, односно о промјени система, при чему се мисли на цјелину комплексног друштвеног система.[13]

Нема сумње да је транзитологија, поготову ако је схватимо нешто шире, и поготову ако је схватимо као упориште неких практичних знања или упутстава за политичку акцију, одговорна за извјесне гријехе подобне медицинском експе рименту ин виво, и суодговорна за погрешке које су плод претјераних симпли-фикација или игнорисања идиосинкретичког карактера многих друштвених појава. Њени "мастер планови" и њени једноставни рецепти за транзицију наишли су коначно на реакцију оних који наглашавају велике разлике између земаља које је некада, ипак само привремено, униформисао социјализам под совјетском доми-нацијом. Приступ који, полазећи од посљедњег, поново све униформише под насловом посткомунистичких земаља, једноставно је сувише далеко од стварности, и зато нам мало доноси. Данашња Чешка Република и данашњи Казахстан, на примјер, посткомунистичке су земље или, ако се хоће земље у посткомунистичкој транзицији, али што је то што их још веже сем те све удаљеније и све безначајније чињенице. Или, останемо ли у Европи, можемо ли још говорити о Источној Европи, сем у стриктно географском смислу те ријечи?[14]

Отуда у новије вријеме многи аутори прилазе проблему транзиције (и као демократске транзиције, и шире) с мање теоријске једноставности и с мање практичких извода него што је то случај у ранијој транзитологији. Фокусирани на особености поједине земље (или регије) они у једној дијахронији налазе особиту "path dependency"[15], управо један слијед потеза или акција, или процеса, при чему претходни условљавају потоње. Нема сумње да се на овај начин могу потпуније упознати ови процеси па се, под неким условима, могу одатле деривирати и пра-

Balkans. Dilemmas on the Eve of the 21st. Centyry. ", Longo editore, Ravenna 1998 (p. 366), pp. 21-43, посебно pp. 36-38. Наравно, та симултаност противрјечи "природном току ствари" - у земљама-узорима прво се развио капитализам, па тек онда демократија. На основу тог искуства није јасно како се неједнакости и лишавања које доноси бар почетни развој каитаплизма могу ускладити са процедурама једне инклузивне демократије.

[13] Уп. нпр. Thomas Carothers, *The End of the Transition Paradigm*, Joyrnal of Democracy, Vol. 13, No. 1 (Janyary 2002), pp. 5-21; Jyliet Johnson, *Path Contingency in Postcommynist Transformations*, Comparative Politics, April 2001, pp. 253-274. ; Klays von Beyme, *Systemwechsel in Osteyropa*, Syhrkamp, Frankfyrt am Mein 1994, S. 387.

[14] Уп. нпр. Jaqyes Rypnik, *The Postcommynist Divide*, Joyrnal of Democfracy, Vol. 10., No. 1 (Janyary 1999), pp. 57-62.

[15] Уп. Michel Dobry, *Les voies incertaines de la transitologie. Choix strategiqyes, seqyences historiqyes, bifyrcation et processys de pathe dependence*, Revye francaise de science politiqye, vol. 50, no. 4-5, august-octobre 2000, pp. 615-631.

ктични напутци, наравно уз посвемашњи опрез и релативизам - или бар тумачити значајне разлике које дијеле ове земље.

3. (Транзиција, ипак)

Што се мене тиче, још сам увјерен да идеја транзиције има довољно оправдања, упркос свим грешкама и заблудама транзитологије. Ево неких аргумената.

Што су посткомунистичка друштва толико различита посљедица је прије свега чињенице да су она била различита и прије комунизма па и, више него што се обично мисли, под њим. Тим прије ће бити различите и њихова демократија (уколико је буде), и њихов капитализам.

Али, сва та друштва, бар она источноевропска, своје настојање да се ослободе социјализма разумију у једној значајној мјери као пут у "нормалност". Тачно је да је успостављање демократије и капитализма на овом тлу сложен и захтјеван подухват. Но, то уопште није изградња нечег новог и невиђеног, још мање нека корјенита конверзија. Зато што социјализам, као својеврстан пројекат модернизације, није био, нити је могао бити, сасвим различит "систем", нарочито у стварном животу и током дуга опадања. Његова се разградња одиграва у начелно једноставним и не тако бројним корацима, који воде укидању монопола комунистичке партије у политичкој и идеолошкој сфери, односно државе у привреди, који значе одбацивање есхатолошких замисли-циљева и заједнице којој појединци припадају (или су јој непријатељи). Упадљиво је да се то готово свуда одиграва у условима легалног континуитета, готово свуда без насиља, упечатљивом превагом технике реформе а не револуције. То и није била револуција него управо - транзиција.[16]

Како иначе разумјети да су неке од ових земаља (као Словенија, или Чешка, или Мађарска) за мање од петнаест година постале бар упоредиве са својим узорима, старим демократским земљама тржишне привреде. што неке друге нијесу лако је објаснити са исте основе. Зар не постоје земље које су одавно и демократске и капиталистичке, па ни у једном ни у другом смислу не импресионирају. Транзиција у демократију и капитализам не јамчи успјех у привредном развоју, квалитету живота или цивилизације. Можда ће релативан неуспјех отворити пут напорима у некој "трансформацији". Но и у том случају начелно се таква "трансформација" јасно разликује од транзиције.

У корист транзиције као идеје релативно краткотрајног пријелаза говори и то што ове земље, бар оне које су у Европи, имају заједнички циљ, који је прилично јасан. То је, наравно, приближавање и улазак у ЕУ, што је само даљи развој оне тежње ка "нормалности". Бити дио развијеног, цивилизованог и - богатог свијета. А

[16] Што је то било - реформа или револуција - о томе постоје бројне расправе, на које овдје нећу упутити, као и досјетке, од којих је најпознатија она T. G. Asha. Но, многе такве расправе лако добију вид нечег схоластичког када апстрахују неке важне димензије не само на релацији тоталитаризам-аутократија-демократија или капитализам-социјализам него управо неке важне димензије модерног друштва као таквог.

то, како је познато, подразумијева усвајање низа важних стандарда у области демократских установа, владавине права, људских права и, прије свега, привредног живота. Дакле, није ријеч о друштвеним преображајима ("трансформација") чији је исход неизвјестан и тешко мјерљив, веч о једној процедури придруживања и хармонизације чији исход почива на друкчијим претпоставкама. При томе не треба испустити из вида чињеницу да су ове земље у односу на данас веч ţиновску ЕУ периферне или полупериферне, у сваком погледу зависне, и да за њих нема никакве добре алтернативе.

Одсуство алтернативе избацује из игре легитимацијске матрице. Свијет који нема алтернативе не треба ни легитимирати. Он легитимира самог себе. Зато не бих ову транзицију назвао "највећим идеолошким експериментом послије 1929"[17] Без обзира на то што се спроводи уз новојеванђеоску реторику неолиберализма[18], под његовом хегемонијом, и без обзира на то што понекад подсјећа на социјалну инжењерију којом су се прославили бољшевици[19], ово је ипак један подухват ограничен и у времену и у простору. Док ће његови даљи исходи и значење зависити од кретања онога "великог" свијета која су далеко мање извјесна, а још мање подложна каквој социјалној инжењерији.

4. (Владавина права)

Владавина права је мало прије поменута, као један од стандардних услова за придружење ЕУ, односно пријем у њу. У том оквиру она представља нешто непријепорно, један стандард цивилизованости или пристојности, оно што се подразумијева, наравно у ЕУ, али тад је и норма за све претеденте на чланство у њој. Овдје то не може бити баш тако. Мораћемо се мало задржати на том "појму".

Но бих прије тога радо истакао двије повезане тврдње које ћу касније образложити. Транзиција као пројекат, дакле начелно, транзиција ка демократији и капитализму, заиста је пут у владавину права, никако "царски", јер такви нијесу ни други путеви транзиције. Друго, исто онако као што, опет наглашавам, транзицију схватам као један у основи краткотрајан процес, тако и успостављање владавине права схватам као симултано успостављање одговарајућих упоришта која се граде од постојећег материјала а не ех нихило.

Но, што је то владавина права, и како је може одмјерити ЕУ, која се неће задовољити изјавама или гестима лојалности, јер није црква па ни идеолошка заједница? Није овдје мјесто тумачењу поријекла и повијести (нормативног и идеоло-

[17] Уп. Adam Przeworski, *The Neoliberal Fallacy*, у Larry Diamond and Marc F. Plattner (eds.), "Capitalism, Socialism and Democracy Revisited", The John Hopkins University Press, Baltimore and London 1993, pp. 38-53.

[18] Деридина опаска. Уп. John Pickles, Adrian Smith, *Theorising Transitions. The political Economy of the Post-Commynist Transition*, The MIT Press Cambridge, Massachyssets-London, England 1995(p. 241), pp. 2-20.

[19] Уп. Kazimierz Z. Poznanski, *Byilding Capitalism with Commynist Tools: Eastern Eyrope`s Defective Transition*, East Eyropean Politics and Societies, Vol. 15, No. 2 (2001), pp. 320-355.

шког) дискурса владавине права, који је касније обогаћен разликама у односу на њемачку Rechtstaat и мање присутну француску l Etat de droit. Указаћу само на неке границе или противрјечности тога појма које га увијек поткопају кад се он схвати сувише апстрактно, или сувише дословно.

Оне се одмах откривају на примјеру знамените изреке "Владавина закона, а не људи", која је постала позната рано у повијести америчке демократије. Наиме, лако је показати да никаква владавина, поготову у комплексном друштву, није замислива без закона. Ни она која је по свему аутократска. Свакако да харизматска владавина, у веберовском, а не у савременом баналном смислу, не може бити дјелотворна не само без силе него и без закона. С друге стране, није много теже показати да свака савремена демократија, чак и она коју бисмо видјели као узориту, подразумијева једну зону недемократичности, самовоље, ако не баш овереног кршења права тада његовог игнорисања, и да управо само тако и може функционисати.[20]

Сјетимо се сад класичне дефиниције Diceyja. По њему, владавина права подразумијева (1) да нико не може бити кажњен осим за дјело које је претходно одређено као кажњиво, и то пред редовним судом, (2) да су сви под законом и (3) да устав није извор него консеквенца права индивидуе, онако како их одређује и брани суд. Примјетимо, без и најмање жеље да се послије толико времена споримо с једним Diceyem, да Енглеска ни данас нема кодификован устав, па ни неку повељу или што слично о људским и грађанским правима. Истина, прецедентно право које обавезује судове има велику вриједност, али зар нијесмо тада исувише ослоњени на судове, који нигдје нијесу безгрешни, и упућени на сложену еволуцију и деликатне равнотеже у оквиру једне историје. Или, ако је према енглеском схватању парламент суверен, и може све (сем да жену претвори у човјека и обратно), зар тада не може донијети закон којим ће, рецимо, дискриминисати припаднике једну расе, конфесије или пола? Ако то можда никад неће учинити, да ли разлог лежи просто у "владавини права"?

Савремени мађарски аутор Сајо који иначе примјећује да је утицај Diceyja, као и Montesquieua, заснован на погрешној карактеризацији британског система, у коме, на примјер, све до 1947. није било могуће обратити се суду због штете коју причини државни орган - каже да је заједничка идеја свих ових сродних концепата (владавине права, Rechtstaat, L Etat de droit) то да државни органи дјелују у складу са прописима права, и то да право буде структуирано у складу са начелима која ограничавају арбитрерност.[21] Потом Sajo посебно скреће пажњу на улогу суда, независног и непристрасног суда.[22]

Овакве и сличне одредбе нијесу погрешне, већ уске и недовољно одређене. Сужавање простора арбитрерности свакако да је једно од средишта пажње - али чије и какве арбитрерности, којих и каквих "државних органа", и у односу на кога?

[20] Уп. O`Donnell, Schmitter, op. cit., p. 73 i sljed.

[21] Andras Sajo, *Limiting Government. An Introdyction to Constitytionalism*, CEU Press, Bydapest 1999, p. 204.

[22] Ibid., pp. 218-222. "Има смисла говорити о правима само тамо гдје постоји форум на коме валидан захтјев има добре изгледе да буде прихваћен" - p. 221.

Зар не можемо рећи да би арбитрерност "државних органа" до краја уклонила управо савршена тоталитарна држава?...

У ствари, оно што се наслућује као основно значење "владавине права" (мање јасно у идеји Rechtstaat) знатно надилази регуларност и неарбитрерност дјеловања "државних органа", јер обухвата широке претпоставке за постизање тога. На неке указује сам Dicey: услови изрицања казне, неприкосновена индивидуална права, (независтан) суд. На друге, према свом времену и амбијенту, не може он указати. Ријеч је о диференцирању "државе" под капом модерне представничке демократије (о њеном диференцирању на низ институција, апарата па можда и "органа", чије је дјеловање међусобно условљено и процедурално регулисано), о природи и ограничењима "закона", или о даљим субјективирањима у политичком и цивилном друштву итд.

Хоћу да нагласим: владавина права, баш као ни модерна демократија, није "плод ума", неког складног и надмоћног пројекта, већ ознака једног скупа сложених и противрјечних пракси, и она је то како према свом историјском поријеклу тако и према својој живој стварности. Ако се на то заборави, или ако се то свјесно апстрахује, владавина права дјелује неувјерљиво, па и празно, као неки недостижни идеал, или као (опасна) утопија апсолутизма једне *volonte generale*. Дакле, владавина права, опет као и демократија, остварује се у једном ширем сплету односа.

То се може увијек показати. Када су, на примјер, крајем прошлог стољећа амерички десни либерали развили аргументацију по којој *velfare* дјелатности државе угрожавају владавину права узвраћено им је с друге стране политичко-идеолошког спектра да је можда и више угрожавају снажни утицаји приватновласничких интереса и одговарајућих група на администрацију па и судове.[23] Као што су показале и суптилније расправе о односу тзв. негативних и тзв. позитивних (индивидуалних) права[24], на овом тлу дјелују супротстављене тенденције, супротстављена права, и очување равнотеже па и владавине права подразумијева неку врсту компромиса који можда није у пуном складу с неким принципом. Тако се редистрибутивна улога државе заиста може оспорити са становишта неких неприкосновених индивидуалних права, па у том смислу као нешто што угрожава или прикраћује владавину права. Једнако се, међутим, ограничења која демократском одлучивању стављају забрану на посезање у приватну својину могу оспоравати као угрожавање или прикраћивање демократије (и одговарајућих права). У оба случаја устрајавање на "принципима" сасвим би онеспособило демократију односно владавину права. Без увјерљивих гарантија свога посједа власници никад не би прихватили демократију[25]; без неке прерасподјеле владавина права би на кобан начин изгубила смисао за оне друге.

[23] Up. William E. Scheyrman, *The Ryle of Law at Centyryчs End*, Political Theory, Vol. 25, No. 5 (October 1997), pp. 740-760.

[24] Up. npr. Stephen Holmes and Cass R. Synstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, New York 1999, p. 255.

[25] Jon Elster and Ryne Slagstad (eds.), *Constitytionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge and New York and Norvegian University Press, Oslo, 1993, p. 363 - Jon Elster, Introdyction, p. 14.

5. (Демонтирање социјализма и легални континуитет)

Транзиција као пријелаз у демократију и капитализам истовремено је и пут у владавину права зато што се демократија и капитализам не могу замислити без владавине права. Наравно да је ријеч о модерној демократији, о либералној демократији, о оној каква већ постоји у земљама-узорима, а не о некој популистичкој, плебисцитарној, или о некој другој, идеалној. Као што је ријеч о капитализму који је у великој мјери регулисан и припитомљен, а не о наводно дивљем и анархичном капитализму XVIII и XIX стољећа, о капитализму који се радије назива слободном тржишном привредом и који је у довољној мјери усклађен са оном демократијом и апаратима управљања повезаним са њом. Дакле, *та* демократија и *таква* тржишна привреда у мјери у којој се остварују подразумијевају владавину права.

С друге стране, у мјери која је понекад заиста импресивна, читав се овај пријелаз одвија начелно у складу са идејом владавине права. Као да је славна Marxova поставка о томе да капитализам ствара услове за ново друштво окренута на главу. Социјалистичке револуције су донијеле много насиља сваке врсте и кидање разних континутитета, а социјализам као да је био пуно успјешнији у припремању тла за ову "револуцију". Тако да је транзицију о којој је ријеч било могуће започети и наставити у условима легалног континуитета. Тим прије што је у многим случајевима процес отворен послије преговора и компромиса власти и опозиције, и уз необично повољан распоред снага у међународном окружењу. То је смисао моје друге тврдње: упоришта владавине права обнављају се "материјалом" који је већ ту, на располагању. Наравно да таква тврдња губи на увјерљивости у оним случајевима у којима је нестанак социјализма довео у питање саму државу, односно политичку заједницу, што значи и основне претпоставке владавине права. Међутим, чак ни у тим случајевима она не може бити потпуно одбачена, у мјери у којој и такве земље, прије или касније, морају кренути познатим путем.

Отуда на самом почетку транзиције не видимо скоро ништа од оног револуционарног спектакла, ни узбудљиве конвенте, ни уставотворне скупштине, ни свечане декларације, ни привремене владе. Него уставне и законске реформе, необично брзо упостављање политичког плурализма, изборе, слободну штампу...

Поменуте промјене су на неки начин задате. Оне отварају пут демократији и, наравно, владавини права једноставним укидањем нормативних темеља социјалистичког система. Раскида се уставна веза између једне партије (комунистичке) и заједнице односно државе. Брише се основна претпоставка такве везе - идеолошко обликовање политичке заједнице као удруге посвећене једном историјском циљу, изградњи социјализма-комунизма (под привилегованим вођством оне партије). Заједница се реформулише, с мање или више успјеха[26], али се коначно мора повући пред индивидуом, пред личношћу, којој се враћају изгубљена или до тад

[26] Земље у транзицији осцилују између националне и традиционалне заједнице и оне која се схвата као заједница грађана-држављана. Увијек се тражи равнотежа ова два типа обиљежја, али се тешко налази. И то је, поред осталог, укочило уставне реформе у некима од ових земаља.

ограничена права и слободе. Основ по коме је било могуће њихово фактичко или формално ограничавање, или укидање више не постоји.

Не улазећи дубље у питања природе социјализма, ове промјене јасно показују у чему је лежао његов неспоразум са владавином права (и демократијом). Политичко-идеолошки монопол комунистичке партије сам по себи непресушив је извор арбитрерности. Крајња неравнотежа те свемоћи и потпуне немоћи свих других субјеката допушта неку изопачену владавину "права" у тоталитарној варијанти дисциплиновања свих према овој сувереној вољи, што сам поменуо. У стварности, међутим, као што показује претежно искуство реалног социјализма, овај аранжман покрива много више самовоље на свим нивоима, све до оног капиларног, и све до једног паралелног живота који се обликује не у складу с нормама него наспрам њих. Заједница као удруга у поменутом смислу, потом, даје не само оној партији него свакоме ко и кад наступа у њено име пуну надмоћ у односу на другога, коју тешко може ограничити било какво право. Па и онда када на дјелу није заједница која се тако прегалачки односи према својој будућности владају други облици колективизма. Мада се индивидуа нигдје, па ни у социјализму, не може одвојити од неких слобода и права, она у социјализму нијесу неприкосновена, нијесу изворна, нити то могу бити. Она су секундарна. Простор који им је можда остављен слабо је, ако икако, брањен.

6. (Владавина права и демократија)

Током транзиције успостављање демократије даје значајнији је импулс владавини права него што је то случај са паралелним корацима у развоју тржишне привреде. Зато што је ослобађање грађана и грађанства као нормативно-идеолошка операција ближе и мање оптерећено сложеним посљедицама него развој до тад непостојеће предузетничке класе (буржоазије), приватизацијом и на друге начине. Уосталом та приватизација, без обзира на примјењени модел[27], често је подсјећала на приче о првобитној акумулацији капитала на Западу, и нигдје није прошла без злоупотреба, које не само да немају везе с владавином права већ код многих изазивају губитак вјере у само право. Међутим, на дуги рок успјех тржишне привреде може пресудно утицати на одржање тако брзо стечене демократије. Тад и владавине права.

Вјерујем да се посебна веза демократије и владавине права испољава нарочито у четири сљедећа момента.

Прво, ове демократије нема без низа индивидуалних слобода и права. Она су сада углавном у пуној мјери обновљена и оглашена као неприкосновена, и тако чине основно упориште владавине права. Обновљено право приватне својине и

[27] Основна разлика је између тзв. тендерске или аукцијске приватизације и масовне ваучерске. Међутим, могуће су и друге подјеле, према брзини приватизације, према ранијем положају интересената у односу на предузеће које је предмет приватизације (инсајдерска или аутсајдерска) итд. Up. Hella Engerer, *Privatization and Its Limits in Central and Eastern Eyrope. Property Rigths in Transition*, Palgrave, Hoyndmills-New York 2001, p. 320.

слобода предузетништва немају у први мах толики значај као нека друга права и слободе, или је њихово дјеловање у односу на владавину права противрјечно. Зато што приватизација и поготову тзв. сива економија (в. ниже) могу ту владавину права још и поткопавати. Без обзира на то, ако је појединац носилац неприкосновених слобода и права, акције било које власти или његових суграђана према њему морају бити правно засноване.

Друго, демократија о којој је ријеч обликује се као процедурална демократија. То не значи да у њој нема ничега супстантивног[28], већ само да је скуп процедура посредством којих се одвија високо формализован и прецизно правно уређен те да је у тренутку када те процедуре постану неспорне, или неспорно средство рјешавања спорова и сукоба, када више нема спора око њих, ова демократија консолидована.[29] У том случају сваки исход је легитиман, и на тај начин је, већ према дефиницији, на том нивоу искључена било каква арбитрерност о којој говори Sajo (сем она коју контролише уставно судство). Као што се зацијело сужава могуност арбитрерности за оне који су принуђени да дјелују у складу с тим исходом.

Треће, ова демократија је битно плуралистичка. Она одмах доноси политички плурализам, и у облику вишепартијског система. С њом се обнавља и цивилно друштво и, наравно, јавност, јавно мњење. Без обзира на све слабости и противрјечне учинке партија и партијског система, цивилног друштва и те јавности, овај нови амбијент јесте амбијент владавине права. Он је (правно) укоријењен у правима и слободама грађана које се не могу довести у питање. Затим, међусобни односи овог мноштва различитих субјеката успостављају се у складу са идејом њихове аутономије, односно у складу са правима која произлазе из уговора равноправних страна. Нико се ту не може позвати на неко своје више право. Најзад, овај плурализам води ка дисперзији друштвене моћи. Мноштво аутономних субјеката, и диференцијација различитих сфера њихове активности не искључује могућност њеног концентрисања али је значајно ограничава.

Четврто, ова демократија је незамислива без устава. Истина, и претходни социјалистички режими имали су уставе. Али тамо је, гледано нормативно, тај акт био подређен вољи монополске партије, бар тако што га је та могла промијенити кад је год то хтјела, према интересима оне прегалачке заједнице које је сама тумачила. Сад устав остаје ван домашаја било које поједине партије, било ког појединачног субјекта.[30] Томе се придружује, скоро у свим земљама транзиције, институција уставног суда односно контроле уставности. Мада теоретска анализа открива неке напетости, па и противрјечности, између уставности и демократије[31], а пого-

[28] Уп. Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, New Haven and London 1989 (p. 391), pp. 164-166.

[29] Clays Offe у Bianchini..., op. cit., pp. 39-41.

[30] У више транзиционих земаља уставне реформе нијесу довршене због одсуства сагласности главних политичких снага. Тако је након социјалистичке епохе у којој је устав био "појам-каучук" без обзира на уставне прописе о ревизији, овдје завладала "чврста" уставност, опет без обзира на оне прописе.

[31] Up. нпр. Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, у Elster, Slagstad, op. cit., pp. 195-240, посебно pp. 196-198 i 209-210.

тову између демократских начела и судске контроле уставности[32], смијемо овдје, без даљег образлагања, претпоставити да уставност и контрола уставности више користе владавини права него што шкоде демократији, бар у овим земљама.

7. (Тржишна привреда и владавина права)

Развој слободне тржишне привреде (капитализма) као дио транзиције дјелује друкчије на успостављање и развој владавине права. С једне стране приватно власништво (па и слобода предузетништва) представља једну од главних, ако не и главну залогу слободе појединца или, ако је таква формулација дискутабилна, као што навластито јесте - главну заштиту његове аутономије. Потом, приватни власници своје односе уређују слободно, уговором заснованим на праву. Њихови спорови се на исти начин могу правно ријешити, на суду. Најзад, ако њихово власништво, њихово предузетништво и њихови аутономним уговорима уређени односи чине потку како економије тако и цивилног друштва, "држава" се повлачи на мјесто контролора, регулатора и ограниченог интервента у начелно спонтани живот ове економије и овог "друштва". Тек тако се и успоставља јасно разликовање"друштва" и "државе".[33] Ова друга је растерећена од патерналистичке бриге за прво и појављује се само као један од актера у игри која има своја правила. По ове двије линије које се спајају у једну и ниче основна могућност владавине права како се она овдје разумије.

Реална транзиција, међутим, доноси низ проблема чији исходи нијесу увијек сретни. Просто, или врло уопштено речено, наједном се појављује велики број друштвених улога чији носиоци нијесу прикладни или их уопште нема. У приватизацији огромног државног власништва сувише је припадника владајућих слојева из претходног поретка ("номенклатуре"), и сувише оних који су своје богатство стекли у мутним водама распадајућег социјализма или одмах послије његовог формалног краја. То није само питање правде, па ни права већ и природе такве предузетничке класе и њеног односа према владавини права или демократији.

Насупрот томе, држава као апарат у овим земљама дјеловала је као јака само зато што је посједовала све, све што је хтјела, што је могла све, све што је хтјела, што је прожимала наоко јединствена воља, и што је располагала неограниченим средствима репресије. Транзиција је открила у којој је мјери овај апарат примитиван и запуштен, некомпетентан, недјелотворан, и подложан корупцији. Тешкоће у обнови јасне разлике између "приватног" и "јавног", тешкоће у модернизовању овог апарата и у развоју преданости свом позиву код његових припадника у некима

[32] Један од водећих теоретичара демократије у претходној генерацији, Американац R. Dahl, одбацује установу уставног суда као неку врсту "qyasi gardianshipa" противног демократији. Изван принципа он своју аргументацију поткријепљује и превредновањем учинака тога суда током готово два стољећа, који су иначе високо чијењени не само у САД него и ван њих. - Robert A. Dahl, op. cit., pp. 187-192.

[33] Посебан и посебно важан аспект тога процеса јесте одвајање партије или партија од државе. Up. Venelin I. Ganev, *The Separation of Party and State as a Logistical Problem: a Glance at the Cayses of State Weakness in Postcommynism*, East Eyropean Politics and Societies, Vol. 15, No. 2 (2001), pp. 389-420.

од транзиционих земаља су на путу да буду савладане док се у другима претварају у нерјешив готово историјски задатак.

Тежњу ка "нормалности" транзиција нигдје није превела у социјално неподношљиву досљедност. Кад већ ни M. Thacher није укинула енглески НХС[34], нијесу ни протагонисти транзиције могли укинути социјалне установе на које је становништво било навикло. Још је у социјализму забиљежен стални пад вриједности њихових ефеката а сад је то, особито у мање успјешним привредама, постало драстично. Велики број незапослених, од којих само дио прима више него недовољну помоћ, биједне пензије, још бједније здравствене услуге, запуштен школски систем који стално сужава вертикалну мобилност виа образованост итд. - доноси низ негативних посљедица, а мало позитивних (као јачање "електократије", ако је то позитивно). Поред у овом контексту сумњиве редистрибутивне улоге државе поменућу као изразито негативну посљедицу - дискредитовање правног поретка, саме владавине права. Да не помињем "право на рад" (које устави у неким транзиционим земљама и даље познају), многа "права" (на лијечење, школовање или пензију) постају празне ријечи, или оне чије значење зависи од неке самовоље или неуправљане стихије.

Ови и неки други чиниоци дјелују тако да се у земљама транзиције шири моћна зона "сиве економије". Није, наравно, ријеч само о економији мада је извјесна економија језгро појаве. Рад "на црно", производња и промет "на црно", различити облици недозвољене трговине, пореске евазије, да не говорим о тзв. организованом криминалу, који се мање-више јављају свуда, овдје својим обимом и разгранатошћу заснивају сложени сплет односа, читав један свијет неписаних и несигурних правила, свијет изван права и владавине права. Чини се понекад да држава у односу на тај свијет има само ограничен суверенитет[35], мада се у једној друкчијој свјетлости то може читати прије као симбиоза него као кохабитација. С друге стране, пошто тај други свијет никако није просто неко "подземље", као што "сива економија" није обична "црна берза", поред грађана који то свакако јесу, постоје безбројни појединци који то никако нијесу.[36]

8. (Закључак)

Наравно да институције (и то су институције у социолошком смислу) овог другог свијета *треба* временом да уступају мјесто онима које значе владавину права. То нико не спори. Али, треба имати на уму да оне играју неку улогу у

[34] Национална здравствена служба, први и најпознатији корак у изградњи "државе благостања" послије Другог свјетског рата. Up. Janos Kornai, *Highways and Byways. Stydies on Reform and Post-Commynist Transition,* The MIT Press Cambridge, Massachyssets - London, England 1995 (p. 241), pp. 132-135.

[35] Понекад чак и територијално.

[36] Уп. Gyillermo O`Donnell, *On the State, Democratization and Some Conceptyal Problems: a Latin American View with Glances at Some Postcommynist Coyntries*, World Development, Vol. 21, No. 8 (1993), pp. 1355-1369.

одржавању сложених социјалних и политичких равнотежа, или у задовољавању неких других потреба (као што је убрзана акумулација капитала). Озбиљно нарушити такве равнотеже може се само упоредним успостављањем нових. То је сложен посао који захтијева много знања и вјештине и - средстава.

Иако постоје рецепти, развијени у једној посебној грани транзитологије[37], који су у многим случајевима и примијењени, можемо бити сигурни да ће институционализација увијек бити условљена читавим амбијентом, и ићи неким својим путем. Није било сасвим очекивано то да ће уставни суд у Мађарској одиграти такву улогу[38], поготову не у Бугарској[39]. Свуда је институције које почивају на тако једноставним принципима стао да мијеси и преобликује друштвени и политички живот, сложени односи снага, вјечите партијске калкулације и на њима заснован "rational choice".

Зато и не видим разлога да овдје понављам добро познате лекције о значају уставности, "подјеле власти" или, на примјер, регулације финансирања политичких партија, да не говорим о цивилном друштву, или о пореском систему или, најзад, о судовима. Независност и непристрасност ових посљедњих, чија је функција пресудно важна по владавину права, начелно је успостављена а обично се подржава сталношћу (непокретношћу) судија, као и увођењем посебног тијела које их именује, и коме евентуално одговарају.[40] Није, наравно, сигурно да ће ово дати неке упечатљиве резултате, бар не брзо. Углед суда у англосаксонским земљама, посебно у САД, плод је нарочитог стицаја околности. Док је биједно судство Француске прије револуције од 1789. наслиједило не много боље судство у XIX вијеку. Свијет који готово никад није узимао суд за озбиљно (сем, можда, у својству приједступника) треба да угледа доста разлога да би промијенио свој став. Свакако да није довољно прогласити суд независним, и промијенити начин именовања судија односно учинити их непокретним. Институционализација суда који је достојан тог имена захтијева поред низа додатних интервенција заправо преображај читавог правног система.

То важи и за тржишну привреду и регулативне способности државног апарата. Чак и у транзиционим земљама које слове као најуспјешније није у први мах било јасно колико модерна тржишна привреда надилази свој једноставни

[37] Ријеч је, наравно, о теорији и емпиријском проучавању изградње институција. Из преобилне литературе издвајам само три дјела: Giovanni Sartori, *Comparative Constitytional Engineering. An Inqyiry into Stryctyres, Incentives and Oytcomes*, MacMillan, Hoyndmills and London 1994; Jon Elster, Clays Offe and Ulrich Preyss - with Frank Boenker, Ulrike Goetting, and Friedrich W. Ryeb, *Institytional Design in Post-Commynist Societies. Rebyiilding the Ship at Sea*, Cambridge University Press, Cambridge-New York-Melboyrne 1998, p. 350; Karl Hinrichs, Herbert Kitschelt, Helmyt Wiesenthal (Hg.), *Kontingenz ynd Krise. Institytionenpolitik in kapitalistischen ynd postsozialistischen Gesellschaften*, Campys Verlag, Frankfurt, New York 2000, S. 378.

[38] Уосталом, томе се ни у САД нико није надао, бар не прије случаја Marbyry vs. Madison.

[39] Уп. Herman Schwartz, *Syrprising Syccess: The New Eastern Eyropean Constitytional Coyrts,* у Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.), *The Self-Restraining State. Power and Accoyntability in New Democracies*, Lynne Rienner Pyblishers, Boylder and London 1999 (p. 395), pp. 195-216.

[40] Уп. Pedro C. Magalhaes, *The Politics of Jydicial Reform in Eastern Eyrope*, Comparative Politics, October 1999, pp. 43-62.

laisser faire покретач. У којој мјери су те институције сложене и разуђене најбоље показује обим *aquis communautaire* ЕУ, или чињеница да, институционално гледано, не постоје два иста капитализма. На други начин то показује овдашње искуство гувернера централне банке.[41] Одсуство важних институција тржишне привреде, или само њихова неразвијеност, ремети читав аранжман или систем на озбиљан начин. Не само што се тако отвара простор оном "другом свијету" ("сива економија") већ се он на неки начин и тражи, подразумијева, и, што није мање важно, апарат јавне власти се неизбјежно упушта у произвољне, неконтролисане захвате, чије су посљедице далеко од оптималних.

Као што је у овим земљама подршка капитализму већа од оне која је забиљежена у БРД осамдесетих година[42], тако је и подршка владавини права већа од оне која се биљежи у "земљи поријекла", самој Енглеској[43]. Таквим налазима ја не бих придао превелики значај. Владавину права као апстрактно начело или неке њене такође начелне изводе неће одбацити можда нико, можда ни "мафијаш", али схваћена на тај начин она је норма лишена смисла, или бирократски идеал Веберовог "судског аутомата". Њена права вриједност лежи, напротив, у њеној динамичности, у њеној напетој несавршености, у основној могућности коју пружа - да се право "истјера". Другим ријечима, у плурализму носилаца права, грађана и инкорпорираних тзв. правних лица (у које спада и "држава"), који у својим односима слиједе начелно јасна вишеструка правила игре, што значи и то да своје односе преводе и своје спорове рјешавају у правном дискурсу, аутономно или равноправно пред ауторитетом неутралног трећег (суд).

[41] - Народне банке Југославије која је у ствари централна банка Србије. Према неолибералном институционалном "дизајну" централна банка је посве аутономна институција која се брине искључиво о монетарној стабилности (као данас узорни модел, Европска централна банка, за разлику од које је, на примјер, стара и тако успјешна централна банка СРЊ, била суодговорна за економски раст и друге перформансе националне економије). Поменути гувернер је дошао у (не)очекиване сукобе са предсједником владе, па чак и са врховним судом. Јасно је да су, уз друге разлоге, овдје по сриједи неразвијене и неусклађене институције.

[42] Laszlo Bryszt, *The Politics of Patience: Sypport of Capitalism*, у Samyel H. Barnes and Janos Simon (eds.), *The Postcommynist Citizen*, Erasmys Foyndation and Instityte for Political Science of the Hyngarian Academy of Sciences, Bydapest 1998 (p. 272), pp. 173-180, posebno p. 174.

[43] William L. Miller, Stephen White and Payl Heywood, *Valyes and Political Change in Postcommynist Eyrope*, MacMillan, Hoyndmills-London 1998 (p. 459), pp. 411-412.

Pavle Jovanović, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

ESTABLISHING THE BASIC ASSUMPTIONS OF THE RULE OF LAW DURING THE TRANSITION TO DEMOCRACY

Abstract

The author analyzes what transition to democracy means together with critically developed notions of transformation and system change, and argues that the transition to democracy, in the case of former socialist countries, is the most appropriate term for the corresponding historical process. Deconstruction of socialism, which is essentially a short-term process with determined and achievable goals, largely takes place in conditions of legal continuity. These goals include the restoration of the rule of law and its prerequisites. The author proceeds to examine the relationship of the rule of law with democracy and market economy, pointing out areas of harmony, as well as those of contradiction, whereby, in his final remark, the author emphasizes that the value of the rule of law does not lie in abstract principles, but in its dynamism, in its tense imperfection. The value of the rule of law lies primarily in the pluralism of right holders who, within their relationships, follow principally clear, multiple rules of the game: their relationships and disputes fall within the legal discourse, autonomously or equally before the authority of a neutral third party (court of law).

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.25-42

Др Станко Пихлер, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КРИВЧНОПРАВНА ЗАШТИТА СЛОБОДА И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И ЊЕНО ЗНАЧЕЊЕ ЗА ИЗГРАДЊУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Сажетак: *Један од централних проблема у успостављању правне државе је остваривање права и слобода човека и грађанина. У томе смислу кривичноправна заштита има значајну улогу. Круг кривичних дела којима се крше слободе и права човека и грађанина је широк, далеко шири од групе кривичних дела под тим називом у кривичном закону. Правни основ за успостављање кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина су уставне одредбе о овим правима и слободама.*

Обрађен је само материјално-правни, а не и процесноправни и извршноправни аспект кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина.

Аутор указује на специфичности ове заштите, на њено уређење у југословенском праву, и на потребу њеног унапређења посебно са становишта међународног права о људским правима. Констатује да постоји одређени простор угрожавања права и слобода човека и грађанина који није "покривен" домаћим кривичним правом, а то би било целисходно. Посебно наглашава значај потсистема овлашћених норми којима се релативизује ова заштита.

Кључне речи: Правна држава, човек, грађанин, слободе, права, транзиција, кривично право, правни стандарди, легитимитет, легалитет.

1. Права човека и грађанина (држављанина) данас су у центру пажње сваког промишљања политичке заједнице и положаја човека у њој. Њихово значење се посебно анализира с обзиром на концепт *правне државе*, а с тим у вези специјално

у земљама и друштвима у тзв. *транзицији*. То је незаобилазна тема сваког озбиљнијег политичко дискурса и основно мерило демократичности и цивилизацијских процеса у сваком савременом друштву. Тема је изузетно широка, значајна и компликована. Треба скренути пажњу на то да се она лако инструментализује па понекад и банализује у текућим социјалним збивањима. То може бити вешта замена за њену маргинализацију. Осећа се чак извесна "засићеност" радовима на ову тему, са много понављања већ реченог, формализације проблемâ, вербализма па и морализације, али и нека општа немоћ да се успоставља стање које се пројектује и на општем међународном, и на регионалним, и на националним плановима. Зачудо, као да је говор о овој великој теми - *теми нашег века* - у обрнутој сразмери са остваривањем права и слобода у *претежном* делу земаља и друштава. Као да разговори о њој откривају расап између пројекције и стања ствари, да све шире упознавање са питањима људских права и слобода открива њихов низак стварни ниво. Све се више увиђа декларативност људских права и слобода, јер њихове гаранције уставима и уређеност законима нису довољни или нису довољни сами за себе. Постоји *стварност* која се очигледно жилаво опире нормативним захтевима. То упозорава, с обзиром на значај проблема, на то да се токови остваривања људских права морају контролисати и стално *инсистирати* на њиховој актуализацији.

Аспекти проблема заштите људских права и слобода су различити: политички, морални, правни. Њих није могуће строго раздвајати - стваран увид у питања људских права тражи *општи увид*. Ширина људских права и слобода и степен њихове остварености је показатељ стварне *институционализације* друштва.

Правни аспект ове теме има своје разноврсне сегменте, уставноправни пре свега али и остале позитивноправне. Међу њима је и *казненоправни*, а у оквиру овог посебно - *кривичноправни*. Кривичноправни сегмент заштите људских права и слобода има три своја вида: *материјалноправни*, *процесноправни* и *извршноправни*. Овај последњи је важан у смислу извршења кривичних санкција, посебно казне лишења слободе. Ова три вида казненоправне заштите људских права и слобода међусобно се *условљавају* и *допуњавају*.

Овде је реч "само" о *материјалноправном* облику казненоправне заштите људских права и слобода, па и о њему релативно ограниченом обиму с обзиром на ширину проблематике коју овај облик заштите људских права и слобода подразумева. Зато се упозорава на *оквир*, предмет и циљ, овог рада. Он је *осврт* на ову заштиту. У раду ограниченог обима могуће је *само назначити основна питања* кривичноправне заштите људских права и слобода, а никако није потребно очекивати темељиту обраду читавог низа посебних питања, нарочито не оних правнодогматске природе.

2. Права човека и грађанина-држављанина (human and civil rights, Menschen und Staatsbürgerrechte) у политолошкој литератури означавају се као права која имају *сва људска бића* самим тим што су људска бића. Политичка заједница их установљава законом у циљу заштите *појединца уопште* или као *грађанина* (држављанина). Права човека се обично сматрају "природним правима", а права држављанина се изводе позитивним законодавством. Борба за афирмацију слобода и права

човека била је дуга и мучна. Она ни данас не престаје, како на међународном тако и на унутрашњем плану. Своју афирмацију доживљавају у буржоаским револуцијама и од тог времена су предмет науке, политике, етике и права, у наше време посебно с обзиром на Општу декларацију о људским правима ОУН и Међународни пакт о грађанским и политичким правима. Та се права сматрају *неотуђивим* и *основним.* Без њих није могућ модеран политички и правни *статус човека* као појединца и као политичког субјекта. Тек та права "конституирају особу као правни и политички субјект". Данас се сматра да су она *услов* а не последица грађанских *обавеза*.

Та права се могу *поделити* на разне начине: негативна права (тј. права насупрот држави) и позитивна (тј. она која се реализују уделом појединца у функционисању установа политичке заједнице), индивидуална и колективна права. Важна је подела ових права с обзиром на *објект* заштите. Она је посебно присутна у кривичном праву. Говори се и о тзв. *генерацијама* људских права и слобода, почев од "прве" (тзв. класична права) па већ до "четврте" генерације. Тако се данас настоји да изграде и "права" свих живих бића, што је повезано са снажним развојем еколошке свести. Такав приступ људским и правима других бића отвара низ начелних правних питања, као на пример: питање правног субјективитета, облика, степена, садржине и средстава заштите.

Све промене концепта, садржаја и обима права и слобода мора да *прати и кривично право*. Оно треба да буде *адекватно* средство заштите целокупног *система* актуалних људских права и слобода, с тим што не сме и не може бити средство заштите *свих* права и слобода већ, како ћемо касније видети, само одређених. Међутим, та "адекватност" је сложен проблем. Механизам ове заштите мора бити флексибилно постављен. Треба да води рачуна о низу вредности које могу бити и у конфликту. Не сме се претворити у своју супротност и постати пре средство ограничавања него ли афирмације људских права и слобода. Кривично право нажалост има способност да буде употребљено у оба смера. Основна тешкоћа у његовом уређивању као инструмента заштите социјалних вредности се зато своди на питање, до којих *граница* путем кривичног права држава треба да буде и може да буде *делотворна*. Који сегмент слободе, поводом заштите људских права, може бити и има смисла да буде ограничен да би ова делотворност била *легитимна*? Јер, данас је изузетно важно изградити легитимно кривично право. Однос *права* и *слободе* је вишезначан, а посебно се проблематизује у простору кривичног права. Једно друго подразумева, али понекад и искључује. Постоји низ *колизиционих ситуација* којима се мора бавити кривично право да би решавало сопствену енигму, а како би било примерено савременим потребама човека и његове заједнице. Оно због тога мора бити подложно сталним и разумним *променама*. Његова дијаболичност и традиционална конзервативност, која није без неког значења и значаја, не смеју бити препрека предњем захтеву.

3. *Природа* кривичног права одређује и *специфичност* кривичноправне заштите људских права и слобода. То је јавно, деликтно, казнено, репресивно-превентивно средство заштите социјалних вредности једног друштва и појединца у њему. Оно делује, примењује се, *post factum*, тј. након и на основу учињеног кажњивог дела за које је прописана правна санкција, по правилу *казна*, као *зло* које

се свесно и законито наноси учиниоцу дела с циљем да убудуће не чини кажњива дела, али и да делује на друге, потенцијалне субјекте кривичног дела, да не чине кривична дела. Оно тиме и тако врши *заштитну функцију* - у том смислу је специфично средство *социјалне контроле*. Међутим, кривично право врши и *гарантивну* улогу као посебан вид своје заштитне функције. Гарантује субјектима права *начело законитости* у прописивању кривичних санкција и услова за њихову примену. Кривична прескрипција мора бити правно успостављена *пре* него што је дело учињено и пре него што је санкција примењена (начелна забрана ретроактивног важења кривичног закона). Гарантивна функција кривичног права већ *по себи* представља један фундаменталан и општи облик *заштите* човека од могућег арбитрирања у примени принудних средстава јавне власти, али и у стигматизацији људи.

Зато се већ у чл. 1 КЗ СРЈ, поред осталог, наглашава заштитна функција кривичног законодавства и у том смислу, да оно штити човека и његову заједницу од *насиља* и *самовоље*. У формалном смислу та се заштита усмерава против *кршења* уставности и законитости, а *пре свега* (тј. у првом плану) се односи на заштиту *основних права и слобода* човека и грађанина. Дела која представљају атак на ове вредности се и по КЗ сматрају *друштвено опасним* делима и *зато* кривично кажњивим; право третира друштвено опасним *такво* понашање појединца које је уперено против личних и колективних *основних* права и слобода човека и грађанина, али не и осталих права и слобода (за чију заштиту се користе друга правна средства). Независност и безбедност земље, као и уставом утврђени поредак су такође предмет ове заштите, али она већ по редакцији поменуте одредбе Закона долази *накнадно*. Таква формулација законског текста дозвољава тумачење, да је држава као организована јавна власт средство за остваривање основних права и слобода човека и грађанина, а не циљ по себи и за себе. Ова одредба је *начелне природе* и она би због тога морала бити *смерница* која одређује *садржину и примену целокупног*, а не само материјалног већ и процесног кривичног права.

Систем кривичноправне заштите има своју *легитимацију* не само у предњем смислу, већ и у смислу *основа* и *граница* кривичноправне принуде. У томе смислу посебно је значајна одредба чл. 2 КЗ СРЈ. Као основ, а то је пре свега *правни* основ, кривичноправне *принуде* Закон одређује *заштиту* (тј. нужност заштите) *човека*, додуше и "других основних вредности *друштва*". *Границе* те заштите одређене су *само* потребом те и такве заштите. Ван тог основа и ван тих граница – кривичноправна заштита је начелно и *нелегална* и *нелегитимна*. Због тога би прописивање делâ као кривичних делâ и санкција за њихове учиниоце *ван* тог основа и тих граница - било и нелегално и нелегитимно. Ван тих граница елементарна људска права и слободе били би угрожени самим кривичним правом. Та се заштита, дакле, мора кретати у законитим и легитимним оквирима. Тиме се открива поменута *амбивалентна* позиција кривичног права као средства заштите људских права и слобода. Оно може бити и инструмент њихове заштите и инструмент њиховог угрожавања, утолико лакше уколико се питање његове легалности и легитимности изводи и подреди судовима и критеријумима сумњиве (парцијалне) вредносне природе. Међутим, то ипак не умањује начелну легалистичку и легитимистичку вред-

ност поменутих одредаба важећег права, посебно ако се имају у виду савремене тенденције унифицирања и стандардизације вредносних категорија ове врсте на међународном плану.

Са становишта заштите основних људских права и слобода, као опште људских и грађанских, велик значај имају и многе друге установе *општег* карактера, које су уграђене у савремено па и у наше кривично право. То су у првом плану опште кривичноправне установе које се односе на питање *кривичне одговорности* и *систем кривичних санкција* и законом утврђене услове за њихову појединачну примену. Са становишта савременог концепта кривичне одговорности битан је принцип *субјективне* одговорности. Тиме се човек (појединац) као могући субјект који је подложан *осуди*, пре свега кажњавању, штити од *импутирања* одговорности и кажњивости на бази каузалитета, тј. искључена је објективна одговорност. Другим речима, принцип субјективне одговорности подразумева *слободу* - одговорност се заснива на идеји слободе, осуда се заснива на истој идеји, па и казна као санкција на којој још увек почива савремено кривично право. Тиме се начелно успоставља дигнитет субјекта кривичног дела као слободног бића. Примена савременог кривичног права на неслободном (неурачунљивом, невином) понашању човека је изузетак. Истовремено, примена било које кривичне санкције, дакле не само казне и других кривичних санкција које подразумевају осуду, увек претпоставља (подразумева) учињено кривично *дело*. Т о значи да јавна власт не може вршити принуду у форми кривичне санкције *само* на основу неких особина *личности*. Личност игра значајну улогу у *избору* врсте и мере кривичне санкције (индивидуализација санкције), али *тек* пошто је дело учињено као општи услов примене било које кривичне санкције. *Систем* кривичних санкција опет, са своје стране, мора бити довољно еластичан да одговара идеји тако схваћене одговорности, али и идеји заштите када одговорности нема а санкцију одређене садржине има смисла применити, уз поштовање елементарних права и слобода таквог субјекта кривичног дела (на пр. примена специјалних превентивних мера које се заснивају на идеји *опасности*). У том делу система кривичних санкција треба бити *особито обазрив* и у њиховом прописивању и у њиховој примени, нарочито када су у питању мере које подразумевају лишавање слободе у ограниченом или неограниченом трајању.

Треба још једном нагласити *начело законитости* (легалитета) у прописивању кривичних санкција и услова за њихову примену специјално са становишта заштите људских права и слобода. Став да се *само законом*, а то значи само од представничког тела (парламента) могу ограничавати основна права и слободе у кривичнопранвом смислу и успостављати систем кривичноправне заштите, говори о *озбиљности* овог питања у сваком правном систему. Тиме се искључује могућност да се подзаконским актима и од стране извршних органа власти уређује ова осетљива правна материја. Систем кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина диспонира парламентарна, а примењује га судска власт. Извршна власт се ангажује тек у процесу извршења судских одлука, чије је извршење у неким случајевима контролисано од судске власти. Та би контрола додуше могла бити и шира, али то је посебно питање.

У структури *посебно дела* кривичног права, тј. оног којим се прописују поједина кривична дела и казне за њихове одговорне учиниоце, а са становишта потреба заштите слобода и права човека и грађанина, у начелу мора бити прихваћена *либералистичка* оријентација, тј. мора се већ на основу поменуте одредбе чл. 1 КЗ СРЈ у први план ставити заштита индивидуалних, општељудских и грађанских вредности. Оваква оријентација у нашем кривичном законодавству, иако прихваћена у начелној одредби, није практично доследно спроведена. Измене и допуне које су у нашем кривичном законодавству изведене 1990. и 1993. године, пре свега у односу на регулисање кривичних дела против државе, само су *донекле* ублажиле ранији етатистички приступ систему посебног дела кривичног закона, његову репресивност и наглашену идеологизацију кривичноправних појмова. Још пуно тог би требало учинити на плану његовог уподобљивања савременим потребама *балансирања* заштите индивидуалних и општих вредности. Та шанса се указује, у поступку израде јединственог Кривичног законика. Колико ће она бити искоришћена, и у предњем смислу и у другим правцима, остаје да се види.

Са становишта заштите основних права и слобода поставља се и питање, пре свега везано за посебни део кривичног законодавства, степена *прописане репресивности* кривичног права, тј. законом уређених оквира казни. С тим у вези мора се проматрати и систем неких *општих* установа, правила о одмеравању казне и примени других кривичних санкција *и мера* (на пр. правне последице осуде) које нису кривичне санкције али се ослањају на кривичну санкцију која је осуда. Њима је циљ да се реализује законом утврђен *курс* казнене политике, али и да се, с обзиром на поменуте начелне легитимирајуће одредбе, обезбеди *примерени репресивни ниво* у овој заштити, а у смислу поменутог легитимирајућег начела. Те опште установе су довољно еластичне и пружају *правну* могућност остваривања овакве њихове сврхе.

Разуме се да за кривичноправну заштиту слобода и права човека и грађанина посебан значај имају оне *многобројне* одредбе важећег кривичног законодавства (које се налазе у кривичним законима и данас код нас врло екстензивном споредном кривичном законодавству!/, које *инкриминишу* одређено понашање као кривично дело, тј. као дело које је довољно друштвено опасно да повређује или угрожава неко или нека *основна* права и слободе човека и грађанина. То је широка не само правна већ пре свега криминалнополитичка проблематика. С обзиром да су основне слободе и права човека и грађанина *гарантовани* уставом и поред осталог *заштићени* кривичним законом, мора постојати одговарајућа *правна комуникација* између ових одредаба устава и кривичног закона. Свакако да та комуникација мора постојати и у односу на *опште* установе или принципе кривичног права (на пр. начело законитости у прописивању кривичних дела и санкција, начелна забрана ретроактивног важења кривичног закона, забрана прописивања смртне казне за кривична дела прописана савезним законом, а могућност пописивања ове казне републичким законом за најтеже облике тешких кривичних дела, помиловање које може и озбиљније да утиче на остваривање кривичноправне заштите људских права и слобода и сл.). Другим речима, када је у питању уређивање одређених понашања *као кривичних дела*, онда се уставне одредбе о основним правима и

слободама човека и грађанина појављују као *диспозитивне* у односу на кривичноправне одредбе којима се одређују *претпоставке санкције* или *деликти* (кривична дела). Уставна одредба "каже" како "треба", а кривичноправна како "не треба" и шта следи. Тиме се обезбеђује *целина правне норме* у догматском смислу која врши заштитну, у овом случају кривичноправну заштитну функцију вредности које се гарантују уставом.

Дакле, проблематику кривичноправне заштите слобода и права треба посматрати у контексту важећег устава, *али* у савременом праву и важећи устав се мора посматрати у контексту *међународноправних обавеза*. Зато је и питање кривичноправне заштите ове врсте и међународноправног карактера. Ако међународни акти и устав гарантују људска права и слободе, онда се, како је речено, поставља питање како ће и до које мере она уопште бити правно заштићена, па и како ће у тој заштити држава интервенисати кривичним правом. Пошто је увек присутна *тензија* између човека и јавне власти, мора се на задовољавајући начин решити однос између заштите државе као јавне власти и заштите појединца. Појединац, другим речима, мора бити заштићен *од јавне власти*, али и заштићен *јавном влашћу*. Она га мора штитити, али га може и угрозити. Управо је кривично право карактеристично по том, како рекосмо амбивалентном положају и специфичној функцији: оно јесте израз јавне власти, али истовремено и инструмент те власти да штити не само себе већ примарно појединца, као човека и као грађанина. Због тога је разговор о кривичноправној заштити слобода и права човека и грађанина *не само* разговор о том облику заштите, као примарном, већ *посредно* и разговор о природи и садржини кривичноправне заштите државе као институције. Уколико се она, као институција, примери концепту правне државе и цивилног друштва, утолико се пре и утолико више може очекивати да ће и основне слободе и права човека и грађанина бити стављене у први план.

4. Из разлога који је наведен, кривичноправна заштита људских права и слобода данас се мора сместити у контекст *међународних стандарда*, тј. ова заштита има све наглашенији међународноправни аспект, који се у установама позитивног кривичног права манифестује у различитим правцима и облицима (на пр. уређивању просторног важења кривичног права - пре свега све снажнија афирмација универзалног принципа важења права, садржине кривичноправних норми инкриминаторног карактера, систему кривичних санкција, казненој политици законодавца, застарелости кривичног прогона, тумачењу неких основних појмова, посредним изворима кривичног права код кривичних дела са бланкетном диспозицијом и др.). Људска права и слободе нису више унутрашња ствар државе ни у смислу њихове кривичноправне заштите нити су подређена класичном схватању појма државног суверенитета, који се изражава и кроз кривично право. Све се више наглашава потреба *сарадње* у њиховој заштити на међународном плану. У том смислу уводе се нове установе у кривично право или адаптирају класичне. Питање ове заштите се утолико више интернационализује као кривичноправни проблем уколико садржина и примена конкретног ("унутрашњег") права није усаглашена са одговарајућим захтевима и очекивањима са становишта међународно *прихваћених* обавеза државе. Ова врста захтева се у првом плану

поставља на нивоу *устава*, а потом и на нивоу позитивног права заснованог на њему па и кривичног права. Норме међународног права о основним правима и слободама човека имају двоструко значење: *непосредно* и *посредно*. Непосредно се изражава у том смислу што постоје одговарајуће норме материјалног и процесног права које су аутономне, тј. делују (примењују се) непосредно. У садашњем међународноправном поретку, примећује се да материјалноправне норме ове врсте *нису* адекватно праћене нормама процесноправног карактера, па због тога материјално право не може да буде ефикасно у непосредној заштити слобода и права човека. *Посредно* значење норми овог права огледа се у њиховом *утицају* које врше на унутрашњу регулативу и у материји кривичног права, као обавезе које државе преузимају у форми међународног уговора. Тим путем се систем заштите права и слобода све више постепено *унифицира*.

Овај аспект кривичноправне заштите слобода и права рефлектује се у два правца: у правцу *обима и садржине* заштите и у правцу *начина* заштите. С позиције међународноправних стандарда (условно схваћених), питање кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина у конкретном правном систему може се *критиковати*, или у смислу да су нека права незаштићена или недовољно заштићена, тј. да у важећем праву *нису* уграђени кривичноправни инструменти (на пр. одговарајуће инкриминаторне норме) у циљу заштите неких права, или у смислу да баш *постоје* такви инструменти (на пр. деликти мишљења, вербални политички деликти и сл.) који ограничавају или искључују нека права и слободе, тј. преферирају "ефикасност" система заштите јавне власти на терет људских права и слобода. С обзиром на садржину нашег важећег кривичног права основана су оба вида његове критике ове врсте.

5. За *оцену* кривичноправне заштите људских права и слобода, загарантованих међународним правом и уставом, битан је још један моменат: *неусклађеност прописаног* (важећег) и *примењеног* права. За кривично право је то важно и са становишта његове *стварне* (фактичке) *репресивности*. Репресивност је ипак битна одлика кривичног права (кажњавања), ма колико оно иначе реално вршило и превентивну функцију и ма колико се у савременом кривичном праву начелно инсистира на његовој превентивности (у концепцији кривичне санкције и сл.). Једно од суштинских питања је, зато, који обим и који интензитет репресивности кривичног права је потребан за заштиту социјалних вредности због којих оно и постоји. Формално наглашена (непримерена) репресивност неког кривичноправног система може фактички бити *непримењена* или *примењена* на ниском нивоу своје могуће репресивности. Као и обрнуто! У питању је тзв. *казнена политика* конкретног времена и друштва, која се дакако може и мењати, па и њен аспект или део који се тиче кривичноправне заштите људских права и слобода. То је сложена тематика баш са овог становишта и изузетно тешка за истраживање. Разлози за ту појаву су разноврсни.

Резултат ова два могућа курса казнене политике (у ствари политике примене кривичног права) је важан. Могуће је да се једно релативно репресивно и непримерено кривично право учини подношљивим, али и обрнуто. Овде је важна *улога правосуђа*. Код нас је одавно примећена *појава* постојања *два курса* казнене поли-

тике: курс законодавца и курс правосуђа. Не улазимо у сложена питања њихове "адекватности", али се може поћи од претпоставке да је правосуђе свесно *ублажавало* једно репресивно кривично право - тако је оно доживело *"критику" изнутра.* Законодавац као да то још увек није схватио па је ова појава изгледа присутна и даље.

Свакако је, ипак, најбоље инсистирати на томе, да кривично право већ у својој легалној садржини буде примереног степена репресивности, тако да се већ формално *спречи* могућност његове фактичке репресијализације на вишем нивоу од очекиване и могуће, односно да се отклони потреба "кориговања" законодавчевих ставова инструментима правосудних процедура. Тиме се *приближава* легални и легитимни ниво репресије садржан у кривичном праву, што га чини ауторитативнијим у позитивном значењу па тиме и примарно и секундарно ефикаснијим.

Међутим, неопходно је указати на још једну битну чињеницу везану за сваки правни систем, која је важна за оцену *садржине*, у формалноправном смислу, система кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина. Наиме, с обзиром да је кривично право као подсистем права *део* ширег система права и да је цео правни систем *јединствен* у свом функционисању као нормативни систем, постоји широк простор *овлашћујућих норми* које су *ван* кривичног права (мада се могу налазити и у кривичном праву, на пр. норма о праву на нужну одбрану и сл.), али делују на његово *важење* и разуме се *примену*, или пак не на важење али искључују могућност његове примене. То је битно за целовит увид у функционисање кривичног права *in concreto*. У питању су норме права које имају такву правну снагу да *искључе*, или *противправност* одређеног понашања као кривичног дела, или његову *друштвену опасност*, или *могућност примене* установа кривичног права, или *кажњивост*. Оне *коригују*, са своје стране и из посебних правнополитичких разлога, систем кривичноправне заштите. Та корекција понекад иде у правцу појачавања, али понекад и у правцу слабљења система кривичноправне заштите људских права и слобода. Оне искључују могуће *начелно* одређено и формално утврђено дејство кривичног права и његову заштитну функцију. Овај специфичан сегмент правних норми, које се често налазе у области управног права (на пр. полицијског права), за ову тему је потребно посебно истаћи због тога, што је у нашем правном систему присутан *широк круг* таквих пермисивних норми, којима се релативно широк круг ситуација, у којима се поставља питање људских права и слобода, *искључује* из простора њихове кривичноправне заштите, тј одређена понашања која су по себи атак на људска права и слободе се на основу таквих норми *не сматрају* противправним или кажњивим. Једноставно речено, тиме се *сужава* простор ове заштите, односно поменута "корекција" у нашем правном систему претежно иде *на штету* заштите људских права и слобода.

Према томе, за оцену конкретног кривичног права, у смислу његове подобности да буде примерено и ефикасно средство правне заштите међународним правом и уставом гарантованих основних права и слобода човека и грађанина, треба имати у виду све поменуте (разуме се и неке непоменуте) параметре који утичу и на његово конституисање у формалном смислу и на његово функционисање у фактичком смислу. С тим у вези су посебно важна питања (иначе врло осетљива) везана за ста-

лан процес *криминализације и декриминализације* одређених понашања, односно *пенализације и депенализације* криминализованих понашања, све дакако у склопу општих питања слобода и права.

Због свега поменутог, до *формалне садржине* кривичноправне заштите слобода и права човек аи грађанина могуће је доћи увидом у одговарајућу међународноправну, уставноправну и кривичноправну регулативу, која се због поменуте везе изводи из претходне две. Неопходно је указати, бар фрагментарно, и на онај део правног система који "коригује" кривичноправни систем заштите људских права и слобода код нас. Питање његове *примене* и *ефикасности* је проблем за себе и он излази из стриктног нормативног простора материјалног кривичног права. Везан је за процесно кривично право, извршно кривично право (систем извршења кривичних санкција), као и низ других правних и ванправних питања. Проблем његове ефикасности у *социолошкоправном* значењу строго узев *није предмет права* и јуриспруденције, ма колико да је неоспорно важно питање.

6. Са мањим изузецима, Југославију обавезују готово сви релевантни *међународни правни акти* о људским правима који су битни и за њихову кривичноправну заштиту. У том смислу посебно треба навести: Повеља УН, Општу декларацију о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Конвенцију о незастаревању ратних злочина и злочина против хуманости, Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина апартхејда, Конвенцију против ропства, Додатну конвенцију о укидању ропства, трговине робљем и установа и праксе једнаке ропству, Конвенцију о сузбијању трговине особама и искоришћавању проституције других, Женевску конвенцију о заштити цивилних лица у време рата, Додатни протокол Женевској конвенцији о заштити жртава међународних оружаних сукоба, неколико конвенција које се односе на разне облике забране дискриминације по полу, образовању, занимању, и др.

Код нас се често наглашавало и наглашава, да је и правни систем СФРЈ и правни систем СРЈ следио и следи у формалном и декларативном смислу универзални и на међународном плану прихваћен *модел* заштите људских права и слобода, па тиме и одговарајућу њихову кривичноправну заштиту. У односу на ове обавезе међународноправног значаја и Устав СРЈ из 1992. године и устави република (Устав РС из 1990. и Устав РЦГ из 1992. године) одређују се позитивно. Према чл. 16 ст. 2 Устава СРЈ, СРЈ "у доброј вери испуњава обавезе из међународних уговора у којима је она страна уговорница", а међународни уговори "који су потврђени и објављени у складу са уставом и *општеприхваћена правила међународног права саставни су део* унутрашњег правног поретка". Тиме се легализује идеја *стандардизације* и кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина. Међутим, приметне су и извесне противречности наших устава у односу на међународно право, специјално у односу на слободе и права. Наиме, у републичким уставимуће нормередаба о упућивању на међународно право, а остваривање корпуса људских права се искључиво везује за уставе (чл. 8 Устава РС и члан 14. Устава РЦГ), односно унутрашње право. Такође, у Уставу СРЈ се "признају и јемче

слободе и права *грађана* које признаје међународно право", а у чл. 19 је одредба контрадикторна претходној, јер предвиђа остваривање људских права *искључиво* на основу Устава, без упућивања на међународне документе, чиме се даје приоритет унутрашњем праву.

Разуме се, кључно је питање односа правних *садржаја* уставне регулативе о људским првима и слободама према оним правним садржајима о правима и слободама који се налазе у међународном праву. И у том смислу региструје се *низ* неусаглашености. То је свакако важно за "унутрашњу" кривичноправну заштиту људских права и слобода, будући да устав одређује садржински оквир те заштите. Тако се и у смислу кривичноправне заштите региструје низ неусаглашености у односу на модел заштите који подразумева међународно право. Наглашава се да, не само што нека права и слободе нису адекватно заштићени, већ да постоји и низ ограничавајућих одредаба у правном систему које ограничавају формално постављен систем кривичноправне заштите. И пре 1990. године упозоравало се, а и данас ситуација није битно другачија, на следеће појаве у нашем систему кривичноправне заштите с обзиром на његов међународни контекст: постојање низа законских и подзаконских норми које нарушавају правно утврђен систем заштите, постојање деликата мишљења и вербалних политичких кривичних дела, једносмерна концепција политичког кривичног дела, идеологизација неких општих и посебних кривичноправних одредаба, релативно репресиван систем кривичних санкција, еластичност одредаба којима се регулишу политичка кривична дела (тзв. каучук параграфи), широка кажњивост припремних радњи и покушаја код кривичних дела против државе и уопште јавне власти, постојање паракривичних санкција у форми правних последица осуде, постојање једног облика саучесништва који је потпуно превазиђен а којим се доводи у питање принцип субјективне одговорности (организовање злочиначког удружења), неадекватно уређивање кривичне одговорности за кривична дела која се врше путем средстава јавног информисања и комуницирања, нејединствен и непринципијелан став према смртној казни који је доводио до апсурдних решења у законодавству, итд.

7. Наши послератни устави, како савезни тако и републички, односно покрајински, *инсистирали* су на људским правима и слободама. То се нарочито примећује од 1963. г. још снажније изражава 1974. г. и поново потврђује у Уставу СРЈ из 1992. године, као и Уставу РС из 1990. и Уставу РЦГ из 1992. године. Овај тренд се потврђује не само у посебним и обимним главама уставâ које се специјално односе на људска права и слободе, већ и у уводним, дакле програматским деловима уставâ. Тако већ у чл. 1 савезног устава наглашава се принцип *равноправности грађана*, штавише сама држава је "*заснована*" на равноправности грађана. У чл. 1 Устава РС наглашава се не само да је Србија "демократска држава грађана" и да је заснована на владавини права и социјалној правди, већ и "на слободама и правима човека и грађанина", а према Уставу РЦГ Црна Гора не само што је одређена као "демократска, социјална и еколошка држава" - република која је "чувар светиње и чистоте природе", већ се у краткој уставној преамбули наглашава и "привржeност *грађана* Црне Горе *слободи*...и *једнакости* међу људима и пријатељству међу народима". Слободним се сматра све што уставом и законом није забрањено. Слободе и права

човека и грађанина ограничене су у начелу само једнаким правима и слободама других и када је то уставом утврђено.

Садржина слобода и права у сва три устава су постављени на мање више исти начин, с тим што су посебно разрађена, нарочито нека права и слободе, у Уставу РЦГ који је у ширини слобода и права отишао најдаље. Могу се раздвојити пет категорија уставом утврђених и гарантованих слобода и права:

а) *Личне слободе и права*: неповредивост личности (физичког и психичког интегритета, посебно приватности), неприкосновеност живота човека (у том смислу постоје различити ставови у погледу могућности прописивања смртне казне између савезног и републичког устава), право на личну слободу, право на поштовање личности у поступцима државних органа, забрана мучења, огледа, понижавајућег кажњавања, гарантовање начела законитости, слобода кретања и настањивања, неповредивост стана, неповредивост тајне писма и других пошиљки, јемство заштите података о личном животу.

б) *Политичке слободе и права*: бирачко право, право на иницијативе, петиције и представке, слободу убеђивања, савести, веровања, мисли, изражавања националне припадности, културе, употребе свог језика и писма, слобода штампе и другог јавног обавештавања (забрана цензуре), слобода окупљања, говора, јавног иступања, удруживања, забрана тајних и паравојних организација (у Уставу РЦГ), право обраћања међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајамчених Уставом (у Уставу РЦГ);

в) *Економске, социјалне и културне слободе и права*: право својине, наслеђивања, слобода привређивања, слобода стварања, право на штрајк (сем запослених у државним органима према Уставу РЦГ), забрана злоупотребе деце, аутономија универзитета (према чл. 63 Устава РЦГ), као и високошколских и научних установа.

г) Права на локалну самоуправу.

д) *Посебна права припадника националних мањина*: право на заштиту идентитета, на језик, школовање и информисање на свом језику, на симболе, историју и културу својих група, сразмерну заступљеност у јавним службама, органима јавне власти, право на контакте са својом матичном културом (вид. посебно чл. 67 Устава РЦГ).

Анализом уставних одредаба о људским правима и слободама које су загарантоване нашим уставима, може се утврдити, да је Устав РЦГ најпотпуније изразио захтеве који се пред устав постављају на нивоу међународноправних обавеза. Заштита ових права је успостављена законима. У низ питања, па и у могућност критике уставних решења у вези заштите слобода и права овде није место да се улази, већ ће се *само скренути пажња* на кривичноправни аспект конкретније реализације ове заштите, поред оног што је о њој већ начелно речено.

8. *Надлежност* за уређивање ове *кривичноправне* материје нешто је другачије постављена по Уставу из 1992. године (колизиона питања су уређена савезним уставом) него по Уставу из 1974. г. (чл. 281), али је и даље задржан принцип *подељене* законодавне надлежности. Према чл. 77 ст. 1 тач. 1. Устава СРЈ, (тј. Федерација) "*доноси и извршава* савезне законе" и "*обезбеђује* уставносудску заштиту у

областима", *поред осталог*, и: "*слобода, права и дужности човека и грађанина утврђених овим уставом...одговорности и санкције за повреду слобода, права и дужности човека и грађанина утврђених овим уставом...*". С тим у вези битна је и одредба чл. 115 ст. 1 Устава СРЈ, према којој "Устави република чланица, савезни закони, закони република чланица и сви други прописи и општи акти морају бити *сагласни* са Уставом СРЈ". Мора се рећи да поменуте одредбе Устава није лако тумачити. Оне нису довољно јасне (намерно или ненамерно) и дозвољавају различито тумачење. Но, у то не улазимо. *Одговарајућим* тумачењем ових одредаба успостављен је и систем кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина у најширем значењу овог појма на тај начин, што је материја *кривичног поступка* уређена савезним законом (ЗКП),[1] је материја *кривичног поступка* уређена савезним законом (ЗКП), док је материја кривичних санкција и услова за њихову примену тј. *материјално кривично право* уређено и савезним и републичким законима (три кривична закона и на десетине некривичних што савезних што републичких закона којима се регулишу нека кривична дела). Материја *извршења* кривичних санкција регулисана је републичким законима (законима о извршењу кривичних санкција).[2] Колико су сви ти закони у складу са Уставом и колико су међусобно синхронизовани - питање је за себе, али никако није безначајно и са становишта опште кривично правне заштите слобода и права човека и грађанина.

Наша ранија па добрим делом и актуална литература у правилу је пуна хвалоспева позитивном праву у погледу садржине кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина. Према претежном делу те литературе, оцењује се да су решења нашег кривичног права у том смислу не само у свему усаглашена са важећим уставом, већ и са највишим међународним стандардима кривичноправне заштите. Дакако да ситуација ипак није таква ни у односу на важећи устав ни у односу на међународно право, а поготово није била у време када такорећи није било никакве озбиљније критике овог законодавства, чак ни у односу на решења која су

[1] Заштита слобода и права човека и грађанина у кривичној процедури и путем кривичне процедуре посебна је тема. Овде се, на пример, отварају изузетно значајна питања, као што су: положај окривљеног, регулисање појединих забрана у погледу личности окривљеног, проблем независности суда, начело јавности судске расправе, коришћење правних средстава у процедури и сл.

[2] И проблем заштите слобода и права човека и грађанина у извршном кривичном поступку треба посебно анализирати. Овде пре свега треба да буде реч о поступку извршења кривичних санкција, у првом реду у поступку извршења казне лишења слободе (казне затвора) и неких мера безбедности. Ова су питања код нас доста запостављена, а од изузетног су значаја, поготово што се добрим делом тичу тзв. затворених институција, "затворених" у смислу релативно слабе информисаности шире јавности о њиховом раду. Оне се морају шире отворити према друштву и друштво (заједница) више заинтересовати за њихов рад. Лишавање слободе човека није никад апсолутно - оно је увек у границама закона. Оно не представља лишавање грађанских права и слобода у ширем смислу, односно не свих. Оно је пре свега *ограничава* нека права. С друге стране, поступак извршења кривичне санкције истовремено подразумева гарантовање, путем закона и подзаконских аката, неких посебних права с обзиром на специфичност овог вида правне процедуре. Коришћење тих права мора бити строго контролисано. И њихов обим, садржај и начин остваривања подложан је уставу и међународном праву. И овде постоје одговарајући међународни стандарди о којима се мора водити рачуна. Посебно је деликатно питање извршења кривичних санкција које нису казне, али су кривичне санкције (тј. принудне су) са неким обликом лишавања човека неког права или слободе (на пр. санкције које се састоје у лечењу и чувању), нарочито када лишавање слободе зависи од исхода одговарајуће терапије, тј. унапред им није одређено време трајања.

готово до апсурда била међународноправно и уставноправно проблематична, а криминалнополитички очигледно непродуктивна.[3] Данас је критички приступ праву присутнији, нарочито у вези са заштитом слобода и права човека и грађанина, па се може очекивати да ће то имати извесног значаја за његове промене, мада не гајимо илузије о томе да је само присуство јавне дискусије и критика *довољан услов* за то. Требало би дакако извести врло помну анализу да се све то докаже, што овде није могуће у потребној мери. Тиме се, међутим, не негира чињеница да су многа решења нашег кривичног права у складу са поменутим захтевима и стандардима.

Ако се пође од уставног оквира дефинисања гарантованих права и слобода, као и одговарајућих грађанских *дужности*,[4] онда се може закључити да је *круг кривичних дела* који је релевантан за оцену овог облика заштите *веома широк.* Он се никако не може везивати за релативно уску, иако неоспорно врло важну, скупину кривичних дела која су формално одређена као *кривична дела против слобода и права човека и грађанина* (чл. 60 - 76 КЗ СРС, чл. 43-59 КЗ РЦГ). Много је шири простор инкриминаторних одредаба које су везане за ову заштиту. Ту свакако долазе кривична дела против живота и тела, кривична дела против части и угледа, кривична дела против достојанства личности и морала, кривична дела против имовине, кривична дела против брака и породице, кривична дела против јавног реда и правног саобраћаја, нека кривична дела против правосуђа, нека кривична дела против службене дужности, кривична дела против изборних права, кривична дела против радних односа, нека кривична дела против човечности и међународног права, кривично дело из чл. 134 КЗ СРЈ. Практично, *највећи део* нарочито републичког кривичног законодавства се *садржински* односи на заштиту неког права или слободе који се гарантују уставом. То се делимично односи и на споредно кривично законодавство, тј. некривичне законе који садрже кривичне одредбе. Тако шире посматрана кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина доводи до закључка, да је у ствари *централни проблем* савременог кривичног права у ствари у овој заштити, што значи да се и одлике неког кривичног законодавства пре свега изводе из легитимности или нелегитимности система заштите уставом гарантованих слобода и права. И као што се савремени устави пре свега огледају у начину регулисања питања људских права и слобода, тако се и кривично право легитимира на исти начин. Тиме се потврђује

[3] У овом смислу посебно су карактеристична кривична дела која су уведена у КЗ СРС из врло прагматских политичких разлога крајем осамдесетих година и укинута тек 1994. г., из чл. 61а, чл. 61б и 61в (насиље којим се угрожавају слободе и права грађана припадника другог народа, народности или етничке групе; посебни облици угрожавања слобода и права грађана припадника другог народа, народности или етничке групе; угрожавање сигурности грађана припадника другог народа, народности или етничке групе нападом на полну слободу. Ширина и интензитет репресивности за ова дела је био доиста енорман.

[4] Занимљиво је да (и наш) устав ставља у исти контекст *права и дужности*. Однос између права и дужности је сложен. Напред је речено, да у правним системима либералне провениенције дужности треба изводити из права и слобода, а не обрнуто. То је последица статуса човека као (слободног) *грађанина*. Ако би било обрнуто устав би успоставио *поданички*, а не цивилни однос човека према јавној власти. Право и слобода нису никаква привилегија човека-поданика, већ дужност произилази из слободе и права човека-грађанина.

либералистичка оријентација и савремених устава и њима примерених кривичноправних система.

Ако бисмо хтели да *конкретизујемо* кривичноправну заштиту *појединих* уставом гарантованих права и слобода у том смислу, да *идентификујемо* кривична *дела* чије прописивање је у функцији заштите конкретног права и слободе, тада би се морала представити широка и сложена мрежа инкриминаторних облика важећег законодавства с обзиром на поједина права и слободе као посебне и појединачне *објекте* кривичноправне заштите. Овде се само делимично може представити тај систем, као сложена структура, који има и своју динамичку димензију сагледиву једино са становишта функционисања *целокупног* правног система и институција које га прате. У том смислу, полазећи од већ назначених права и слобода човека и грађанина утврђених у уставу, може с успоставити следећа њихова комуникација са посебним делом важећег кривичног законодавства.

Посебно је интензивна кривичноправна *заштита личних слобода и права* човека и грађанина. Они се штите прописивањем, на пример, следећих кривичних дела: против живота и тела (убиство, телесне повреде, навођење на самоубиство и помагање у самоубиству, недозвољен прекид трудноће и сл.), противправно лишење слободе, отмица, изнуђивање исказа, злостава, угрожавање сигурности, нарушавање неповредивости стана, противзаконито претресање, неовлашћено прислушкивање и тонско снимање, неовлашћено фотографисање, повреда тајности писама и других пошиљки, неовлашћено објављивање туђег списа, портрета, фотографије, филма или фонограма, неовлашћено откривање тајне, кривична дела против части и угледа (клевета, увреда, изношење личних и породичних прилика, омаловажавање пребацивањем за кривично дело), кривична дела против достојанства личности и морала (силовање, друге кажњиве обљубе, кажњиви облици противприродног блуда, блудне радње) и др. Неке *политичке слободе и права* штите се, поред осталог, прописивањем кривичних дела која представљају повреде и злоупотребе активног и пасивног бирачког права (повреда права кандидовања на изборима, повреда права гласања, повреда слободе опредељивања при гласању, злоупотреба права гласања, повреда тајности гласања, фалсификовање избора и гласања, уништавање докумената о избору и гласању), спречавање штампања и растурања штампаних ствари и емитовања радио и телевизијских програма и др.) *Економска, социјална и културна права и слободе* штите се, на пример, инкриминисањем низа имовинских кривичних дела, неких кривичних дела против радних односа, против брака и породице, против здравља људи и др. Низ кривичних дела је везано и за заштиту посебних *мањинских* односно *колективних* права, било да се тичу непосредно тих права или су дела општије природе (геноцид, повреда равноправности грађана, изазивање националне, расне и верске мржње, раздора или нетрпељивости, повреда равноправности употребе језика и писма и др.).

Ако се изврши подробнија анализа уставних одредаба о основним правима и слободама, приметиће се да нису сва права и слободе гарантовани уставима кривичноправно заштићене и да нису заштићене у једнакој мери. То није неприродно, али се свакако пред ново кривично законодавство мора поставити питање квали-

тета и степена те заштите. С друге стране постоје нека кривична дела у нашем законодавству која су врло *дубиозна* баш са становишта заштите слобода и права (поменимо само кривична дела повреда угледа државе из савезног и републичког законодавства и кривично дело ширење лажних вести из чл. 218 КЗ СРС, да о низу других резерви у односу на постојећа законска решења овог карактера не говоримо).

8. Као што је већ напред наглашено, за оцену *формално* уређеног система кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина потребно је имати у виду и низ *ограничавајућих* норми, које су у правилу *ван* кривичног права, а имају правну снагу да *in concreto* искључе могућност примене кривичног права као средства заштите слобода и права човека и грађанина. Опет примера ради, јер је таквих прописа сразмерно много, навешће се само неки који су од битнијег значења за функционисање система ове заштите,[5] објекту, односно онемогућавање напуштања тог простора или објекта, могућност ограничавања или забране кретања лицима на јавним местима или одређеним *подручјима* услед масовног вршења кривичних дела или ако то захтевају интереси одбране, могућност *наређивања* појединим лицима да бораве у месту пребивалишта (односно боравишта) са обавезом јављања (тзв. изолација), итд. Закон о штрајку ограничава право на штрајк. Закон о објављивању списа, портрета, фотографија, филмова и фонограма личног карактера даје могућност њиховог објављивања и без пристанка човека под одређеним условима. Закон о одбрани такође намеће низ специфичних дужности које фактички представљају ограничавање могућности кривичноправне заштите (искључење противправности). Закон о заштити животне средине обавезује имаоца заштићених природних добара да трпи извесна ограничења у коришћењу својих добара, која су иначе заштићена по овом закону. Закони о јавном реду и миру такође садрже низ ограничавајућих одредаба. Посебно је био драстичан и апсолутно неуставан Закон о ограничењу промета непокретности РС из 1989. године. Закони који се односе на информативну делатност садрже такође врло важне одредбе којима се искључује противправност па тиме и могућност кривичноправне заштите. Таквих прописа, у форми закона, има у многим другим областима, на пр. у области медицинског права, породичног права, политичких права (на пр. ограничења слободе окупљања, удруживања и сл.). Такве прописе срећемо чак и у области мањинских, коле-

[5] Не треба изгубити из вида ни чињеницу да су могућности ове заштите понекад *ограничене* већ самим уставом и у том смислу да устав даје могућност ширења инкриминација које су контрапродуктивне људским правима и слободама. То се огледа, пре свега, у познатој формулацији да се права и слободе, па и начин њихове заштите, *уређују законом*, што значи да закон одређује и *границе* те заштите. Неке одредбе устава су еластично или чак лукаво формулисане. На пример, на основу чл. 48 ст. 2 Устава РС грађанин начелно *не може* бити позван на одговорност нити трпети друге штетне последице *за ставове* изнете у јавној критици или поднетој представци, петицији и предлогу, *осим* ако је *тиме* учинио *кривично* дело. Из овакве уставне одредбе може се закључити да наш устав дозвољава могућност деликта мишљења (закључивање по *aegumntum a contrario).* У том смислу је посебно карактеристичан Устав РС и, на основу њега донет, Закон о мерама за случај ванредног стања (1991.), према којем *ванредно стање*, проглашава председник републике и својим *наредбама* и *другим* актима (!?) предузима *мере* ради *отклањања* ванредног стања, па у том смислу може ограничити широк круг права и слобода човека и грађанина (вид. чл. 6 Закона).

ктивних права (на пр. у СРС законске одредбе о штампању и објављивању уџбеника и другог педагошког материјала). Итд.

9. Очигледно је да се са становишта *de lege ferenda* мора много тога учинити на *ревизији* целокупне кривичноправне заштите слобода и права човека и грађанина. Она мора бити и ваљано *легитимирана* савременим политичким и етичким кодовима и *легализована* како на основу важећих (или нових бољих) уставних одредаба о слободама и правима човека и на основу међународног јавног права које се односи на ову важну материју правног регулисања у савременом праву. Колико ће се такви захтеви реализовати зависи, разуме се, од *политичке воље* да се наш систем кривичноправне заштите доведе на виши цивилизацијски ниво.

Stanko Pihler, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

CRIMINAL LAW PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS AND ITS SIGNIFICANCE FOR THE ESTABLISHMENT OF THE RULE OF LAW

Abstract

One of the central problems in establishing the rule of law is the protection of human rights. In that sense, criminal law protection plays a significant role. The group of criminal offenses that violate human rights is significant and much larger than the group of criminal offenses under this term in the Criminal Code. The legal bases for the criminal law protection of human rights are Constitutional provisions on such rights and freedoms.

This article has dealt only with the substantive and not with the procedural aspect of criminal protection of the freedoms and rights of man and citizen.

The author points out the specificity of such a protection, how it has been framed within the Yugoslav legal system, and the need for its advancement, especially from the international human rights law perspective. Furthermore, the author finds that human rights violations might occur due to the lacunae in the national criminal law. The author specifically, emphasizes the importance sub-systems of norms by which such a protection is made relative.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p43-49

Др Миле Врањеш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОРЕСКО ПРАВО КАО ЧИНИЛАЦ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

***Сажетак**: Спроведена анализа показала је да је пореско право ограничено међународним и наднационалним правом, односно правним правилима међународних и наднационалних институција, посебно када је реч о људским правима и слободама.*

Тиме започиње један други процес стварног вредновања људских права и слобода. Дабоме, та чињеница обавезује органе јавне власти сваке државе који креирају и уводе порески систем и који га примењују да и те како воде рачуна о пореском обвезнику, сада много више него пре.

Кључне речи: пореско право, људска права и слободе, људско достојанство, приватност, приватна својина.

У В О Д

Може се слободно и без претеривања изнети констатација да је "сусрет" сваког човека са државом најчешћи, односно најближи управо на подручју пореског права, у облику је пореско-правног односа[1] који је специфичан и различит од других правних односа. Пореским односима који се уређују пореско-правним правилима својствена су дакле, специфична обележја, која се увек издвајају из мноштва других правних односа. Таква специфична обележја само су њима својствена. Специфичност пореског односа произилази из чињенице да је пореско право део

[1] Вид.: проф. др Оливера Лончарић-Хорват: *Основе општега порезног права*, I дио, "Порезни вјесник", бр. 8/а, "Институт за јавне финанције", Загреб, 1998, с. 57.

јавног права, јер се у односима што их уређује, као субјект појављује на једној страни јавно-правно тело, и то као власт која наређује и која је надређена физичким и правном лицима - пореским обвезницима на другој страни. Другим речима, специфичност пореско-правног односа огледа се у томе што је то однос јавно-правне природе и што је положај њихових субјеката - државе и физичких и правних лица, неравноправан. Реч је о односу неједнакости између државе и пореског обвезника. Стога се пореско право показује репресивнијим, односно ауторитативнијим у односу на друге гране права.[2] За разлику од пореско-правног односа, субјекти у другим правним односима, као што је случај са грађанско-правним односом, равноправни су јер почивају на диспозитивним правним правилима. Наиме, у грађанско-правном односу странке се могу о свему договорити, па чак поверилац може одустати од наплате потраживања, што код пореско-правног односа није могуће.

Држава је не само субјект у пореско-правном односу, како смо то напред већ истакли, него је истовремено и доносилац правних прописа, који су по својој природи категорична правна правила и обавезна су за физичка лица која се налазе у наведеном односу са државом. Тако је у Уставу наметнута обавеза плаћања пореза свакоме ко има доходак, односно, свако је дужан да плаћа порезе и друге дажбине утврђене законом (члан 52. Устава Републике Србије). То је норма са директним деловањем и изражена је у категоричком облику. Све норме пореског права имају императивни карактер изражен у категоричком облику, за разлику од норми грађанског права. Неки грађански законици чак, изричито одређују да се норме тог закона не примењују на пореске и буџетске односе. Порески закон, пак, убраја пореске односе у обавезу и одређује да порески обвезник преузима на себе плаћања пореза и других јавних дажбина.

Облигација је, међутим, институција грађанског права где оба субјекта имају права и обавезе. У том смислу, у Француском грађанском законику (чл. 1101) дефинисан је предмет уговора и предмет облигација, тј. обавеза се сматра синонимом уговора. У пореско-правном односу, пак, нема никаквих уговорних односа. Порески обвезник има обавезу подмирења пореза коју му намеће устав.

Пореско право је један од делова укупног правног система сваке државе у коме сваки грађанин већ својим рађањем постаје могућим субјектом пореско-правног односа а он ће то и стварно бити пошто током свог живота стиче доходак и имовину.

Порези нису само превасходно инструмент остваривања фискалног циља, тј. средство за убирање новца, већ су и инструмент за остваривање економских и социјалних циљева. Порези су инструмент економске политике јер се њима стимулишу инвестиције и повећава запосленост. У том смислу, од висине пореза на добит предузећа и пореза на доходак грађана, зависе одлуке предузетника о инвестирању и/или штедњи. Ниске пореске стопе ових пореза значе већу конкурентност предузетника. Такође, и од висине пореза на додатну вредност и акциза, зависе одлуке сваког грађанина о томе које ће производе куповати, и колико ће трошити. Порески подстицаји су инструмент остваривања економских и социјално-

[2] Вид.:B, Brachet, *Manuel de droit*, 3e édition, LGDI, Paris, 1979, p. 23.

политичких циљева. Наиме, пореским подстицајима могу се стимулисати инвестиције, може се повећавати запосленост, утицати на процес приватизације, утицати на развој и боље функционисање тржишта хартија од вредности и сл. Такође, ослобађањем од плаћања пореза на промет животних намирница, може се штитити животни стандард грађана. Наравно, сваки овај порески расход који се даје кроз порески подстицај повећава административне трошкове, компликује порески систем, доводи до арбитарних процена и сл. Због тога су најбољи подстицаји, стабилни општи услови - економска, политичка и правна стабилност.

У свакој држави, посебно савременој, са социјално-тржишном привредом води се рачуна о правичности у опорезивању. Демократска држава мора бити не само "држава права, него мора обезбеђивати и спровођење идеја правичности".[3]

Пореско-правни прописи имају значај у расподели добити коју оствари предузетник и приватни власници, одређујући део који иде за јавну потрошњу. Бржи пораст јавне потрошње објективно смањује акумулативну репродуктивну способност и погоршава услове живота, односно лични стандард предузетника и приватних власника.

На положај пореских обвезника не утичу само материјално-пореско-правни прописи, већ и процесно-пореско-правни прописи, међу којима треба посебно истаћи закон о утврђивању и наплати пореза, односно Закон о пореском поступку и пореској администрацији. Наиме, процесно-пореско-правни прописи утичу на привредне и друге одлуке пореских обвезника.

Може ли пореско право, осим утицаја на привредне и друге одлуке пореских обвезника, утицати и на њихова права и слободе која су наведена у уставима појединих држава? Другим речима, може ли пореско право та права и слободе штитити или представља сметњу њиховом остварењу? А то је посебно актуелно јер су у времену чији смо сведоци бројна правила о заштити људских права и слобода прерасла ниво националних и постала међународна и наднационална, чему су допринели развој демократије, пораст личног стандарда становништва, њиховог улажења у све снажније односе на разним подручјима. Актуелност и значај ове теме огледа се и у томе што скала људских права има тенденцију сталног проширивања, па пореско право не може бити посматрач тог процеса. Због тога, пореско право мора да се суочи са тим у њиховом реалном изгледу и реалним димензијама. То је корисно и нужно да би започео процес вредновања пореских права.

Заштита права на људско достојанство у материјално-пореско-правним прописима

Право на људско достојанство заузима битно место у концепцији међународних правила и заштити права човека. Наиме, у уводу Опште декларације

[3] Вид.:K. Tipke-J. Loag, Steuerrecht, 16, *Völlig überarbeitete Auflage* (Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1998.), S. 2.

о правима човека каже се: "Пошто је признавање урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих чланова људске породице темељ слободе, правде и мира у свету". И у члану 18. Устава Републике Србије каже се: "Људско достојанство и право на приватни живот човека су неповредиви". Под људским достојанством сматра се човеков углед, његова часност, његове личне вредности, њихов понос, њихова заслуга и сл. Поштовањем достојанства сваког појединца прихвата се и њихова индивидуалност која "не може бити замењена никаквим еквивалентом"[4] због чега је достојанство човека "темељ свих људских права, без обзира какав се садржај још додавао".[5] Поштовање достојанства сваког човека, као основна вредност цивилизације нашег развоја после Другог светског рата, заједничко је и следе га све демократске државе, без обзира на разлике међу њима.

Међутим, човеково право на достојанство може бити повређено у пореско-правном односу, и то на више начина. Тако, материјалним пореско-правним прописима може се умањивати пореска снага пореског обвезника до те мере да то вређа њихов углед, част, заслуге. Висина пореза одређује се према пореској снази, а не према угледу, части, заслугама сваког појединог пореског обвезника. У том погледу, једнаких нема међу грађанима, али свако од њих има право достојанство у пореском праву, дакле, без обзира на висину пореске снаге, пол, узраст, вероисповест и сл. То значи да се примењује исти аршин за све, да будемо сви у једнаком положају, да не буде разлика у пореским оптерећивањима, да и најутицајнији морају да плате порез.

Круцијално је питање: како се штити достојанство човека у пореском праву? Три су могућа начина за то: (1) део дохотка (минимум за егзистенцију) пореског обвезника не опорезује се или да му се смањи порески дуг; (2) признају се пореске повластице при куповини производа нужних за живот; (3) укупно пореско оптерећење своди се на разумну меру. Колики део дохотка би требало опорезовати, колико треба да износе пореске повластице, и колико треба да износи укупно пореско оптерећење, нема јединственог одговора. То зависи од политичких, привредних, социјалних, културних услова државе, и разликују се од државе до државе. А према члану 22. Опште декларације о правима човека каже се: "свако, као члан друштва, има право на социјално осигурање и право да остварује привредна, друштвена и културна права неопходна за своје достојанство и за слободан развој своје личности, уз помоћ државе и међународне сарадње, а у складу са организацијом и средствима сваке државе". У свакој држави је и различит минимум за егзистенцију. Правило је да се у социјалним државама висина минимума за егзистенцију одређује према висини социјалних давања оним грађанима који немају сопствена средства за живот и чије издржавање стога пада на терет државе. То је са становишта јавних финансија оправдано (социјално-политичке функције порезе), али се тиме не може у сваком случају, осигурати заштита права на људско достојанство. Наиме, ако је висина социјалне помоћи

[4] Вид.:Jorg Manfred Mossner, *Internationale Menschenrechte und Steuern*, ("Steuern und Wirtschaft", бр. 3/91, с. 225.).

[5] Исто, с. 225.

испод нивоа који омогућава њиховом примаоцу живот достојан човеку, онда се ни пореско-правним прописима неће моћи заштити такво право пореског обвезника. Због тога треба водити рачуна о чиниоцима који одређују висину социјалне помоћи, као и о њеној индексацији. Претпоставка за то је и усаглашен законски оквир, како материјални тако и процесни закон у овој области, заједно.

Заштита људског достојанства процесно-пореским правним правилима

Људско достојанство може се повредити и процесно пореско-правним прописима, ако се не поштује порески поступак; са пореским обвезником се поступа безобзирно и самовољно; или ако уопште нема процесно пореско-правних прописа којима се штити људско достојанство; постојање неравноправног положаја странака у пореско-правном односу, јер држава има неограничено право уређивања пореског система и пореске политике, а грађанин је увек подређен пореско-правним прописима које доноси држава.

У овој области имамо новију међународну Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. У члану 6. ове Конвенције каже се: "Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона".

Порески поступак, као и поступак пред судовима у којима се решава о пореским стварима, међутим ван домашаја је Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Тиме се порески обвезници стављају у неповољнији положај у односу на странке у грађанском и кривичном поступку. Због тога је, свакако, потребно допунити поменуту Конвенцију, тако да се и пореским обвезницима у националним пореско-правним прописима пред јавно-правним телима признају иста права као странци у грађанском и кривичном поступку, јер се у оба случаја ради о правима човека. У прилог томе говори и чињеница да пореско право својим садржајем све више обогаћује и подстиче развој и шири предмет грађанског права и других правних подручја.[6]

Претходна је анализа показала да се о људском достојанству мора водити више рачуна. "Вођење рачуна о људском достојанству у порезно-правном односу у којем је порезни обвезник у подређеном положају према држави, никако не значи ограничење државне суверености на том подручју. То значи само "подизање квалитета разине човечности и културе понашања у порезно-правним поступцима ".[7]

[6] Вид.:Klaus Vogel, *Die Besonderheit des Steuerrechts* ("Der offene Finanz-und Steuerrstaat", C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, S. 510).

[7] Вид.:проф. др Оливера Лончарић-Хорват, исто, с. 46 и проф. др Оливера Лончарић-Хорват: *Право човјека са стајалишта порезног обвезника*, "Право и порези", Загреб, бр. 2/98., с. 122.

Заштита приватности

Ово право садржано је у члану 8. Конвенције о за заштиту људских права и основних слобода: "Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради права и слобода других".

Заштита приватности човека подразумева ограничавање овлашћења пореског тела да у пореском поступку који води захтева од пореског обвезника пружање изјаве која би открила део његовог приватног живота у облику у којем он не жели. То значи "да порески обвезник није дужан дати сваку изјаву коју би могао дати"[8] и у Уставу Републике Србије (члан 18. и 20) као и у Закону о пореском поступку и пореској администрацији (члан 24), садржане су норме о заштити приватности пореског обвезника.

На овом подручју кренуло се и корак даље. Наиме, пракса Европске комисије за људска права решавајући поједине случајеве заузела је одређена становишта и о заштити приватности. Тако, нпр. Европска комисија за људска права, у случају под бр. 10473/83. заузела је становиште према којем и коришћење пореског идентификационог броја значи повреду приватности. У српском Закону о пореском поступку и пореској администрацији садржана је норма по којој обавеза чувања службене тајне није повређена ако се ради о пореском идентификационом броју пореског обвезника који се користи у пореском, прекршајном или судском поступку. Такође, треба истаћи и случај под бр. 9840/82 Европске комисије за људска права, по коме право пореских тела да имају увид у све приватне издатке пореског обвезника, такође значи повреду његове приватности, чак и онда када постоји опасност да пореско тело услед ограничења свог овлашћења неће бити у стању утврдити стварне приходе пореског обвезника, него ће његову висину морати одредити слободном проценом.[9]

Човеково право на приватност, које заштићује наведена конвенција, требало би бити једнако заштићено и у српском пореском систему.

Заштита приватне својине

Ово је право заштићено Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, као и накнадно усвојеним Првим Протоколом донетим у Паризу 20. марта 1952. године. Наиме, у члану 1. I Протокола каже се: "свако физичко и правно лице

[8] Притужба бр. 1904/63 (Yearbook of the European Convention on Human Rights 9, 263); бр. 2552/65, Collection of Decisions 26, 1; бр. 2717/66 (Yearbook of the European Convention on Human Rights 13, 176; итд. (цитирано према M. Mossner, с. 266).

[9] J. M. Mossner, исто, с. 228.

има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права. Претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или наплату казни". Европска комисија за људска права и Европски суд за људска права имају право испитати јесу ли уведени порези средство прикладно за ту сврху.

Закључак

Без обзира на чињеницу да је пореско право део унутрашњег права сваке државе, односно да је порески суверенитет искључиво право пореске власти да на одређеном подручју креира и уводи порески систем и да га примењује, оно је, ипак, ограничено међународним и наднационалним правом, односно правним правилима међународних и наднационалних институција, посебно када је реч о људским правима и слободама. Тиме започиње један други процес стварног вредновања људских права и слобода. Дабоме, та чињеница обавезује органе јавне власти сваке државе који креирају и уводе порески систем и који га примењују да и те како воде рачуна о пореском обвезнику, сада много више него пре.

Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

TAX LAW AS A FACTOR OF PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS

Abstract

The conducted analysis has shown that the tax law is limited by international and supranational law, and by the legal rules of international and supranational institutions, especially by those concerning human rights and freedoms.

This necessarily leads to a new process of the reevaluation of human rights and freedoms. Surely, this fact obligates the organs of public government of each country, that create and introduce the tax system and implement it, to definitely take care of the taxpayer, more so now than ever before.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.51-60

Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОМБУДСМАН ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: *У складу са променама у карактеру Европске уније, која се све више мења у правцу заједничке државе, у њој се стварају и институције које постоје на нивоу земаља чланица. Тако је 1992. године формиран и Омбудсман европске уније, при чему је први Омбудсман именован 1995. године. Положај и улога су му веома слични омбудсманима земаља Европске уније, које су прихватиле класичан систем, при чему се надлежност Европског омбудсмана простире искључиво на рад тела и институција Европске уније, а не и на рад националних државних управа. Он нема наредбодавна овлашћења, већ може само да изда одговарајуће препоруке и покуша да пронађе мирно решење.*

Кључне речи: државна управа, контрола управе, однос управе и грађана, људска права

1. Уводне напомене:

Идеја увођења посебног омбудсмана Европске уније присутна је доста дуго. Но, како то често бива, од почетне идеје до реализације, прошло је доста времена. У суштини, развој управе Европске уније и све бројнији контакти који су се успостављали између ње и грађана, условили су и размишљање о институцији која је своје предности доказала на националном нивоу скоро свих земаља чланица Уније.

Сваки контакт појединца и управе, у овом случају посебне администрације Европске уније, представљао је потенцијални извор за повреду права грађана. Као и на националним нивоима, грађани држава чланица Европске уније имали су на располагању више средстава за заштиту својих права. Пре свега, грађанин који је сматрао да су му повређена права администрацијом Европске уније могао је заш-

титу да потражи пред правосудним органима. У том смислу, грађанин је могао да се обрати Европском суду правде, као и Суду прве инстанце чије је седиште у Луксембургу. Међутим, овај судски пут није предвиђен првенствено за заштиту грађана од недостатака у раду управе, а с друге стране, за обичног појединца је доста компликован.[1]

Поред судске заштите, незадовољни појединци су на администрацију Европске уније могли да се пожале и својим изабраним посланицима у Европском парламенту. Слично као и на националном нивоу појединих земаља чланица, посланици одржавају контакт са својим бирачима и имају право да у Европском парламенту поставе питање које се тиче недостатака у раду управе. Међутим, овај вид заштите се показао као недовољан. Пре свега, грађанин релативно тешко ступа у везу са одговарајућим послаником Европског парламента, па му је тешко и да на тај начин реши свој проблем. С друге стране, традиција обраћања посланицима не постоји у свим земљама Европске уније, па и то указује на недостатке овог вида заштите грађана.

Коначно, грађанима је на располагању стојала могућност подношења петиције Европском парламенту. Истина, право на подношење петиције није било формално предвиђено од самог настанка Европске уније, али се сматрало да се то подразумева, па се по петицијама поступало и без постојања изричитог правног основа. Тако је 1987. године образован посебан Комитет за петиције, али је тек са потписивањем Мастрихтског споразума из 1992. године, право на подношење петиција и формално предвиђено и загарантовано.

2. Настанак Европског омбудсмана

Стварање институције Омбудсмана Европске уније у највећој мери је резултат деловања два фактора. С једне стране, унутар Европске уније се развијала свест о потреби стварања држављанства Европске уније, коју су упорно заступали шпански представници. С друге стране, представници Данске су стварање омбудсмана видели као решење за проблеме у функционисању администрације Европске уније. Тако су Данци, поред заслуга за ширење националних омбудсмана у великом броју земаља, у великој мери заслужни и за увођење Европског омбудсмана.

Још 1979. године Европски парламент је усвојио резолуцију у којој се изражава мишљење о потреби и оправданости стварања Европског омбудсмана. [2] На ту идеју су се многи враћали осамдесетих година, а 1985. године је то званично учинио Адонинов комитет. За време припреме Мастрихтског споразума идеја о увођењу Европског омбудсмана је била повезана са идејом стварања европског др-

[1] Основна улога Суда правде јесте да штити Уговор о оснивању Европске уније и да решава спорове који тим поводом настану. Суд прве инстанце је основан 1989. године, са задатком да води првостепени поступак, док је у односу на његове одлуке Суд правде другостепена инстанца.

[2] Резолуција је објављена у Службеном гласилу из 1979. године Ц 140, стр. 153.

жављанства, али је за разлику од идеје о држављанству, ова – која се односи на омбудсмана – и реализована.

Шпански премијер Фелипе Гонзалес је у свом писму Европском савету од 4. маја 1990. године изнео идеју о стварању држављанства Уније, као и механизме за заштиту права тих држављана. У том писму је Гонзалес предложио више механизама, а један од њих се тицао и омбудсмана. Следеће године, Данска је поднела нацрт чланова Споразума о Европској унији који се тичу постављања омбудсмана.

Коначно, постигнута је сагласност да се у Споразум о Унији који је потписан у Мастрихту 7. фебруара 1992. године унесу одредбе о Европском омбудсману. Предвиђено је право држављана Уније на подношење притужби Европском омбудсману, поред права на подношење петиција Европском парламенту, о чему је већ било речи. Након тога, Европски парламент је 9. марта 1994. године усвојио Статут Европског омбудсмана, али је прошло више од годину дана до именовања првог Омбудсмана. Европски парламент је именовао првог Омбудсмана Европске уније 12. јула 1995. године. За првог Европског омбудсмана је именован бивши фински омбудсман Јакоб Зедерман (Jacob Söderman), који је са радом ефективно почео септембра 1995. године. Он је и данас на тој функцији, с тим што му мандат истичке 1. априла 2003. године (због пензионисања).[3]

3. Положај Европског омбудсмана

Омбудсман Европске уније, као што је то случај и у највећем броју држава, представља инструмент парламентарне контроле управе. Европског омбудсмана поставља Европски парламент и мандат му траје онолико колико и мандат Парламента. Бира се после сваких избора за Европски парламент, с тим што не постоји ограничење у броју мандата. Услов за избор Омбудсмана јесте да је држављанин једне од држава чланица Европске уније, да ужива сва грађанска и политичка права, да пружа гаранције да ће бити независан, да испуњава услове који се траже за највише судске функције у његовој држави и да има признате способности и искуство да врши дужности Омбудсмана.[4] Пре ступања на дужност, Европски омбудсман полаже заклетву пред Судом правде.

Европски омбудсман може бити разрешен и пре истека мандата, али само у два случаја. С једне стране, може бити разрешен "ако више не испуњава услове који се траже за обављање његових дужности", а са друге стране, разлог за разрешење пре истека мандата може бити "кривица за озбиљан недостатак у понашању".[5] Омбудсмана разрешава Суд правде, а на предлог Европског парламента.

[3] Европски парламент је 15. I 2003. године изабрао новог Омбудсмана. То је Никифорос Диамандурос, досадашњи грчки омбудсман. Он ступа на дужност 1. априла 2003. године.
[4] Статут Европског омбудсмана, члан 6.
[5] Статут Европског омбудсмана, члан 8.

Омбудсману се гарантује независност и не смеју му се давати никаква упутства, нити он сме да их тражи од било кога.[6] Та забрана се односи и на Европски парламент. За време вршења ове дужности, Омбудсман не сме вршити никакву политичку или управну функцију, нити се сме бавити било каквом професионалном делатношћу. Омбудсман генерално има обавезу да не врши никакву другу активност која би била инкомпатибилна са његовом функцијом, без обзира на то да ли је плаћена или не. У погледу примања и пензије, Европски омбудсман се налази у рангу судија Суда правде Европске уније.

4. Надлежност Европског омбудсмана

Европски омбудсман је овлашћен да проверава случајеве лошег вршења управне делатности (maladministration) настале приликом обављања активности тела и органа Уније, осим Суда правде и Суда прве инстанце приликом вршења судске делатности. То значи да Европски омбудсман није надлежан да проверава рад органа управе појединих земаља чланице Уније, већ само она тела која припадају самој Европској унији.[7] За недостатке у раду органа управе појединих земаља, надлежни су национални омбудсмани. Будући да Унија још увек нема бројну администрацију, активност Европског омбудсмана не може бити нарочито обимна.[8]

Лоше вршење управне делатности (maladministration) представља појам који није прецизно одређен и који у највећој мери зависи од процене самог Омбудсмана. Предмет контроле омбудсмана је слично одређен и када је у питању делатност омбудсмана појединих земаља чланица Европске уније, па и шире, али нигде не постоји прецизна дефиниција шта се под тим подразумева. У свом првом извештају Европски омбудсман је покушао да одреди елементе за извођење закључка о томе шта се подразумева под лошим вршењем управне делатности, али, како то сам напомиње, без намере да то буде прецизно дефинисање.[9] Он наводи да под лоше вршење управне делатности може спадати следеће:

- управне неправилности;
- пропусти управе
- злоупотреба овлашћења;

[6] Већ у оквиру Мастрихтског споразума је предвиђено "да ће Омбудсман у потпуности бити независан у вршењу својих дужности" (члан 138е), а одредбу о потпуној независности Омбудсмана садржи и Статут Омбудсмана Европске уније (члан 9).

[7] Занимљиво је да је према првом извештају Европског омбудсмана из 1995. године скоро 80% притужби одбачено управо због чињенице да су поднете против одлука управа појединих земаља чланица Европске уније, а не саме Унијине администрације. По таквим представкама, међутим, Европски омбудсман није овлашћен да поступа. Према извештају за 2001. годину, 71% притужби је одбачено због ненадлежности, од чега се на притужбе које се тичу националних управа, а не управе Европске уније, односи 94% случајева.

[8] У току 2001. године укупно је примљено 1874 притужби из свих држава чланица, што не представља неки велики број. С друге стране, мало притужби може се тумачити и чињеницом да грађани још увек најчешће контактирају са националном државном управе, а ређе са управом Уније.

[9] Извештај Омбудсмана Европске уније за 1995. годину, одељак 13. 2.

- немар;
- незаконито поступање;
- нефер поступање;
- нестручно и лоше поступање;
- дискриминација;
- непотребно одуговлачење;
- необавештавање странке о одбијању захтева.

Као што је то већ речено, ова листа не представља затворен круг, већ покушај набрајања типичних недостатака који би могли да се подведу под појам лошег вршења управне делатности (maladministration).[10] При томе, треба уочити да постоје и одређени изузеци, односно случајеви лошег поступања, али који не могу представљати предмет контроле Европског омбудсмана. То се односи на све притужбе које су више политичког, а не управног карактера. Као пример се наводе све притужбе против политичког рада Европског парламента или његових органа, као што су одлуке Комитета за петиције. Исто тако, Европски омбудсман није овлашћен ни да испитује меритум прописа и директива Заједница.[11]

Принципи европског управног права формулишу се на сличан начин како је настајало француско управно право. Наиме, та правила првенствено формулишу Суд правде и Суд прве инстанце. Њихово дело је нпр. принцип по коме органи управе треба "доследно и у доброј намери да одговоре благовремено на захтев; да одлуке морају бити образложене и да садрже објашњење; да треба поштовати принцип сразмерности и легитимних очекивања; и да треба поштовати фер процедуру".[12]

У намери да ближе и прецизније дефинише шта се подразумева под лошим обављањем управне делатности, Европски омбудсман је у оквиру свог првог извештаја позвао све националне омбудсмане држава чланица Европске уније да га обавесте о томе шта они подразумевају под овим појмом. На основу њихових одговора, Европски омбудсман је у свом извештају из 1997. године дао дефиницију лошег вршења управне делатности (maladministration), под којим се подразумева ситуација "када јавно тело пропусти да делује у складу са правилима и принципима који се на њега односе".

Што се тиче субјеката на које се односи контрола коју врши Европски омбудсман, тај круг је веома широк. Предмет његове контроле може бити Европски парламент, али не у домену политичког одлучивања, Савет Уније, Европска Комисија, Суд правде и Надзорни суд. Што се тиче појединих тела Уније, Омбудсман може контролисати различите комитете, као што су Економски и Социјални комитет, Комитет региона, Европска банка за инвестиције, Европски монетарни инсти-

[10] Имајући, међутим, у виду дугогодишње искуство Јакоба Зедермана које је имао као Омбудсман Финске, државе која је друга на свету увела ову институцију и то по шведском изворном моделу, његови закључци о томе шта се под неправилним радом управе подразумева се не би могли узети као "обично набрајање", већ као став потпуно компетентног и искусног стручњака.

[11] Исто.

[12] Исто, одељак 12. 1.

тут, као и читав низ тела која су створена европским законодавством, као што су Европска агенција за животну средину, Европска агенција за процену медицинских производа, Европски мониторинг центар за дроге и одавање дрогама, Европска фондација за унапређење животних и радних услова, Европски центар за развој, Европска агенција за процену медицинских производа, Европска фондација за обуку, Служба за хармонизацију унутрашњег тржишта, Агенција за здравље и безбедност на раду, Центар за превођење тела Уније, служба за публикације и сл.

5. Поступак контроле

5.1. Покретање поступка

Поступак контроле може почети на два начина. С једне стране, поступак контроле може почети на основу притужбе грађанина или, с друге стране, може почети по службеној дужности. У пракси се контрола Омбудсмана најчешће спроводи поводом нечије притужбе, а веома ретко по сопственој иницијативи Омбудсмана.[13]

Право подношења притужбе имају сви држављани Уније.[14] То право имају и сва друга лица, без обзира на држављанство, уколико имају пребивалиште у некој држави Уније. Правило је да се не прихватају анонимне притужбе, при чему подносилац притужбе има право да затражи да се његов идентитет сачува као тајна.[15] За правна лица је услов да им је седиште регистровано на подручју неке државе чланице Уније. Притужбе се могу поднети непосредно Омбудсману или посредно преко члана Европског парламента државе чланице из које је подносилац притужбе.

Пре подношења притужбе незадовољни грађанин мора покушати да заштити своја права пред органима управе, односно мора употребити средства која му стоје на располагању.[16] Ово правило постоји и у националним законодавствима и служи томе да се избегне непотребно оптерећење омбудсмана, уколико постоје друга средства којима грађанин може да заштити своја права. Омбудсман нигде није замена за правну заштиту, већ служи као помоћ грађанима онда када су немоћни.

Правила о подношењу притужби су таква да не постоји никаква посебна процедура, нити форма. Једино што је предвиђено, то је да притужба мора садржати идентитет подносиоца, као и да мора садржати предмет незадовољства. У брошури "Како се жалити омбудсману", коју је први Европски омбудсман штампао 1996. го-

[13] Годишње Омбудсман по сопственој иницијативи просечно покрене истрагу у свега око 4% случајева. То показује статистика закључно са 2001. годином.

[14] Од оснивања институције Европског омбудсмана, па закључно са 2001. годином, највише притужби су подносили Немци (16%), Французи и Шпанци (по 14%), Италијани (11%) и Британци (8%).

[15] У 2001. години је одбачено 68 (3, 62%) притужби зато што није био познат идентитет подносиоца.

[16] По овом основу је у 2001. години одбачено 102 притужбе, што чини 5, 44% од свих поднетих притужби.

дине[17], стоји да се лица могу жалити Омбудсману тако што ће му писати обично писмо износећи случај и прилажући све потребне документе. Шта више, служба Европског омбудсмана је штампала и одговарајуће обрасце, који треба да помогну подносиоцима притужби у њеном састављању.

За подношење притужби је предвиђен рок. Притужба се може поднети у року од две године од сазнања за чињеницу које представљају предмет нечијег незадовољства.[18] Протеком овог рока долази до преклузије и незадовољни појединац не може више са тим да се обрати Европском омбудсману.

5.2. Истрага

У свом досадашњем раду, Европски омбудсман се суочио са великим бројем притужби за које није надлежан (прве године рада било је одбачено скоро 80% притужби због ненадлежности, 1997. године 73%, а 2001. године 71%). Углавном су грађани подносили притужбе које су се односиле на рад државне управе појединих земаља, а не тела Уније. Број притужби је у порасту и креће се од 299 поднетих 1995. године, до 1874, колико је поднето прошле 2001. године. Највећи број притужби по којима је спроведена истрага односи се на рад Европске комисије (у просеку више од 77%), а све остало је подељено на Европски парламент (7%), Савет Уније (2%) и остала тела. Занимљиво је погледати и статистику у погледу разлога за подношење притужби:[19]

- недобијање одговора, јавност 29%
- спорост 13%
- процедуралне грешке, право на одбрану 11%
- немар 11%
- неправда, злоупотреба власти 10%
- невршење дужности 8%
- дискриминација 7%
- правни недостатак 7%
- остало 10%

Уколико Омбудсман сматра да постоји довољно основа за спровођење истраге он покреће прелиминарни поступак.[20] У оквиру прелиминарне истраге први корак који Омбудсман чини јесте да о томе обавести одговарајућу институцију или тело на које се поступак односи и да од њих затражи прелиминарно мишљење о притужби, које су дужни да доставе у року од три месеца. Након што омбудсман прими прелиминарно мишљење, он га доставља подносиоцу притужбе који има могућност да се о томе изјасни у року од месец дана. У случају да се већ на први поглед види неправилан рад управе, Европски омбудсман може одмах покушати да пронађе

[17] Страна 3 Брошуре.

[18] Само седам притужби је 2001. године одбачено због неблаговремености.

[19] Подаци из извештаја Омбудсмана Европске уније за 2001. годину.

[20] У току 2001. године Омбудсман је сматрао да нема основа за спровођење истраге у 109 случајева.

"пријатељско решење" са одговарајућом институцијом или телом Уније. Ако се пријатељско решење пронађе, тиме се завршава целокупан поступак.

У случају да Омбудсман покрене истрагу, све одговарајуће институције и тела Европске уније имају обавезу да му доставе тражене информације, као и да му омогуће приступ документима који се тичу одређеног предмета. Сви службеници Уније морају сведочити, уколико Омбудсман то од њих затражи. Шта више, обавеза достављања информација се простире и на националне државне управе. Наиме, уколико то Европски омбудсман затражи, државе чланице су дужне да му доставе све релевантне информације које би му могле бити од помоћи у расветљавању неправилног рада институција или тела Уније. Једина разлика је у томе што се комуникација са појединим државама чланицама Уније не обавља директно, него преко њихових сталних представника у Европској унији.

У случају да институције и тела Уније не сарађују са Европским омбудсманом и не достављају му тражене документе и информације, он ће о томе обавестити Европски парламент, са предлогом да предузме мере. Те мере подразумевају протест код одговарајућих тела, политички притисак и обраћање јавности. Омбудсман има једнак статус као судије Суда правде или Европске комисије, тако да он има могућност директне комуникације са функционерима институција и тела Уније.

Као то је то иначе уобичајено у појединим државама, са ретким изузецима (нпр. Шведска), одступање од обавезе пружања информација и стављања на располагање докумената, тиче се оних случајева када се ради о списима одређеног степена тајности (према правилу које постоји у Шведској, не постоји документ који би представљао тајну за Омбудсмана). То се односи како на документе који се налазе код институција и тела Уније, тако и на документе у појединим државама чланицама Уније. Међутим, чињеница да неки документи нису доступни грађанима не подразумева аутоматски да они неће бити стављени на располагање Омбудсману. Његова овлашћења су шира и ограничења која у погледу прегледања докумената иначе важе не морају имати као непосредну последицу то да Омбудсман не може да оствари увид у поједине списе. Наравно, он има обавезу чувања тајности.

6. Резултат

Након спроведене истраге резултат може бити различит. Пре свега, Омбудсман може утврдити да није постојао никакав недостатак у раду институције или тела Уније против чијег рада је поднета притужба.[21] У таквој ситуацији се целокупан поступак завршава овом констатацијом, а без икаквих последица по оптужени орган. Уколико се, пак, утврди да је било недостатака, могуће је више различитих ситуација. Но, за све случајеве је карактеристично, као што је то иначе случај и на нивоу појединих држава, да Омбудсман нема никаква мериторна овлашћења која би му омогућила да сам отклони неке недостатке или да одговарајућим органима

[21] Од 253 истраге колико је у 2001. години спровео Европски омбудсман у чак 109 случајева (43%) је установљено да није извршена никаква повреда, тј. да није било неправилног рада управе.

нареди њихово отклањање. У складу са уобичајеном улогом омбудсмана, он може само да упути критику и препоруку.

Прва могућност за отклањање уоченог недостатка јесте мирно (пријатељско) решење спора. Наиме, уколико одговарајућа институција или тело уније одмах на почетку истраге уоче своју грешку у раду они могу учињену грешку сами да исправе. Истина таквих случајева је веома мало у пракси, али је то један од начина за решење спора.[22] Институције и тела Уније најчешће чекају крај истраге коју спроводи Омбудсман, након чега евентуално предузимају мере. Након окончања истраге они опет имају могућност да исправе своју грешку, али овог пута по изричитом налазу Омбудсмана. Овакав начин исправљања учињене грешке, за разлику од претходног, не представља реткост.[23] У неким случајевима не постоји фактичка могућност за исправљање грешке, јер то више по природи ствари није могуће. Тада се поступак завршава само са критиком Омбудсмана, која у таквим ситуацијама више служи као пример за будућност.

Уколико приликом спровођења истраге Омбудсман установи да постоје елементи за утврђивање кривичне одговорности неког функционера он ће о томе обавестити надлежне органе одговарајуће државе чланице преко њених сталних представника у Европским заједницама, као и релевантна тела Уније, уколико је то уопште примерено. Он сам није овлашћен да покрене кривични поступак, као што је то уобичајено и на нивоу појединих земаља чланица Уније.[24] Исто тако, Европски Омбудсман може обавестити тело или орган уније ако сматра да су њихови запослени начинили дисциплински преступ.

Имајући у виду наведена овлашћења, може се констатовати да и Омбудсман Европске уније има стандардна овлашћења омбудсмана, као на националним нивоима. Његов ауторитет зависи првенствено од ауторитета личности која ову функцију обавља, а не од ауторитета функције. Европски омбудсман је више постављен као институција која треба да помири појединца и тело Уније, а не као наредбодавни орган.

Закључак

Развој посебне администрације Европске уније изазвао је потребу увођења свих контролних механизама рада управе, који су познати на нивоу појединих држава. Тако је 1992. године формално створен Омбудсман европске уније, при чему је први Омбудсман изабран 1995. године.

Омбудсман европске уније је прављен по класичном моделу парламентарних омбудсмана, при чему се његова надлежност простире само на тела и институције Уније, а не и на неправилности у раду државних управа појединих земаља чланица. Европски омбудсман проверава неправилности у раду тела и институција Уније

[22] Током 2001. године су поступци које је покренуо Европски омбудсман решени на овакав начин у само два случаја!

[23] Овако је решено 31, 62% случајева у 2001. години.

[24] Једини изузетак представљају Шведска и, под њеним утицајем, Финска у којима омбудсман има овлашћење да сам покрене кривични поступак и иступа као јавни тужилац. У осталим земљама се од овог изворног шведског модела одступило.

(maladministration) и овлашћен је да им предложи начин решења спорног питања, уколико је то фактички могуће. У случају ако отклањање почињеног недостатка није фактички могуће, тада Омбудсман може једино да упути критику која може да утиче на будући рад одговарајућег тела или институције Уније.

У досадашњем раду Омбудсмана европске уније запажа се стални пораст подношења притужби, при чему се велики број притужби одбаци због ненадлежности, а од оних које су поднете Омбудсману као надлежном телу, велики број притужби је одбијен као неоснован. Досадашњи рад Омбудсмана Европске уније је оправдао очекивања, али и потребу постојања овакве институције не само на националном, него и на наднационалном нивоу, какав представља данас Европска унија.

Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

EUROPEAN UNION OMBUDSMAN

Abstract

The development of a separate European Union administration has led to the need to introduce all administration control mechanisms, which are known on the level of member states. So, in 1992, the European Union Ombudsman was formally established and the first Ombudsman was elected in 1995.

The European Union Ombudsman was created after the classical model of parliamentary Ombudsmen, so his mandate extends only to institutional bodies of the Union not covering possible irregularities of national administrations of individual member states. The European Ombudsman controls irregularities in the working of bodies and institutions of the Union (*maladministration*) and is authorized to suggest solutions for disputes, if actually possible. In case it is not possible to remove the irregularity in question, the Ombudsman can only censure the matter, which may have an influence on the future working of the relevant body or institution of the Union.

In the work of the Ombudsman up until now, one can note a constant increase in filed complaints, a large number of which are rejected for not falling within the vested mandate, and out of the ones that are filed to the Ombudsman as the competent body, a large number of complaints are rejected as inadmissible. The work of the Ombudsman has met all expectation up until now, but has further justified the need for such an institution not only on a national, but a supra-national level as well, which is the European Union today.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.61-69

Др Милијан Поповић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

РЕГИОН, РЕГИОНАЛНА ДРЖАВА И РЕГИОНАЛИЗАМ

Сажетак: *Регион, регионална држава и регионализам су појаве и појмови који нису са једним и јасним значењем.*

У државноправном смислу се користе два основна значења региона: регион јавна служба и регион државни фрагмент. Регион јавна служба се схвата као територијална аутономија са изворном влашћу, а регион државни фрагмент као територијална аутономија која има сопствене државне органе (органе који поседују сопствену власт принуђивања).

Регионална држава је држава подељена на регионе чија су овлашћења уставом одређена. То је облик државног уређења који се налази између унитарне државе и федерације. По степену својих овлашћења региони се могу ближити локалној самоуправи, а могу и федералној јединици.

Реч и појам регионализам има различита значења: економско, културно, политичко, географско. Може се посматрати са становишта унутрашњег, али и међународног права. Са становишта унутрашњег права и регион и регионална држава се подводе под регионализам, који их својим обимом обухвата. Са становишта међународног права означава повезивање региона различитих држава, али и самих држава у лабавије или чвршће целине.

Регион, регионална држава и регионализам нису сами по себи вредности. Да ли они омогућавају већи степен слободе и демократије или су кочнице на том путу, може да се утврди искључиво емпиријском анализом датог економског и политичког система.

Кључне речи*:* регион, регионална држава, регионализам.

Увод

Регион, регионална држава и регионализам су појаве и појмови блиски по садржају али нису истозначни појмови. Често им се придају различита значења, особито појму регионализам.

I - Регион

У *Правној енциклопедији* под одредницом регион написано је да се он "као општи појам, односи (...) на подручје, део простора или другачије схваћене целине".[1] Са становишта економског, регион је одређен "као релативно заокружена привредна територија која се одликује посебношћу производне оријентације, структуре производних снага и односа"[2]. У *Економском лексикону* се указује да су значења која се придају појму регион "различита, чак и опречна"[3]. Економисте више не задовољава традиционална географска подела простора на регионе зависно од природних обележја територије, као ни постојећа административно-територијална подела. Своју недовољност показују и поделе засноване на историјској одређености граница. Економисти нуде више оперативних тумачења појма региона.[4] Тако се регион посматра са становишта економије простора, теорије и политике развоја. Затим, полазећи од теорије система, разматра се однос између економских региона и народне привреде, као однос делова и целине. Регион се одређује и са становишта плана, конкуренције и хомогености а, такође, стављањем региона у функцију развоја. Тако настаје обиље дефиниција региона у економском смислу.

Са становишта овог рада важно је да се одреди појам региона у државноправном смислу. Све до недавно наши теоретичари државе и права уопште и не помињу ни регион, ни регионалну државу. Чак ни водећи српски државноправни писац проф. Лукић не обрађује регионалну државу, као облик државног уређења. Стање се нешто изменило од појаве Јовичићеве уставноправне студије издате под називом *Регионална држава.* У том смислу и Кутлешић у својој *Теорији државе и права* и Кошутић заједно са Митровићем, у *Увод у право* узгред обрађују и регионалну државу преузимањем неколиких Јовичићевих ставова о њој. Али, ни они не обрађују појам региона. Колико ми је познато, овим питањем се бавио једино проф. Милан Петровић у једном раду који се налази пред објављивањем у "Зборнику Матице српске за друштвене науке", а који има наслов *Региони (облици територијалне аутономије) у теорији права и правној историји*.

Регион је француска реч латинског порекла. Одговарајућа реч на српском језику би била "област" или "провинција" или "покрајина". Указујући на "изузетну

[1] В. *Правна енциклопедија*, Београд, Савремена администрација, 1979, с. 1203.
[2] Исто, с. 1203.
[3] В. *Економски лексикон*, Београд, Савремена администрација, 1975, с. 1150.
[4] Исто, с. 1150-1151.

сложеност појма региона који показује сличности како с појмом државе тако и с појмом месне самоуправе" мада се "од њих и квалитативно разликује", Петровић каже да је за регион "битно овлашћење регионалних органа (...) да изворно уређују одређене правне односе, да дакле доносе *законе у материјално смислу*", макако се они иначе називали (уредбама, на пример). Он разликује два основна типа региона: регион јавна служба и регион државни фрагмент. *Регион јавна служба* има ужа овлашћења од региона државног фрагмента. У региону јавна служба законодавно тело уређује односе у културној и (или) економској сфери. Било је аутономија у којима је законодавно тело уређивало и главне установе грађанског друштва, укључив кривично и грађанско законодавство. *Регион државни фрагмент* има ширу аутономију од региона јавна служба и то у квалитативном смислу. За разлику од региона јавна служба, регион државни фрагмент "има и *сопствене државне органе*, тј. органе који поседују *сопствену власт принуђивања*".

У вези са Петровићевим разликовањем основних типова на регион јавна служба и регион државни фрагмент, које је изведено ослонцем и на Јелинекова гледишта, треба приметити да је регион државни фрагмент само у условном смислу речи регион. Између региона државни фрагмент и државе уствари и нема никакве суштинске разлике. Историјски, региони државни фрагменти су само условно припадали држави матици. Између државе матице и региона државни фрагмент је постојала само лабава и посредна веза. Такав је случај био са доминионима Британског Царства. Као непостојана појава, државни фрагмент временом постаје самостална држава или, евентуално, федерална јединица (као у случају Канаде) или, како каже Петровић, "ишчезава са историјске позорнице" (као у случају Поткарпатске Русије). Остаје да се размотри појам регион јавна служба. Да је било територијалних аутономија са изворном влашћу њихових законодавних тела у културној и у економској сфери, па и у другим сферама, у то нема никакве сумње. Спорно је само да ли појам регион треба везивати за територијалне аутономије са изворном влашћу. Ближе ми је Јовичићево схватање региона изведено уставном анализом постојећих регионалних држава у Европи: Италији и Шпанији. Овде се има у виду не један или, евентуално, и више региона у оквиру просте државе или федерације, већ држава премрежена регионима без остатка, тј. регионална држава. Уједињено Краљевство Велика Британија и Северна Ирска има два региона: Велс и Северна Ирска, па ипак није регионална држава, јер остатак те државе није подељен на регионе.

II - Регионална држава

Шта је регионална држава? То није ни проста (унитарна) држава, ни федерација. Ова тзв. негативна дефиниција не задовољава. Сваку појаву, овде регионалну државу, морамо дефинисати по позитивним, њој примереним, ознакама. Генеричко обележје у дефиницији регионалне државе је да је то држава. Држава је, дакле, појам рода који обухвата како регионалну државу, тако и унитарну државу и федерацију, дакле, сва три облика државног уређења. Потребно је пронаћи специфична

(атрибутивна) обележја по којима се регионална држава разликује од осталих облика државног уређења: просте државе и федерације. Атрибутивно обележје у дефиницији регионалне државе је да је то држава подељена на регионе. Како се, како је наведено, региони различито схватају, мора да се прецизира да су *овлашћења региона уставом одређена*, да, нису изворна. Овлашћења региона су по рангу између овлашћења органа локалне самоуправе (ако је она двочлана или трочлана, изнад овлашћења и највишег степена локалне самоуправе), а испод овлашћења федералне јединице у тзв. сложеној држави - федерацији. По степену својих овлашћења региони се могу ближити било федералној јединици било локалној самоуправи. У првом случају постоји опасност од федерализације државе, а у другом од њене унитаризације. Све, наравно, зависи од односа снага у једној држави. Само ако се центрипеталне и центрифугалне силе држе у равнотежи, регионална држава може успешно да функционише.

Из наведеног се види да су региони (у регионалној држави) територијалне јединице које се налазе између општине (односно среза и округа или покрајине) као локалне територијалне јединице и државе. Отуда би у надлежност органа региона, како мисли и Јовичић, "спадале функције које нису чисто националног карактера као и оне које превазилазе могућности општина да их оне обављају"[5] Битно је да се истакне да овлашћења ргионалних органа не смеју бити таквог значаја и карактера да угрожавају државно јединство"[6] У теорији државе и уставном праву поодавно већ постало је опште место да су еминентно државне функције: међународни односи и спољна политика, народна одбрана и унутрашња државна безбедност, послови у вези с новцем тј. кредитна, монетарна и фискална политика, људске слободе и права, основно законодавство (кривично, грађанско, поступци), уставотворна и судска власт. Све остало треба да се дели између региона и јединица локалне самоуправе, како би држава била рационално организована и могла без тешкоћа и напетости успешно да функционише. Битно је да се укаже да региони, за разлику од федералних јединица, не поседују ни уставотворну ни законодавну власт. Њихов је основни акт статут, а најчешћи правни акт регионална одлука. Организација региона је релативно проста: представничко тело (скупштина), регионални савет (влада) и регионална управа. Кад то посебни разлози налажу, уставом се може појединим регионима доделити посебан статус, са кругом ширих овлашћења од осталих региона. Региони са посебним статусом уносе елементе асиметрије у регионалну државу. Њима се нарушава принцип једнакости, па отуда, са становишта "чистоте" поретка њих треба избегавати, мада понекад специфичности појединих региона, а посебно однос политичких снага, односе превагу над принципом једнакости. Што се тиче "редовне" надлежности региона, њима би, како каже и Јовичић "могло да буде дато право да својим прописима допуњују и разрађују законе и друге државне прописе прилагођавајући их сопственим условима и потребама".[7]

[5] В. Миодраг Јовичић, *Регионална држава*. Уставноправна студија, Београд, Вајат, 1996, с. 91.
[6] Исто, с. 92.
[7] Исто, с. 92.

За разлику од региона чији је статус утврђен уставом, а надлежности и уставом и законом, општине, као најуже територијалне јединице, су законска творевина. Законом се одређује њихов статус, а надлежност законом и подзаконским актима. Отуда је и право на самоорганизовање општина уже од права на самоорганизовање региона. Такође, прописи општинских органа делују на ужем подручју од прописа регионалних органа. За разлику од региона, који учествују у образовању централног представничког тела, општине су лишене тог и таквог утицаја. Региони као средња карика власти у регионалној држави су надређени општинским органима над чијим радом имају право надзора. Надзор се може односити само у погледу законитости аката, а може бити и шире схваћен, па се односити и на целисходност рада општинских органа.

III - Регионализам

Регионализам је реч и појам који је у блиској вези са регионом и регионалном државом, али их обимом превазилази.

1. Појам регионализма

Реч "регионализам" се користи у разним значењима. Тако постоји економски регионализам, културни регионализам, литерарни регионализам, политички регионализам, географски регионализам. Потом, регионализам се може посматрати са становишта унутрашњег права, али и у међународноправном поретку.

После Другог светском рата стасала је регионална економија као нова научна дисциплина и економска пракса. Њена је сврха изучавање узрока који доводе до неравномерног друштвеног и економског развоја. Само тржиште и тржишна привреда на којој почива савремени свет и његове законитости доводи до повећавања неједнакости међу регионима. Задатак је регионалне економије да пронађе одговарајућа средства економске политике како би се обезбедила рационална просторна организација друштвеног рада и живота. То подразумева и рационални размештај производних снага у просторне целине као покретачке снаге раста и развоја.

У политичком смислу под регионализмом се подразумева "одговарајућа територијално-функционална аутономија становништва" која је шира од локалних јединица, а ужа од целине државног простора.[8] Регионална држава се, такође, подводи под појам регионализма.

Регионализам посматран са становишта међународног права довео је до деобе међународног права на универзално међународно право и регионално међународно право. Универзално међународно право је скуп прописа који важе за читаву међународну заједницу, а регионално међународно право садржи прописе који

[8] В. *Политичка енциклопедија*, Београд, "Савремена администрација", 1975, с. 899.

важе само у односима између држава одређеног региона који може обухватити делове једног континента (као на пример америчко регионално право или право Европске уније). Како је наведено у *Правној енциклопедији*, регионализам у међународном праву "значи и извесну солидарност, заједницу или сличност циљева једне групе држава, која може бити последица посебних историјских, географских, политичких или економских услова датог подручја, што се одражава у закључивању посебних споразума, образовању савеза и међународних организама између ових држава". [9]

Поставља се питање може ли се формулисати дефиниција регионализма која би обухватала и регионализам посматран са становишта унутрашњег права једне државе, као облик децентрализације и као антитеза националној држави и државном суверенитету и регионализам посматран са становишта међународног права као облик повезивања и интеграцијее региона разних држава и самих држава? Такав један покушај учинио је код нас Слободан Бељански у раду *Регионализам и отворено друштво*: "Данас регионализмом сматрамо систем политички оправдане, организоване и на демократски начин, уз претходно договорене критеријуме, усвојене територијалне структурације друштва, на у домену своје посебности, због које су и конструисани, политички, законодавно, судски, управно и фискално аутономне, а егзистенцијално и економски комплементарне ентитете, у оквиру државе, скупа држава, скупа региона различитих држава или скупа региона унутар једне државе".[10] Поред тога што је ова дефиниција преопширна, што је можда било тешко избећи, јер она обухвата различите, мада повезане, појаве, главна је слабост што се ту полази од претпоставке да је регионализам нужно повезан са демократијом, а те две појаве: регионализам и демократије, могу бити и у сукобу.

2. Регионализам и демократија

У вези са демократијом поставља се питање: који је смисао регионализма? Је ли то идеологија, пројект и покрет којим се остварује демократска интеграција или, обрнуто, начин затварања, провинцијализам, жабљи поглед и перспектива, идејно оправдавање традиционализма и конзервативизма?

Браниоци регионализма као пута ка демократској интеграцији обрушавају се нарочито на националну државу и, уопште, државни суверенитет. Суверена национална држава се схвата као антитеза демократске интеграције. На том становишту стоје и сви писци књиге *Регионализам као пут ка отвореном друштву.* Бељанском нарочито смета "догма суверенитета", коју сматра једном од основних политичко-правних препрека отвореном друштву[11]. А Алпару Лошонцу, једном од писаца наведене књиге, посебно смета национална држава. У раду *Деконструкција идеолошке стварности националне државе посредством концепта критичког*

[9] В. *Правна енциклопедија*, с. 1204.

[10] B. Slobodan Beljanski, *Regionalizam i otvoreno društvo*, u knjizi Slobodan Beljanski, Nenad Dimitrijević, Dragan Golubović, Svetislav Jovanov, Alpar Lošonc i Aleksandar Molnar, *Regionalizam kao put otvorenom društvu*, Novi Sad, Visio mundi academic press, 1994, s. 27.

[11] В. Слободан Бељански, *Регионализам и отворено друштво*, с. 21.

регионализма, он каже "да национална држава надкодира све регионалне и друге премодерне партикуларне кодове асимилацијом подцелина, то јест, стварањем јединственог националног простора".[12] Или, другим речима, национална држава не оставља простора за разне облике аутономности и слободе разних друштвених група и области. При том, "политичка будућност Европе (...) изравно поставља питања о судбини националне државе која је више него икад стављена на кушњу".[13] И, најзад, оно што се и на нас непосредно односи: "Процес настављања стварања националних држава (што у неким случајевима, као што је Југославија, захтева незапамћено насиље) у посткомунистичким земљама изгледа противуречна и анахронистична после увида у дефицитарност националне државе у постмодерном стању".[14]

Борба против националних држава и државне суверености, која поприма сва обележја опасне, не само на плану идеологије и разних "теорија", већ (велико) државне праксе потиче из главних центара светске моћи, а пре свега из Сједињених Америчких Држава. О томе је на једноставан и снажан начин писао један од водећих америчких интелектуалаца Ноам Чомски, посебно у раду *Шта то (у ствари) хоће Америка*. Позивајући се на строго поверљиве документе америчких стратега он каже: "главну опасност светском поретку под вођством САД представља национализам у неразвијеним земљама, који се некад назива и *ултранационализам*: 'национални режими' који поштују 'захтеве народа за брзо побољшање животног стандарда маса' и производњу за домаће потребе".[15] Чомски, такође, каже: "још један проблем на који се стално указује у тајним документима је претерана демократија у неразвијеном свету"[16] Наводећи примере Никарагве, Салвадора и Гватемале, он каже: "циљ је био да се сломе независни национални покрети и народне снаге који би могли остварити истинску демократију".[17] Шта Америка жели у Средњој Америци, али и у целом свету? Она жели " 'стабилност', а то значи безбедност 'највиших слојева друштва и великих страних предузећа'".[18] Суверене националне државе су главна препрека на путу глобализације, чија је сврха претварање остатка света у економски привезак неколико најмоћнијих држава света, а пре свега Сједињених Америчких Држава.

---

[12] B. Alpal Lošonc, *Dekonstrukcija ideološke stvarnosti nacionalne države posredstvom koncepta kritičkog regionalizma*, у књизи: Slobodan Beljanski, Nenad Dimitrijević, Dragan Golubović, Svetislav Jovanov, Alpal Lošonc i Aleksandar Molnar, *Regionalizam kao put ka otvorenom društvu*, Novi Sad, Visio mundi academic press, 1994, с. 49.

[13] Исто, с. 61.

[14] Исто, с. 63.

[15] В. Ноам Чомски, *Шта то (у ствари) хоће Америка*, превео Александар Беогданић, Београд, Чигоја Штампа, 1999, с. 24. "Главни стратешки циљеви, пуно пута понављани, су да се спречи да такви 'ултранационални' режими икад дођу на власт - или ако, неком игром случаја, и освоје власт, њих треба смакнути и поставити власт која подржава приватно инвестирање домаћег и страног капитала, производњу за извоз и право да се капитал може изнети из земље".

[16] Исто, с. 25.

[17] Исто, с. 26.

[18] Исто, с. 29.

Регионализација којом се разбијају суверене националне државе или своде на протекторате великих сила није услов демократске интеграције, већ средство глобализације која треба да обезбеди владавину светског капитала.

С друге стране, међутим, регионализација може бити у служби демократске интеграције. Све зависи од конкретноисторијских прилика у појединим земљама и политичких намера главних актера регионализације.

Регионализација посматрана са стране унутрашњег права, као вид државне децентрализације, може, дакле, да буде у служби демократије, а може бити недемократски облик, који у себи носи моменте затварања, па и прикривеног сепаратизма.

Као што је Франц Нојман показао за федерализам "да се вриједност федерализма (у успоредби с јединственом државом или лабавијом формом кооперације) може одредити искључиво емпиријском анализом датог политичког система"[19], важи и за регионализам у унутрашњем праву (уосталом и у међународном праву). Исто тако као што је "немогуће (...) апстрактно одредити да ли федерална држава повећава слободу, или (...) 'смањује опасност од монопола политичке моћи стварањем низа неовисних точака' "[20], тако је немогуће апстрактно одредити да ли регионализам омогућава демократску интеграцију или је, можда, спречава.

Milijan Popović, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

REGION, REGIONAL STATE AND REGIONALISM

Abstract

Region, regional state and regionalism are phenomena and concepts which do not have uniform and clear meaning.

In the constitutional sense, two basic meanings for region are used: region for public service and a region as a state fragment. Region for public service is understood as a territorial autonomy with its original authority, while the region as a state fragment is a type of territorial autonomy with its own government bodies (bodies which possess their own power of coercion).

[19] B. Franz Neumann, *Demokratska i autoritarna država,* Zagreb, Naprijed, 1974, s. 181.
[20] Исто, с. 184.

A regional state is a state divided into regions whose authority is determined by a constitution. This is a form of state organization, which is between a unitary state and a federation. According to the level of their authority, regions can approach local self-government or the federal unit.

The word and concept of regionalism have different meanings: economic, cultural, political, geographic. It can be observed from standpoint of internal as well as international law. From the internal law standpoint, region and regional state belong to the category of regionalism. From the international law standpoint, regionalism designates the association of regions of different countries, as well as looser or firmer associations of different countries.

Region, regional state and regionalism are not, taken alone and as such, necessarily valuable. Only empirical analysis of the given economic and political system can say whether regionalism contributed to the development of freedom and democracy or not.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.71-92

Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНИ ОСНОВИ ЗАХТЕВА ЗА АУТОНОМИЈУ СРБА У ЈУЖНОЈ УГАРСКОЈ У XVIII И XIX ВЕКУ

Сажетак: *Своје захтеве за аутономију Срби у Хабзбуршкој монархији су заснивали на царским привилегијама, које су им издате после Велике сеобе 1690. Привилегије су давале Србима персонална права, као припадницима народне и верске заједнице: слободу вере, слободу избора војводе, ослобођење од дажбина и терета. Привилегије су обезбеђивале црквену аутономију и патријархову јурисдикцију, не само у црквеним, него и неким световним стварима.*

У току XVIII века привилегије су систематски сужаване и ограничаване, од самих хабзбуршких владалаца, а нису поштоване ни од стране црквених и угарских власти. Статус српског народа и карактер привилегија ушли су у ред оних питања односа владара и угарских сталежа који су изазивали међу њима трајне несугласице.

На трима великим политичким саборима српског народа, Темишварском 1790, Мајској скупштини 1848. и Благовештенском сабору 1861. године формулисан је захтев за посебну територију, која се од 1848. назива Српска Војводина.

Већ на Темишварском сабору јављају се две струје: једна која је сматрала да се српска права и привилегије могу сачувати само с ослонцем на двор, и друга, која је заступала став да је то могуће једино њиховим узакоњењем од стране угарског сабора.

На Мајској скупштини је проглашена Српска Војводина, са позивом на привилегије, али са главним ослонцем на природна права човека и грађанина, грађанске политичке слободе и права. Мада није била призната, Српска Војводина и одлуке Мајске скупштине чиниле су темељ потоњих политичких програма Срба у Хабзбуршкој монархији.

Благовештенски сабор, одржан после укидања Војводства Србије и Тамишког Баната, које је као административна, а не самоуправна област формирано у јесен 1848, захтевао је да се оснује Српска Војводина, позивајући се на привилегије као правни основ.

После 1860. године Светозар Милетић је покушао да уставним демократским путем, у сарадњи са Мађарима постигне остварење националне равноправности, што није доживело успех, с обзиром на доктрину која је била владајућа у Угарској - о постојању једног, мађарског, политичког народа.

Због неприхватања принципа демократског грађанског друштва и тврдокорног очувања става о политичком народу, у Угарској није до краја постојања Хабзбуршке монархије остварена национална равноправност. Стога су привилегије дуго остале најважнији правни основ захтева за аутономију Срба у Јужној Угарској.

Кључне речи: привилегије, Темишварски сабор, Мајска скупштина, Благовештенски сабор, природно право, аутономија, Светозар Милетић, национална права.

Своје прве политичке програме и захтеве за аутономију у Хабзбуршкој царевини Срби су заснивали на царским привилегијама као правном темељу. Привилегије су дуго остале први и најважнији основ на којем су заснивани политички захтеви Срба у Монархији. Привилегије хабзбуршких царева, које су давале само персоналну аутономију припадницима православне вере биле су временом све више сужаване и ограничаване и нису обезбеђивале народу очување његових верских и националних слобода. Од револуције 1848. године све више места добијају друга начела на којима су ови захтеви заснивани: то су права народности, која проистичу из природних права појединца и народа.[1] У току XIX века ова ће се два принципа понекад сучељавати, а понекад и сукобљавати, али са све осетнијим преовлађивањем овог другог. У XVIII и XIX веку, на великим политичким саборима, Темишварском сабору 1790, Мајској скупштини 1838. и Благовештенском сабору 1861. године захтевана је национална равноправност и политичка територијална аутономија.

Иако је у хабзбуршким земљама и пре Велике сеобе било доста српског становништва, чији број није могуће тачно утврдити, темељ правног положаја Срба

[1] Алекса Ивић, *Историја Срба у Војводини, од најстаријих времена до оснивања потиско-поморишке границе (1703)*, Нови Сад 1929, 304-307; Душан Ј. Поповић, *Срби у Војводини, I, Нови Сад, 19. Грађа за историју српског покрета у Војводини 1848-1849*, Београд 1952, 10; *Изабрани чланци Светозара Милетића*, Нови Сад 1939, 1-20; Светозар Милетић, *Сабрани списи*, Београд 1999, I, 130-150, II/1, 234, 236; Ј. Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа србског у Сремским Карловцима 1861*, Нови Сад 1861;

у Монархији постављен је у време и непосредно после сеобе 1690. године, у облику царских привилегија које су им тада издате. Велика сеоба одиграла се у току Великог бечког (Морејског) рата (1683-1699) када је Турска покушала да, једним од својих највећих и најдужих похода, продре дубоко у средњу Европу. Турски пораз под Бечом, већ на почетку рата, 1683. године, је охрабрио покорене балканске народе да се дигну против турске владавине. Аустрија је користила ове покрете и почела да придобија домаће становништво као савезнике у борби против турског царства, различитим дипломатским средствима, обећавањем повластица и привилегија старешинама и црквеној јерархији.

Плашећи се одмазде после пораза царске војске уз коју су се борили, и Срби су почели да се повлаче заједно са аустријском војском, почетком 1690. године. Цар Леополд I је покушао да их одврати од исељавања и да их охрабри да наставе борбу против Турака, захтевајући да не напуштају своја огњишта. У прогласу којим је позвао хришћане на устанак, потписаном 6. априла 1690, познатом као *Litterae invitatoriae*, цар је обећао да ће бити поштоване старе повластице, слобода вере, слобода избора војводе, ослобођење од свих дажбина и терета, изузев оних које су даване у старо време, пре турског освајања, слободан посед добара која буду освојена од Турака.[2] Право избора војводе ушло је у царев проглас вероватно као резултат представки грофа Ђорђа Бранковића, који се издавао за потомка владарске лозе Бранковића. Ђорђе Бранковић је у лето 1688. године у име народних првака, који нису били потписани на том акту, упутио цару Леополду један мемоар, у којем га моли да притекне у помоћ илирским народима, како би се ослободили Турака и изабрали себи деспота-краља, а они се обавезују да ће помагати цару против његових непријатеља на истоку и образовати тако брану за Угарску и друге цареве земље. Поред слободног избора деспота-краља, Бранковић је захтевао и да се илирским народима остави слобода вере и да се поштују њихова стара права и привилегије. Цар Леополд је у склопу дипломатско-политичких акција на придобијању становништва Балкана за борбу против Турака 20. септембра 1688. преко угарске дворске канцеларије уврстио Бранковића у ред угарских грофова и признао га за господара Илирије и великог војводу Горње и Доње Мезије и других земаља.[3]

Како је у позиву било мало речи о правима и повластицама цркве, на збору црквених и световних старешина и народа у Београду 18. јуна 1690. је одлучено да се цару Леополду I упути јенопољски епископ Исаија Ђаковић да би се потврдило признање црквене аутономије и патријархове јурисдикције у оном обиму каква је била под Турцима. Боравећи у Бечу, Исаија Ђаковић састао се вероватно са грофом Ђорђем Бранковићем. Ђаковић је јасно уочио да је поред осигурања вере нужно и осигурање народности, тј. да је поред патријархове јурисдикције потребно да народ

[2] Јован Радонић и Мита Костић, *Српске привилегије од 1690. до 1792*, Београд 1954; Стеван Симеоновић-Чокић, "Српске привилегије", *Војводина* II, Нови Сад 1939, 52.

[3] Јован Радонић, *Гроф Ђорђе Бранковић и његово време*, Београд 1911, 122-143; Р. Веселиновић, "Развитак мисли о српској државности у ослободилачким покретима и устанцима током XVI-XVII столећа", *Историјски часопис* XXI, 1976; Стеван Симеоновић-Чокић, нав. дело, 52; Јован Радонић, "Војводина од Велике сеобе (1690) до сабора у Крушедолу (1708)", *Војводина* II, 6.

добије и своје одвојено земљиште и световног старешину. У привилегији издатој 21. августа 1690. детаљно су утврђена права цркве. Цар је прихватио захтеве које му је сабор у Београду преко Исаије Ђаковића упутио, те се може сматрати да ова привилегија оправдава тумачење да су услови под којима су се Срби доселили имали карактер својеврсног уговора, да је њихов положај решен "per modum pacti".[4] Цар се у привилегији обраћа патријарху, црквеним и световним елементима и самој српској православној цркви као "верској заједници грчког обреда и српске народности".[5]

Привилегија од 21. августа 1691. издата је одмах после сеобе Срба у Хабзбуршку монархију, преко Угарске дворске канцеларије, и упућена Србима у Угарској и Славонији, а потом и у осталим земљама. Потврђена су у целини права и повластице садржана у претходним актима и додата нека нова: Срби могу да остану под вођством и управом сопствених власти, могу несметано уживати од владара добијене привилегије и држати се својих обичаја. Срби ће зависити од архиепископа као црквеног поглавара не само у црквеним него и у световним стварима. Карактеристично је да је већ у овој привилегији потпуно изостављена институција војводе као световног поглавара, иако су Срби више пута покретали то питање, а поглавар цркве је добио и световну власт.[6]

Досељени Срби су на скупу одржаном 20. марта 1691. године изразили готовост да ступе у аустријску војску, али су тражили да се потомак њихових деспота Ђорђе Бранковић пусти на слободу (1692, 1693. и 1699). Док се то не догоди, молили су дозволу да изаберу другу личност која ће заменити "војводу и деспота" на челу народа.[7] Бранковић није ослобођен, а цар је допустио да се изабере његов заменик. За подвојводу су Срби 6. или 7. априла 1691. године изабрали капетана Јована Монастерлију, што је цар потврдио 11. априла. У декрету о именовању назначено је да ће се подвојвода бринути о **пословима српског народа и управљати Србима** (подвукла Lj. К). Међутим, његова власт се простирала само над Србима у Бачкој и Банату, а ни њен делокруг није ближе одређен. Управљао је војницима и имао административну власт над Србима у том крају, али су на ту власт претендовали и вршили је и угарски органи. Јован Монастерлија био је биран више за команданта српске милиције, него за политичког поглавара народа. После њега више нису биле биране српске војводе.[8]

Друго важно питање које се наметало од почетка и које је постајало све значајније од времена када је почело насељавање српског становништва било је питање територије. Срби су наилазили на тешкоће приликом насељавања и долазили у сукобе са представницима грађанских, војних и црквених власти, а њихове

[4] Јована Христиф. барона Бартенштајна, *Кратак извештај о стању расејаног многобројног илирског народа по цар. и краљ. наследничким земљама*, у Бечу 1866, 27.

[5] Стеван Симеоновић-Чокић, нав. дело, 55.

[6] Стеван Симеоновић-Чокић, на. дело, 56.

[7] Јован Радонић, *Гроф Ђорђе Бранковић*, 450; J. X. Швикер, *Политичка историја Срба у Угарској*, Нови Сад-Београд 1998, 28, 35.

[8] Алекса Ивић, *Историја Срба у Војводини, од најстаријих времена до оснивања потиско-поморишке границе (1703)*, Нови Сад 1929, 304-307.

привилегије су од почетка стално сужаване и ограничаване, не само од стране угарских власти, већ и од самог двора.

Већ у јесен 1693. године, патријарх је у Бечу, у договору са Бранковићем одлучио да Срби затраже одвојено земљиште. По повратку из Беча патријарх је, у споразуму са Монастерлијом, сазвао у јануару 1694. народни збор у Баји, где је одлучено да се захтева додељивање посебне територије Србима у Малој Влашкој (Славонији), где би се населили као војнички организована заједница, под управом својих старешина и под непосредном краљевом влашћу. То им није било допуштено, већ је отписом Дворског ратног савета од 31. маја 1694. године Србима додељена територија између доњег Дунава и Тисе (Банат), али не као посебна територијална јединица под српском управом, него само са персоналним повластицама за Србе. Подређени су непосредно краљу и ослобођени од жупанијских и спахијских дажбина. Обећано им је да ће бити враћени на своја огњишта, чим то околности допусте.[9]

После Карловачког мира, када је граница са Турском стабилизована, постало је јасно да се досељени Срби неће моћи вратити у своју стару постојбину, те су у њиховим политичким захтевима и борби за поштовање привилегија све више места добијали захтеви за посебну територију. Патријарх Арсеније је 1706. у молби новом цару Јосифу I поновио захтев за посебну територију, а његов наследник Исаија Ђаковић је такође подсетио Јосифа I 4. јануара 1709, да је његов отац намеравао да Србима да посебну област.[10] Срби су своје захтеве поткрепљивали чињеницом да су у свим привилегијама помињани као целина, заједница и нација, а не као становништво.[11]

Статус српског народа и карактер привилегија уђи ће у ред оних питања односа владара и угарских сталежа која ће у највећој мери трпети последице сложених државноправних и политичких односа и супротстављених интереса. У време владавине Леополда I постигнута је надмоћ његове власти над угарским сталежима и започела централизација целокупне државне власти у рукама владара. Признањем наследног права Хабзбурга на угарску круну у Пожуну 1687. године укинуте су угарске сталешке слободе.[12] Питање карактера српских привилегија као и судбина Срба у целини изазиваће трајне несугласице између двора и мађарских сталежа, јер је двор сматрао да српска питања представљају чисто аустријску политичку и домаћу ствар, Austriaco Politicum ac Domesticum, а не Hungaricum Provinciale, српска црква установу јавног права под суверенитетом монарха, те да нема потребе, као што су тврдили угарски сталежи, да српске привилегије морају да буду узакоњене (инартикулисане) на угарском сабору да би биле примењиване.[13] Одмах после досељења Срби су почели долазити у сукоб са мађарским властима,

[9] Алекса Ивић, нав. дело, 318; Ј. Радонић, "Војводина од Велике Сеобе", 28.

[10] Рајко Веселиновић, "Борба Срба у Великом рату 1683-1699", *Историја српског народа* III-1, Београд 1993, 561; Ј. Х. Швикер, нав. дело, 51.

[11] Мита Костић, нав. дело, 22.

[12] Ј. Х. Швикер, нав. дело, 53.

[13] Исто, 100.

државним, жупанијским и месним, са представницима католичке хијерархије и високог клера.

Одмах после Сеобе и у току XVIII века, српски народ је у аустријским земљама у више махова захтевао да се његово национално биће обезбеди путем политичко-административне аутономије у посебној области - Војводини. Ти захтеви заснивали су се на привилегијама и полазили од тога да оне нису биле у целини поштоване и остварене. Током XVIII века ова српска привилегијална права су све више ограничавана, да би на крају била сведена на црквену и школску аутономију. У привилегије су у све већем броју биле уношене ограничавајуће клаузуле, које су сужавале и сама права заснована на њима и власт српских црквених поглавара, који су све више губили својство световних старешина, што су им привилегије давале. У привилегије и акте којима су оне потврђиване, аустријски владаоци су уносили рестриктивне клаузуле: да ће Срби уживати привилегије "уз задржавање права других", односно само дотле док буду верни и покорни цару и његовој кући. *Декларaторијом* од 1729. године изричито је наведено да митрополит не може имати световну, него само црквену власт. Међутим, ограничена су и права црквеног поглавара да именује црквене јерархе, као и друга његова црквена права.[14] Коначно ограничење привилегија и свођење митрополитове власти искључиво на црквена питања спроведено је *Декларaторијом* од 1779. године.

Истовремено и паралелно са тим променама у положају Срба које су биле плод политичких прилика и односа који су владали у Монархији делује у правцу ограничавања и сужавања привилегија сам развој Хабзбуршке царевине. У току XVIII века све више јача централна власт у држави. Она добија обележја апсолутне монархије у којој ће преовлађивати нова схватања о суштини и природи државне власти. Тај развој водио је нужно ка преовлађивању територијалног над персоналним принципом примене права. Привилегије су даване Србима као припадницима верске и народне заједнице, а не за становнике одређене области, на основу територијалног принципа. Постојање персоналних права било је карактеристично за феудализам. Српске привилегије издате су у време почетка периода апсолутизма у Европи, па и у Хабзбуршкој монархији. Свођење српске аутономије на црквену и просветну према томе је "логичан завршетак повластица персоналне природе, јер се самоуправа верских заједница може и у модерној држави заснивати на персоналном праву, а политичка аутономија једино на територијалном".[15] Тако је правни положај Срба у Монархији све мање почивао на привилегијалним основама, а све више на прописима који су регулисали положај свег становништва у областима где су били насељени.[16] Изложени од самог досељења притиску католичке цркве и њеним покушајима увођења уније као и мађарских власти, Срби су рано постали свесни да је за очување њихових привилегија неопходно да добију

[14] *Потврдна диплома* цара Карла VI од 2. августа 1713, његова *Заштитна диплома* од 10. априла 1715, *Декларaторија* од 1729, *Потврдна диплома* Марије-Терезије од 24. априла 1743. Ј. Х. Швикер, нав. дело, 60, 61, 65.

[15] С. Симеоновић-Чокић, нав. дело, 85.

[16] Александар Форишковић, "Политички, правни, и друштвени односи код Срба у Хабсбуршкој монархији", *Историја српског народа* књ. IV-1, Београд 1986, 268.

своју територију. Исто тако, сужавање и непоштовање привилегија од стране самих царева који су их издали, навели су Србе да обезбеђење својих права потраже у њиховом узакоњењу на угарском сабору. На првом Крушедолском сабору 1708. године затражена је инартикулација привилегија, без клаузуле ограничења, не само оних које су већ издате, него и оних које тек ће се убудуће издати. Срби су поново тражили узакоњење привилегија 1723. и 1729. године. Привилегије хабзбуршких владара, са тенденцијом сталног сужавања и ограничавања српских права која су њима била предвиђена, остаће дуго време једини правни основ положаја српског народа у Монархији.

* * *

Последњи српски сабор у XVIII веку одржан је у време значајних догађаја у Европи и Монархији. Пароле велике Француске револуције утицале су на духове у Аустрији и посебно у Угарској. Угарски сабор захтевао је реформе.[17] И код Срба се јавила једна струја која је желела споразум са угарским сабором и тражила од њега, као уставно надлежног тела, да инартикулише (узакони) српске привилегије и Србе призна као равноправан народ у држави. У том циљу су захтевали да им се омогући учешће у пожунској Дијети, која је сазвана после дугог времена. Међутим, захтев митрополита Мојсија Путника да Срби учествују у сабору као представници свог народа није био прихваћен од стране угарских власти. Канцелар гроф Палфи се 15. априла обратио цару Леополду, са мишљењем о молби Мојсија Путника. Он сматра да се привилегије Срба могу потврдити и да се митрополит и нека друга духовна лица могу позвати на угарски сабор као представници једне верске заједнице, али не и као представници "илирске нације". "...мора се најпокорније приметити: да такозвана илирска нација, као нација у угарској држави нема политичку егзистенцију, и нигде међу њеним грађанима не представља посебан корпус, него стоји под њеним заједничким земаљским законима, и, уколико је настањена у провинцијалним пределима, подређена је угарским земаљским властима, а у Војној граници војним органима".[18] У овим ставовима је већ у то време дошла до изражаја доктрина која ће владати мађарским политичким животом све до 1918. године, до краја постојања Хабзбуршке монархије - доктрина о једном, мађарском политичком народу. То је време снажног замаха угарске националне свести.

И код Срба се јавила струја која је сматрала да српска права треба да добију другачију правну основу, ширу од персоналних права припадника једне верске заједнице. Начин на који је то требало да се оствари је по њиховом мишљењу била

[17] Др Мита Костић, "Неколико идејних одраза француске револуције у нашем друштву крајем 18 и почетком 19 века", Зборник Марице српске, Серија друштвених наука 3/1952, 6

[18] "...muss man unterthänigst bemerken: dass die sogenannte illyrische Nation, als Nation in dem hungarischen Staate keine politische Existenz habe, und auch nirgends unter dessen Bürgern ein besonderes Corpus ausmache, sondern mit ihnen unter gemeinschaftlichen Landesgesetzen stehe, und in soweit sie in Provinzialbezirken wohnet, den hungarischen Landesbehörden, in den Militärgränzen aber den Militärgränzbehörden untergeordnet sey". *Темишварски сабор 1790*, избор и објашњења Сл. Гавриловић и Н. Петровић, Нови Сад - Сремски Карловци 1972, (у даљем тексту *Темишварски сабор*), 48-49.

инартикулација српских привилегија у угарске законе. Тиме би се Срби у правном погледу изједначили са другим становницима државе.

Како српским представницима није било омогућено да учествују у угарској Дијети, са царском дозволом је одржан у Темишвару 1790. године српски сабор.[19] Темишварски сабор је имао изразито политички карактер. На њему су дошла до изражаја два основна гледишта. Црквена јерархија, епископи, архимандрити и племићи су били за инартикулацију српских привилегија и против посебног српског органа власти при двору. Већина световног свештенства, милитари и посланици из Провинцијала су тражили посебну територију у Банату и посебну дворску власт. Противречност која је обележавала правни положај српског народа у Хабзбуршкој царевини дошла је до изражаја и у овим ставовима. За привилегије, као ослонац и јамство српских права залагали су се војни и грађански представници српског друштва, док је висока црквена јерархија и племство захтевала инартикулацију, тј. озакоњење српских привилегија од стране угарског сабора. Искуство живота у угарској држави показивало је да у условима изразито раслојеног, феудалног друштва какво је било угарско, на политичка права и једнакост могу да рачунају само припадници племства, у првом реду угарског, које је чинило націју у политичком смислу. Заступајући захтев за инартикулацију, Сава Текелија је одржао говор у којем је осудио идеје француске револуције и, "једнакост сталежа по примеру Француза".

Нови погледи на друштво, државу и политичка права грађана, које је тако упечатљиво артикулисала Француска револуција, имали су свој одјек и у једном танком слоју српског друштва. На Темишварском сабору су јасно дошла до изражаја нека нова схватања и истакнути неки нови основи и принципи, настали на темељима либерално-демократских идеја Француске револуције, којима су Срби поткрепљивали захтеве за поштовање својих права: сталешка једнакост у друштву, укидање племства, право супротстављања угњетеног.

И поред разлика које су се испољиле, Темишварски сабор је донео значајне одлуке: захтев за посебну територију под управом сопствене власти, поштовање привилегија за део народа који остане ван те области, да Срби граничари у случају расформирања појединих делова Границе не дођу под спахијску власт, и да се за Србе при двору оснује посебна дворска инстанца, Илирска дворска канцеларија. У уводу закључака сабора који су упућени цару се напомиње да се они не ограничавају "...само на оне користи које би за њега [народ] из предохрањења стари повеља произићи могле, јер немогућно је да стари документи онаково задовољавајуће предвиђење задржавају, каково земаљски отац у сваком смотрењу давати може и непрестано се труди".[20]

---

[19] Славко Гавриловић, "Стремљења српског народа ка аутономији у Хабсбуршкој монархији и Угарској (од краја XVII до средине XIX века)", *Задужбина*, бр. 10, мај 1999; *Темишварски сабор 1790*; Славко Гавриловић, "Срби у Хабсбуршкој монархији пред угарски сабор 1790", ЈИЧ 5 (1965), 17-34; Д. Ј. Поповић, *Срби у Војводини*, књ. III, Нови Сад 1963, 26-29; Сава Текелија, *Описаније живота*, Београд 1966, 152,

[20] *Темишварски сабор*, 256.

Ови захтеви нису испуњени. Мада је царски комесар на сабору објавио одлуку о уступању Баната, цар није ово обећање испунио. У поверљивом писму царском комесару на сабору цар је објашњавао да због стања угарских прилика није у могућности да уступи Банат, изговоривши се да је још Марија-Терезија спојила Банат са Угарском.[21] Неопходно је да се код Срба нада у то не ојачава, нити умањује.[22]

* * *

Мисао о Српској Војводини, посебној области са својом сопственом влашћу оживотворена је први пут у току револуционарних збивања 1848-1849. године. "Године 1848. теорија о правима човека пробила се у хабсбуршко царство".[23] Као и права човека и народни суверенитет, Француска револуција је отворила и проблем националног суверенитета, а револуционарна 1848. је национално питање увела на велика врата у токове европске историје.[24] Национално начело било је у српском политичком животу први пут јасно формулисано у току револуције 1848-1849. године, од стране свих њених предводника, без обзира на њихову социјалну припадност и политичке погледе. Као и у већини других земаља у склопу Царевине, захтеви које је покрет истакао имали су поред социјалне и националну садржину. Основ и темељ тих захтева била је мисао о слободи, која је тако моћно завладала тадашњом Европом. У прогласу који који је 9/21. марта 1848. године новосадским грађанима упутио Ђорђе Стратимировић са друговима истакнути су принципи слободе, природних права народности и вероисповести: "Слобода кружи светом, она је и на нашој земљи подигла своје олтаре. Све запреке слободи су отклоњене, можемо се несметано борити за највиша добра човека и грађанина".[25]

Од почетка покрета и у току његовог трајања Срби у Војводини су у актима различите природе који су тада доношени уобличили јасну концепцију о аутономној Српској Војводини: била су то, у почетку, захтевања народа, потом одлуке Мајске скупштине и касније, уставни нацрти. Из ових и бројних других докумената јасно се помаљају чврсте контуре једне, у значајној мери самосталне политичке јединице - Српске Војводине. Истовремено, у току покрета изграђивала се српска власт у Војводини, са свим оним суштинским деловима и елементима који чине државну власт.

У многобројним захтевањима становништва Провинцијала и Војне границе која су настала током марта и априла 1848. године уочава се већ јасно замисао Војводине као посебне јединице у склопу Монархије са најважнијим елементима њеног државног уређења и права њених грађана. У захтевањима је назначена

[21] Д. Руварац, "Тамишки Банат, несуђена територија српска", *Српски Сион*, 1904; Васа Стајић, *Великокикиндски диштрикт (1776-1876)*, Нови Сад 1950, 79.

[22] М. Костић, нав. дело, 10-11.

[23] A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 73.

[24] Čedomir Popov, *Evropske građanske revolucije od XVIII do XX veka, (Pokušaj empirijskog uopštavanja)*, Novi Sad 1992, 25.

[25] *Грађа за историју српског покрета у Војводини 1848-1849*, Београд 1952, 10.

територија Војводине и њен положај у Монархији, структура власти и принципи на којима она почива, као и основна права грађана.[26]

Мајска скупштина у Сремским Карловцима утврдила је 1/13. и 3/15. маја 1848 темеље на којима је изграђена српска организација власти 1848. и 1849. године. Отварајући Мајску скупштину митрополит Рајачић је такође нагласио да у покрету који је започео на западу сви народи траже своја права: народност, језик, самосталност, слободу мисли и штампане речи, једном речи своја **природна права** (подвукла Lj. K)[27] У овој истоветности формулације националног циља и његове идејне основе огледало се пуно јединство свих слојева српског друштва у Јужној Угарској - и оних који су означавани као напредни грађански слојеви, као и оних које је оличавао митрополит Рајачић, који је у свом говору употребио формулацију потпуно својствену демократским грађанским доктринама.

Скупштина је 3. маја донела следећу одлуку: "Осећајући да ниједан народ позиву свог природног определенија за доста учинити и достојинству народног свог персоналитета складно се развити и изобразити не може, ако се све препоне, које га у тој од природе наложеној му дужности напредовања и усавршавања сметају, не уклоне и све вериге, које га као народ имајући свој језик, своју историју, прошлост и будућност вежу, не разреше, изјаснио је се: 2. Српски народ за политично слободан и независан под Домом аустријским и општом круном угарском".[28] Изабрани су војвода, пуковник Огулинске регименте Стеван Шупљикац, и патријарх, дотадашњи архиепископ и митрополит карловачки Јосиф Рајачић. Одређен је простор Српске Војводине: Срем с Границом, Барања, Бачка с Бечејским дистриктом и Шајкашким батаљоном и Банат с Границом и Кикиндским дистриктом. Проглашен је савез с Троједном краљевином (Хрватском, Славонијом и Далмацијом). Изабран је одбор који је требало да разради ове одлуке и спроведе их, са овлашћењем да може сазвати народни сабор. Проглашена је и обезбеђена румунска народна самосталност. Одлучено је о слању трију делегација: посланство цару, које ће га обавестити о жељама Срба, депутација упућена Хрватском сабору и делегација на Словенски конгрес у Прагу.[29]

Основне црте уставног положаја и уређења Војводине садрже већ захтевања из марта и априла 1848. Мајска скупштина говори о политичкој слободи и независности српског народа под аустријском династијом и угарском круном, али то не одређује прецизније. Без обзира на неповољан положај Срба, већ у јулу 1848. се појавио први разрађен концепт уставног уређења Војводине. У току покрета настао је низ пројеката уставног положаја и уређења Војводине, међу којима се налазе и потпуни нацрти, али и мишљења о појединим елементима уређења Војводине.[30]

---

[26] *Грађа*, 14, 68, 87, 103, 115, 140, 141, 177, 178, 229, 230, 242.

[27] *Грађа*, 10, 255-256.

[28] *Грађа*, 257.

[29] *Грађа*, 257-259.

[30] Глас умерености једног родољупца о том, чиме би се аустро-угарски Срби данас задовољити могли - један проект о српско-народном устројству у унгарској краљевини; Светозар Милетић, "Војводина према целокупној Аустрији" (*Напредак*, 1848, број 9, 14, 16 и 17; 1849, број 1 и 2) у *Изабрани чланци* (приредио Мирослав Јерков), Нови Сад 1939, 1-19; Предлог устава за Војводовину Србију, Архив Српске академије наука и уметности у Сремским Карловцима, Српски народни покрет,

Међу овим нацртима заслужују посебну пажњу нацрт Светозара Милетића објављен у неколико бројева листа *Напредак*, крајем 1848. и почетком 1849. године и нацрт који је начинила "уставостројитељна комисија", коју је именовао патријарх марта 1849. У Милетићевом нацрту јасно су истакнути темељи на којима српски народ заснива своје захтеве: то су **природна права народа** (подвукла Lj. К), која се на основу слободе, једнакости и братства могу остварити и обезбедити само у тако преуређеној заједници где ће сваки народ имати своју државу. При одређивању граница тих држава треба занемарити сва стара историјска права, географске и политичке критеријуме, а као једини критеријум узети распрострањеност језика једанаест народа који живе у Монархији. Србима, као и осталим народима припада слобода да самостално одлучују о својим материјалним и духовним интересима. По томе критеријуму Војводовина српска треба да обухвати Срем, Бачку и Банат изузев Крашовске жупаније и Карансебешке регименте, јер у њима већину чине Румуни. Војводовина би имала самостално законодавство, извршну власт на челу са војводом, која је одговорна законодавној власти. Постојањем ових органа остваривала би се посебна национална права Срба. Грађанска права и слободе, заједничка свим становницима Аустрије могу се остваривати путем једне опште заједничке законодавне власти са одговорном заједничком владом. Ова државна заједница представљала би конфедерацију аустријских народа.

Милетић је у својим уставним концептима истакао и нагласио основна начела и доктрине државног и политичког организовања прогресивног, либералног и демократског грађанског друштва - **природно право** народа да сам одлучује о својој судбини, **ограничење апсолутне монархијске власти увођењем поделе власти и парламентарног уређења** (подвукла Lj. К). Као основни критеријум за уређење државе се истичу природна права, а напуштају историјска легитимна права на којима је почивала Хабзбуршка царевина.

Почетак припрема уставног пројекта који је израдила уставотворна комисија започео је одмах после царског признања достојанства патријарха и војводе, децембра 1848. године. Свестан ограничености оваквог царског признања, патријарх је ипак закључио да оно представља довољан основ за израду устава Војводине, па је јануара 1849. позвао доста велики број истакнутих и образованих људи да учествују у том послу.[31] Комисија је свој задатак завршила 8/20. марта 1849. Нацрт је сачињавало 15 глава, са 154 члана. По њему се Војводина састоји од Срема, Баната и Бачке с Границом и Барање. Она је саставни део Аустрије, али је у параграфу 3. дефинисана као самостална јединствена држава, у свему равноправна другим аустријским државама. То је систематичан, прегледан и потпун текст, који је за разлику од Милетићевог нацрта садржао и материју коју је Милетић

кут. 7/18-849, 2242; Стефан Радичевић, *Проект устава за Војводовину србску*, Земун 1849; Нацрт устава за Војводину Аврама Петронијевића, Архив Српске академије наука и уметности у Сремским Карловцима, Српски народни покрет, (у даљем тексту АСАНУ, СНПок), кут. 15/849. през. Но 116-1849, 1. б. 36.

[31] Joseph Thim, *A magyarországi 1848-49-iki szerb fölkelés története*, I-III, Budapest 1930-1940, II, 225.

изоставио: подробно регулисано унутрашње уређење Војводине и одредбе о грађанским правима и слободама.[32]

Иако се привилегије непрестано, од почетка покрета до његовог гашења истичу као основ српских захтева, оне се појављују више као историјски темељ и извор српских права, а све мање као правни титулус савремених народних тежњи. Ту улогу добиле су нове категорије: природна права грађана и народа, њихова слобода, једнакост и равноправност.

Већ у мају 1848. Срби су покушали да од двора добију признање одлука Мајске скупштине. Прва српска депутација је уверавала цара да Срби не желе сопствено краљевство и отцепљење, да Војводство неће бити држава у држави и да желе само јемство за своју угрожену народност. Српска депутација у целини, њени поједини чланови и патријарх су покушавали у току следећих месеци упорно да издејствују признање власти коју су изградили у току 1848. и 1849. године: избор патријарха и војводе, успостављање Српске Војводине, као посебне територије под сопственом управом. Захтеви су почивали углавном на привилегијама, као српским историјским правима, али и на неким савременим принципима.[33]

Манифестом младог цара Фрање Јосифа 15. децембра 1848. васпостављено је достојанство патријарха и војводе.[34] Територија Војводовине, као и њена већ изграђена организација власти нису признати. Патријарх је уочио ограниченост ових признања и указао на њих српској депутацији у Бечу. Није признато оно најважније - Бојводовина, тј. територија: "Народ треба простор свој, на ком ће се оснивати, а то је Војводовина".[35] Патријарх је јасно уочио и одлучно истакао да српски народ не може да се задовољи персоналним правима, да је за остварење његовог политичког циља - самосталности и независности српског народа неопходан услов територија - Војводовина.

Војводина није призната ни *Октроисаним уставом* од 4. марта 1849. Цела царевина је по овом уставу била јединствена, унитарна држава, са јединственим парламентом и одговорном владом. За положај Војводине битна су три члана *Устава*: 71, 72 и 75. У члану 71 стоји: "Устав Краљевине Угарске биће очуван утолико, што одредбе које нису у сагласности са овим уставом царевине губе важност, а равноправност свих народности и језика који су употреби биће обезбеђена одговарајућим установама. Посебан статут регулисаће ове односе". Параграф 72 гласи: "Војводству Србији биће осигурано такво уређење, које ће се, ради очувања његове црквене заједнице и народности ослањати на старе привилегије и царске указе најновијег времена. Уједињење Војводства са неком другом круновином ће се по саслушању и уз пристанак њихових посланика определити посебном одлуком". Члан 75 гласи: "Установа Војне Границе, основана у циљу заштите целокупности царевине, остаће у својој војној организацији неизмењена и чиниће неодвојиви део царске војске. Становницима Војне границе биће у погледу

[32] АСАНУ, СНПок, кут. 7/18-849, 2242.

[33] Thim III, 181-189, 332-333; *Српски летопис*, књ. 112, 405; АСАНУ, СНПок, кут. 15/849, а. б. 3; Рукописно одељење Матице српске, 22. 307.

[34] Thim III, 251.

[35] РОМС, 10. 155.

имовинских односа и њиховог олакшања дат посебни статус, какав је раније дат другим круновинама".[36]

Угарска државност била је дакле, начелно призната, али овим одредбама битно ограничена. Иако је наговештена могућност оснивања Војводине, очување Војне границе довело је озбиљно у питање српска стремљења. Стога је *Октроисани устав* представљао тешко разочарање. У чланку "Наше одбране (поводом устава)", који је објавио *Вестник*, *Устав* се оцењује као "смерајући на уништење наше аутономије, нашег народног јединства и нашег самосталног живота...ако смо се до сада борили против мађаризације, сад се морамо борити против германизације".

Иако непризната, Српска Војводина или Војводовина Србија постојала је 1848, па донекле и почетком 1849. као самостална јединица, са потпуном, иако разумљиво недовољно развијеном организацијом власти. Оно што је већ дуго живело у политичкој свести српског народа добило је, макар само фактично и краткотрајно остварење. У потоњем времену национална борба војвођанских Срба имала је у постојању Српске Војводине 1848. чврсто упориште, а истовремено стално присутни циљ борбе.

* * *

Одмах после освајања Угарске, у јесен 1849. године је аустријски Министарски савет почео да разматра организовање управе у Војводини, а већ 17. новембра је поднесен цару предлог о организовању Војводства Србије и Тамишког Баната, где се истицала "истрајна храброст и оданост Срба, са којом су поднели ужасне последице разорног грађанског рата".[37]

Ослањајући се на *Патент* од 16. децембра 1848. и члан 72 *Устава* од 4. марта 1949. цар је прогласио оснивање Војводства Србије и Тамишког Баната, у који су ушле следеће области: дотадашње жупаније Бачко-Бодрошка, Торонталска, Тамишка и Крашовска (Бачка и Банат) и Румски и Илочки срез. Док се не одлучи коначно о будућем положају ових подручја у држави или њиховом сједињењу с неком другом круновином уставним путем, образује се посебна управна област, чија је администрација независна од Угарске и управљана од стране земаљских власти подређених непосредно царском министарству. Цар задржава право да заступање ових земаља и учешће њихових становника у царском представничком телу провизорно уреди аналогно уређењу других круновина, на темељу одредаба *Устава* нарочитом одлуком. Ради признања српској нацији, а на основу цару изложених жеља, да би се одала почаст њиховим народним и историјским традицијама, цар додаје својој царској титули и титулу "велики војвода Војводства Србије". Управитељ области Војводства добиће титулу подвојводе.[38]

---

[36] Sebastian Werni, *Die Wojwodina 1848-1860 als nationales und staatsrechtliches Problem*, Wien 1981, 49-50.

[37] A. Stojacskovics, *Über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Serben in der Wojwodina*, Temesvar 1860, 36.

[38] A. Stojacskovics, нав. дело, 36.

Војводство је обухватало територије које су само делимично биле насељене српским живљем. Ниједан део Војне границе, која је најгушће била насељена Србима није ушао у Војводство Србију и Тамишки Банат. Границе Војводства су биле тако повучене, да су етнички односи у њему били неповољни за Србе. Према попису становништва из 1850/51. године у Војводству Србији и Тамишком Банату је било укупно 1. 426. 221 становник, а од тога 321. 110 Срба.[39]

Проглашење оваквог Војводства није задовољило српска очекивања ни у погледу територије, ни у погледу његове организације. Војводство није било ни аутономно, ни српско. С обзиром на његову националну структуру било је оправдано Швикерово мишљење да је Војводство било српско само по имену. Ни његово административно седиште није било у Новом Саду, чије је становништво било већином српско, него у Темишвару где су Срби били у мањини. Овакво Војводство Аустрија је формирала са намером да се у првом реду казне Мађари због подигнутог устанка против Хабзбурга и покушаја отцепљења од Аустрије, тако што ће се нарушити територијални интегритет Угарске. С друге стране, Срби су привидно награђени тиме што су добили посебну област. Стога је Светозар Милетић резигнирано закључио да су Срби награђени за своју верност оним чиме су Мађари кажњени за своју непослушност: најпре је уведено опсадно стање, а потом апсолутизам.

Постојање Војводства Србије и Тамишког Баната поклапа се готово у целости са временом тзв. Баховог апсолутизма (1851-1860). *Октроисани Устав* није био дуго на снази. Већ 1850. почео је процес његовог укидања, завршен у децембру 1851. године, када је Хабзбуршка монархија постала "тотално унитарна држава", са круто централистичким, јединственим управним системом, на челу са немачким функционерима подређеним непосредно Бечу.[40] Време Баховог апсолутизма је обележено настојањем да се изврши реорганизација управе која би била прилагођена новим друштвеним и економским условима, насталим после револуционарне промене 1848. године и укидања феудализма, у области управе, судства и законодавства, као и у другим областима друштвеног живота. Време апсолутизма је и време превазилажења феудалних институција и увођења нових, грађанских. У политичком погледу то је доба апсолутизма, централизације и интензивне германизације.

У условима Баховог апсолутизма политички живот био је потпуно замро. Репресивни режим "Бахових хусара" онемогућавао је политичку активност и развој националних институција, било какве врсте. Крајем шесте деценије XIX века апсолутизам у Хабзбуршкој монархији постајао је све тежи и незадовољство постојећим стањем све веће. У готово свим областима Монархије испољава се на различите начине нерасположење према режиму. У Војводини се код српског

[39] *Tafeln der Statistik der Österreichischen Monarchie*, Neue Folge, 1 Band, Wien 1856.

[40] Ernst Hellbling, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien 1956, 355; A. J. P. Taylor, 107-111; *Врховно жупанство Исидора Николића Србоградског над Бачком, Торонталом и Вршачким окружјем*, Ср. Карловци 1911, 35:

грађанства јављају мишљења да би се апсолутизму и германизацији требало супротставити сагласно са Мађарима и у политичком савезу и сарадњи са њима.[41]

У таквим приликама и под притиском неких спољнополитичких околности, двор се одлучио на извесне уступке. Међутим, и поред тих уступака, незадовољство народа није јењавало. Још узаврелија политичка ситуација је била у Угарској. Да би спречио избијање нових револуционарних, сепаратистичких догађаја у Мађарској, цар Фрања Јосиф се одлучио на преуређење Монархије у смислу извесне децентрализације, што је извршено Октобарском дипломом, 20. октобра 1860. године, која је требало да буде нови темељни закон Царевине. Међутим, већ Фебруарским патентом 1861. године у суштини је рестаурисан централизам.[42]

У склопу уступака Угарској, значајно место је имало питање Војводине. Настојећи да оствари свој територијални интегритет, Угарска је била одлучно против постојања Војводине. Пошто је Србима гарантован верски, национални и језички развитак у складу са њиховим привилегијама, објављено је 27. децембра 1860. године царско ручно писмо о укидању Војводства Србије и Тамишког Баната и његовом присаједињењу Угарској, са изузетком Румског и Илочког среза, који су припојени Хрватској.[43]

Мада Војводство није ни у чем испунило очекивања српског народа, ипак је његово укидање болно одјекнуло у Војводини. Српска јавност је била тако узнемирена, да се власт плашила оружане побуне. Јануара 1961. године објавио је Светозар Милетић свој чувени Туцинданског чланак, који ће добити карактер и значај политичког програма војвођанских Срба у времену које је следило. Поводом укидања Војводства Србије и Тамишког Баната, Милетић указује на потребу борбе за једну другачију Војводину, другачијим средствима: "Војводство ће пак, у преображеном виду, ма и без имена тога, зацело васкрснути. Шта смо ми од Аустрије захтевали? Ништа друго, него само да нам начин дâ, да се са угарском краљевином - или ако хоћете с мађарским народом путем нашег народног конгреса или народне скупштине о условима нашег народног бића погађати можемо. Место тога, предани смо угарском сабору на милост и немилост". Даље Милетић закључује да Мађарска може опстати само као федеративно уређена држава, са политичком супрематијом мађарског народа. На бази уставности и државног права Угарске да се заједно са демократским снагама Угарске и других народности формира фронт против бечког централизма и германизаторских претензија.[44]

Почетак нове етапе у политичком животу Срба у Угарској означио је Благовештенски сабор 1861, "последњи парламент овостраног српства". Да би уми-

---

[41] Василије Крестић, "Срби у Војводини за време Баховог апсолутизма (1849-1860)", *Зборник МС за историју* 13/1976, 56; Душан Ј. Поповић, *Срби у Војводини*, књ. III, 306.

[42] L. Adamovich, *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Wien 1957, 13; Ernst Hellbling, 358; A. J. P. Taylor, 125-127, 130.

[43] Ј. Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа Српског у Сремским Карловцима*, Нови Сад 1961, 242-243.

[44] Гига Гершић, *Др Светозар Милетић, Успомене и рефлексије о његовом животу и раду*, Београд 1902, 29; Василије Крестић, "Срби у Хабсбуршкој монархији 1849-1868", *Историја српског народа*, књ. V-2, Београд 1981, 157.

рио српско незадовољство због укидања Војводства Србије и Тамишког Баната, цар је наложио патријарху Рајачићу да са још 20 угледних Срба дође у Беч да изнесе предлоге о очувању привилегија, српске народности и језика. Како је српска јавност одлучно захтевала одржавање политичког сабора, патријарх се није одазвао овом позиву, те је цар био приморан да допусти, 5. марта 1861. године, да се у Сремским Карловцима одржи сабор расправно-политичког карактера. Овај поступак је оцењен као посредно признавање Срба као народа.[45]

Сабор се састао у Карловцима 2. априла 1861, на Благовести.[46] И на овом сабору, као и на Темишварском, дошла су до израза два различита гледишта о начину на који Срби могу остварити своја национална права. Саборска већина је сматрала да се ова права могу остварити само са ослонцем на двор и на царске привилегије, а мањина је заступала мишљење да се треба еманциповати од бечког двора и његове себичне политике и ступити у непосредну везу са мађарским сабором, преговарати с њим и тражити на основу закона од 1848. године проширење и утврђивање права српског народа.[47] Међутим, владала је сагласност око тога да привилегије сачињавају правни темељ српских захтева. Оне су тумачене као уговор који је српски народ закључио са владаоцем.[48] Основна, кардинална, српска права, која је требало да обезбеде привилегије, истакао је у свом говору на сабору Јован Суботић: да Срби у Угарској сачињавају јединствени народ; да у њој имају право на посебну област; да имају право општег представништва, општи народни конгрес и да имају свог војводу. Ова четири права чине историјско - политички индивидуалитет српског народа у области угарске круне.[49] Окончавши заседање 20. априла, сабор је усвојио закључке, у којима су у 16 тачака формулисана нужна јемства за опстанак и развој српског народа у Монархији. У уводу су истакнути основни елементи: посебна територија, организована на националној основи и аутономија. Аутономна српска територија под називом Војводина српска обухватала би провинцијални и граничарски Срем, доњу Бачку са Шајкашком, Банат са Војном границом.

На тој територији би постојала самостална српска политичка организација. На њеном челу би био изабрани војвода, са војводским саветом. Избор војводе би потврђивао краљ. Војвода је председник обласне скупштине, у чију надлежност би спадало доношење уредаба и обнародовање земаљских закона, контрола над политичком управом, прикупљање пореза, доношење буџета и репатрирање регрута. За опште законодавство делегира обласна скупштина представнике у угарски сабор. Угарско законодавство важило би у бачком и у банатском делу Војводине, а хрватско у Срему. Званични језик био би српски, а званично писмо ћирилица.

У области правосуђа постојали би првостепени судови са једним апелационим судом, а у погледу највише судске инстанце, Банат и Бачка потпадаће под угарски

[45] *Автобиографија дра Јована Суботића* III, Нови Сад 1901, 134.

[46] Јован Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа србског у Сремским Карловцима 1861*, Нови Сад 1961.

[47] Јова Авакумовић, *Привилегије српског народа у Угарској и рад Благовештенског сабора 1861*, Загреб 1902, 227.

[48] Исто, 191, 204, 206, 209.

[49] Исто, 212-214.

врховни суд, а Срем под хрватски. При врховним управним и судским властима били би постављени Срби референти, са правом гласа и потребним бројем особља, а исто тако, код надлештава у Војводини поставиће се сразмеран број чиновника других народности. У погледу цркве, школа и народних фондова, они ће очувати потпуну аутономију под надзором врховних власти, а орган ове аутономије био би народни конгрес, састављен од представника Срба из Војводине, Угарске и Троједнице. Одредбе усвојене на овом сабору морају се узаконити на угарском и хрватском сабору и не могу се мењати нити укинути без сагласности српског народа.[50]

То су били услови под којима је српски народ пристао на присаједињење Војводства Србије и Тамишког Баната Угарској, а у циљу очувања своје народности и језика, што је гарантовано српским привилегијама. Иако је цар обећао да ће испунити захтеве које је сабор формулисао, до тога није дошло. Српски ставови су двору добро дошли као средство у борби против Мађара. Закључци Благовештенског сабора наишли су на једнодушно противљење свих политичких фактора у Угарској. Иако нису испуњени, захтеви Срба формулисани на Благовештенским сабору су имали изузетан значај за даљи политички развој Срба у Угарској, и остали до краја темељ њиховог политичког програма.[51]

Иако је мишљење које је на Сабору заступао Светозар Милетић остало у мањини, његови ставови ће временом добијати све више утицаја. На сабору је Милетић сажето формулисао једну политичку девизу, коју је истакао још у време покрета 1848-1849. године: "Истина је, да ми имамо задатак пронаћи јемства за обезбеђење наше народности. Али ми се имамо бринути и за уставну слободу; и ова је онако исто наша звезда, као и народност. Ми нећемо хтети обезбедити нашу народност на штету уставне слободе. Ми можемо све употребити, што води к обезбеђењу народности; али треба уједно и да све избегнемо, што нас може у сукоб довести са уставном слободом. Ми смо и Срби и грађани".[52] Тако се јављају два основна елемента његовог политичког програма који ће постати водећа политичка мисао српског народа у Војводини: грађанска права и слобода личности, појединца и национална политичка права.[53]

После Благовештенског сабора, упоредо са променама правног основа који је истицан као темељ српских захтева за аутономију, преовлађивањем демократских принципа грађанске једнакости и права и постепеним напуштањем привилегијалних основа, долази и до промене носилаца политичког живота и политичке борбе код војвођанских Срба. Црквена јерархија почела је да губи водећу улогу, коју стиче једна нова генерација политичара, израсла у измењеним друштвеним и економским приликама.

---

[50] Димитрије Кириловић, *Српски народни сабори*, Нови Сад 1937, 13-14.

[51] Никола Петровић, *Светозар Милетић и Народна странка 1860-1885*, I-II, Сремски Карловци 1968, I, 105-109.

[52] Јова Авакумовић, нав. дело, 228.

[53] Никола Петровић, нав. дело, I, 101.

* * *

Наде српског политичког вођства да ће мађарски политички врхови изменити своје ставове, поучени тешким последицама своје искључиве националне политике у току 1848-1849. године нису дуго опстале. У мађарском политичком животу владало је једнодушно уверење, које су делили сви политички кругови, од крајње десснице до крајње левице, о постојању једне политичке нације, мађарске. Ова доктрина се заснивала на двема идејама: интегритету земаља круне св. Стефана, са Мађарима као јединим владајућом нацијом и на замисли да Мађарска има на истоку важну политичку и цивилизаторску улогу. У светлу тих основних начела и појам слободе грађана значио је само грађанске слободе, али не и националне.

Срби су одлучно осуђивали ову доктрину. Милетић је писао: "Политичког народа нема уопште; то је апсурдум. Појам једног политичког народа не да се правдати не само у Угарској, него нигди уопште. 'Политички народ' то је фикција појединих народа, који за хегемонијом над осталим народима теже, као и за тим, да их временом у своју народност преобразе...Свакако стоји: да политичке народности и народи нема уопште, да се Мађари не могу назвати народом, а немађари пак народностима, и напослетку, да Србин сачињава саставни део српског народа ма где и у којој држави био".[54]

Прилике у Монархији су указивале на неминовност њене реорганизације. Ближила се нагодба, споразум владајућих нација, Немаца и Мађара, подела власти над словенским народима у оба дела државе, јер, по речима министра Андрашија, "Словени нису подобни да владају, њима се мора владати".[55]

У то време Милетић је разматрао даљи развој догађаја и могућности које стоје пред државом и начин на који би се она могла преобразити. Праву будућност, по његовом мишљењу има само федерални дуализам, тј. такво устројство царевине које би се састојало од јединица уређених на основи **народног** (подвукла Lj. К), а не државног федерализма, који би обезбеђивао аутономна права свим народностима, реорганизацију жупанија према припадности већине становништва. Народи морају имати и "меродавни уплив на законодавство, финансијску систему и контролу, и на управу средством одговорности владе".[56] Срби су после Нагодбе ипак полагали наде у повољније услове свог националног и политичког живота у парламентарном систему који је уведен. "У борби Угарске против Беча", писао је о томе доцније Полит - Десанчић, "Милетић и сви ми који смо били око њега држали смо да је главна ствар да Угарска добије своју самосталност према Бечу, па ће онда Срби имати доста простора да утврде и унапреде своју народност. То беше велика заблуда, ради које је Милетић у вацком затвору често уздисао".[57]

После увођења дуализма и поделе власти над словенским народима између Немаца и Мађара, Милетић је са својим присталицама започео оштру и

---

[54] Светозар Милетић, "Политички народ и народност", *Сабрани списи* II/1, Београд 1999, 234, 236.

[55] A. J. P. Taylor, нав. дело, 161; L. Adamovich, нав. дело, 15-20.

[56] Светозар Милетић, *Изабрани чланци* (приредио Мирослав Јерков), Нови Сад 1939, 109-118.

[57] Д-р Мих. Полит Десанчић, "† Кошут", *Браник*, бр. 29, 1894.

бескомпромисну опозициону борбу. У току припрема *Закона о народностима*, група од 24 посланика народности, међу којима је био и Милетић, поднела је 11. фебруара 1867. *Законски предлог романско-српски за утврђење и осигурање народности у Угарској*. У беседи у саборској дебати, Милетић је потанко образложио овај предлог. У њему се захтева: 1) признање разних народности у Угарској, 2) да се званични језик у једној муниципији одређује према већини народа који у њој живи, 3) да се мешовите муниципије према географским, етнографским и административним могућностима заокруже. Давањем права народностима путем заокруживања жупанија "национализовања жупанија", спречило би се управо оно чега се Мађари плаше: тежњи народа за припајањем деловима свог народа изван државе. Свим народима треба осигурати народност на политичком пољу, па ће то допринети стабилности Угарске. Свака нација би била сразмерно заступљена у парламенту, као и у локалним органима извршне и судске власти. Држава би подједнако помагала просветне и културне установе свих народности. Овај је предлог у сабору добио само 24 гласа.[58]

Закон о народностима (Законски чланак XIV) садржао је само одредбе о употреби језика мањинских народа у локалној управи и у школама. Овим је законом коначно дефинитивно уобличена и усвојена догма о једној недељивој, у политичком смислу јединственој мађарској нацији, а употреба матерњег језика у јавним пословима ограничена је. Био је то "изврстан закон, само што се у пракси није примењивао ни у једној тачки".[59] Питање народности је регулисано само као културно и језичко, а не и државноправно.[60]

Пре *Закона о народностима* је донет један пропис, који је уређивао положај Срба, односно садржину њихове црквено-школске аутономије: *Уредба о уређењу црквених, школских и фундационалних дела грчко-источне српске митрополије*, која је била потврђена краљевским *Рескриптом* 10. августа 1868. Ова *Уредба* се темељила на угарском Законском чланку IX од 1868, којим је призната самоуправа цркве, школе и фондова православних Срба, Румуна и Грка у Угарској. Право на црквено-школску аутономију сада је Србима признато не на основу српских привилегија, него на основу параграфа 8 угарског Законског чланка XX од 1848.[61]

Национални покрет који је Милетић основао конституисао се у политичку странку, Српску народну слободоумну странку 1869. године у Великом Бечкереку, када је странка донела и свој програм. Његова садржина се заснивала на одлукама Благовештенског сабора, а странка се залагала за начело равноправности и аутономије свих народа у Угарској, а против Аустро-угарске нагодбе.[62]

---

[58] *Беседа дра Светозара Милетића земаљског заступника говорена 14. новембра 1868. на угарском сабору у питању народности*, у Новоме Саду 1868, 45; Васа Стајић, *Светозар Милетић*, Београд б. г, 82; Василије Крестић, "Срби у Хабсбуршкој монархији", 160; Horst Haselsteiner, *Die Serben und der Ausgleich*, Wien - Koln - Graz 1976, 107-109.

[59] A. J. P. Taylor, нав. дело, 169.

[60] Horst Haselsteiner, нав. дело, 108.

[61] Димитрије Кириловић, нав. дело, 37-38; Василије Крестић, "Срби у Хабсбуршкој монархији", 161-165.

[62] Андрија Раденић, "Срби у Хабсбуршкој монархији 1868-1878", у *Историји српског народа*, књ. V-2, 168-169.

Готово до краја политичког живота српског народа у Јужној Угарској у склопу Хабзбуршке монархије, они су у својим захтевима за националну равноправност и политичко - територијалну аутономију заснивали своје захтеве на царским привилегијама. Било би неоправдано приписати истицања привилегија као правног темеља конзервативности српског политичког вођства и народа и њиховој оданости бечком двору и његовој политици. Српски народ се уверио веома рано у искреност бечке политике - привилегијална права нису од самог почетка поштована, сужавана су и ограничавана. Рано се јављају захтеви за поштовањем народних и црквених права, који су везивани за друге принципе. На сабору 1744. године народ моли да се убудуће одлуке у погледу привилегија не доносе пре него што буду "од стране народа, како то одређују грађанска права, па и природна праведност" поднесене и размотрене представке.[63]

У одлукама Мајске скупштине и свим њеним документима се као основ политичких захтева поред привилегија наглашено истичу природна права грађана и народа. У држави каква је била Хабзбуршка монархија, у којој начело легитимитета као њен темељ није било напуштено, нити пак макар окрњено све до њеног коначног слома 1918. године, сваки политички захтев који је био упућен владајућим факторима је морао почивати на неком легитимном, правном основу. У време када су у Европи завладала другачија начела, и српски политички кругови су своје политичке програме темељили на другачијим основима. Међутим, политика споразума са мађарским владајућим круговима је доживела потпун пораз. Није било никаквог разумевања за захтеве за равноправност народâ у Угарској. Мада је у крилу српског народа већ одавно формиран један слој који је не само у социјалном и економском, него и у културном и политичком погледу представљао грађанство, он у својој политичкој борби за национална права није могао да се служи савременим начелима и аргументима европског грађанства, него само старим привилегијалним правима, која нису могла бити сасвим занемарена и одбачена, ма колико постала уска и недостатна.

[63] Јован Савковић, "Борба Срба Војвођана а своју територијалну и политичку самосталност", *Зборник Матице српске*, Серија друштвених наука, 3, Нови Сад 1952, 25; J. X. Швикер, нав. дело, 82.

Ljubomirka Krkljuš, Ph. D. Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

THE LEGAL BASIS FOR THE SERBIAN REQUEST FOR AUTONOMY IN SOUTHERN HUNGARY IN THE 18th AND 19th CENTURIES

Abstract

The Serbs in the Habsburg monarchy based their request for autonomy on the imperial privileges, which were issued to them following the Great Migration of 1690. These privileges gave Serbs personal rights, as members of a national and religious community: freedom of worship, the right to choose a duke, exemption from taxes and duties. The privileges secured the autonomy of the church and patriarchal jurisdiction, not only in church, but in some secular matters as well.

During the 18th Century these privileges were systematically reduced and restricted by the Habsburg rulers, as well as the church and the Hungarian authorities. The status of the Serbian people and the character of these privileges became one of the issues, which provoked lasting discord in the relationship between the rulers and the Hungarian class.

The request for a separate territory, which would be named as Serbian Vojvodina in 1848, was formulated during three large political gatherings of the Serbian people, in Temišvar in 1790, the May Assembly in 1848, and the Annunciation Gathering in 1861.

Already at the Temišvar gathering, two different trends surfaced: the first, which considered that Serb rights and privileges can only be preserved by leaning towards the royal court, and the second, which retained the position that this was only possible through their legalization by the Hungarian Parliament.

At the May Assembly, Serbian Vojvodina was proclaimed, with a call for privileges, but relying mainly on the natural rights of a man and citizen, civil and political freedoms and rights. Although not recognized, Serbian Vojvodina and the decisions of the May Assembly made a foundation for future Serb political programs within the Habsburg monarchy.

The Annunciation Gathering, held following the abolishment of the Dukedom of Serbia and Tamiš Banat, which was formed as an administrative and not a self-governing territory in 1848, demanded the establishment of Serbian Vojvodina, citing the privileges as a legal basis.

After 1860, Svetozar Miletić, attempted the constitutional and democratic route, in cooperation with the Hungarians, to achieve national equality. Considering the fact that

there was only one political nation, the Hungarians, according to the governing doctrine in Hungary, this attempt did not achieve any success.

By not accepting the principle of democratic civil society and the obstinate upholding of the political nation stance, national equality was not achieved in Hungary until the end of the Habsburg monarchy. With that, the privileges remained the most important legal basis for the Serb request for autonomy in Southern Hungary.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.93-104

Др Марија Вучковић Радовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

РЕГИОНАЛИЗАЦИЈА и ЕУ (Са упоредним приказом Устава Белгије као регионалне државе)

Сажетак: *У раду трагамо за решењима из уставноправне области за наше просторе кроз критичке (и упореднoправне) анализе досадашњих нацрта таквих аката у нас. Првенствено, притом, имамо у виду захтеве које је, пред нашу и остале земље Југоисточне Европе, тзв. државе у транзицији, постављала и поставља Европа (Савет Европе, ОЕБС, а нарочито Европска Унија која им је отворила своја врата за пријем). С обзиром на правне стандарде које ЕУ подразумева као услов пријема нових чланова, и на сложене проблеме ове области у нас који још чекају своје разрешење, у овом раду приказујемо сегменте Устава Белгије (иновираног закључно са 1994. г.) за које нам се чини да садрже погодна решења и за наш животни простор. Како су та решења већ позитивно право чланице ЕУ, неће бити дилеме, ако их прихватимо, да ли су компатибилни са од ње захтеваним стандардима.*

Кључне речи: устав, држава, регија (покрајина, област), провинција (жупа, срез), комуна (општина)

I - Европа и регије

1. Регије[1] као категорије територијалне организације држава чланица Савета Европе, постојале су и у структури неких од првобитних шест држава-чланица

[1] Нацрт Европске повеље о регијама, намењен чланицама Савета Европе, предвиђа њено усвајање на класичан начин који карактерише приступање међународним уговорима (чл. 2о- 24) тј. приступањем са или без коришћења права на у Нацрту предвиђене могућности искључења примене одређених

некадашњих трију европских заједница (сада ЕУ). Неке од тих првобитних држава-чланица су мале државе да саме личе на регије или градове других држава, али су пре уласка у ЕУ биле у својеврсној повезаности: Бенелукс, на пример кога су чиниле Белгија, Холандија, Луксембург. Данас Белгија, због своје посебности што се тиче националног састава, а која ће бити у овом раду предмет посебне пажње, има, унутар себе две врсте регија (региона). Региони имају изабрана већа (скупштине) и извршне органе са својим надлежностима примереним регионалној надлежности, о којој ће још бити речи. Белгија, уз то има и посебне, изабране органе са значајним надлежностима трију (говорних) заједница (comminautee) држављана у које су сврстани према матерњем језику. То су Француска заједница (појединаца, физичких лица), Холандска заједница и Германофонска заједница (држављана којима је матерњи језик немачки).

Прва врста у њеном уставу набројаних регија су регије састављене од уставом изричито наведених провинција унутар себе; већих територијалних целина по језичкој претежности. То су Валонски регион, Фламански и трећи, са француским и холандским језиком у себи, Бриселски (престонички, билингвистички) регион. Друга група регија, територијална такође као и претходна, зато се називају региони (регије), а не заједнице (људи, дакле), су језичке регије (региони) у чији састав су, према језику који се у њима говори, распоређене све комуне (општине, тј најнижи облик локалне самоуправе). Свака општина припада једном од четири језичка региона, а њихова је регионална надлежност, као и удео у доношењу одлука у тој области, најзначајнији. Има их за сваки од три језика по један, и к томе четврти, престонички билингвистички језички регион. Првој групи региона, да подвучемо, припадају Валонски и Фламански регион, који се састоје од провинција тачно побројаних у уставу а трећи, те врсте, територијални регион је Бриселски регион (престонице Белгије, али и највећег броја институција ЕУ). Свака комуна у Белгији, међутим, према језичкој оријентацији, спада, осим у одређену провинцију и преко ње у претходну врсту региона према припадности те провинције, и у нову врсту

чланова (резерве), и са ратификацијом у највишем законодавном државном органу (парламенту). Као основни, у нацрту је истакнут принцип регионалне самоуправе, дакле самоуправе, а не карактера препознатљивог као државност, без судства и законодавства независног од вишег нивоа државе. Принцип гласи (чл. 11. Нацрта) да ће региони имати право да усвоје и да допуне своје статуте (не дакле конституције, не ни основне законе што је термин за устав у неким земљама, као у Немачкој) уз поштовање устава и закона државе у којој су. Дефиниција регионалне самоуправе је да је то најшира територијална власт унутар дате државе; да имају изабрана тела (већа), да могу бити или самоорганизоване или имати нормалну повезаност са централном влашћу. Властите (изворне) надлежности овог најширег облика самоуправе су признате уставом дате државе, а могу бити одређене још и/или законима, те статутом региона као и релевантним актима међународноправног карактера., на пр. у складу са овом повељом, за оне државе које Европску повељу ратификују у довољном броју и она ступи на снагу. У оквирима правних процедура одређених законима дате државе, регије могу упражњавати међурегионалну и трансграничну сарадњу (чл. 3-9). За учешће у европским и међународним пословима који су од интереса за регионе, имају право да установљавају своје бирое за промовисање својих интереса, морају бити консултовани у вези са преговарачким процесима који се тичу њихових интереса, а државе могу регулисати и њихово учешће у државним делегацијама у преговарачким процесима који се дотичу њихових интереса (чл. 10).

територијалних региона, а према језику у употреби у тој општини, дакле, спада и у један од језичких региона којих има четири. То су: Француски језички регион, Холандски језички регион, Бриселски билингвистички (француског и холандског језика) регион и Немачки језички регион. А к томе, Белгија има, како смо већ навели, и самоуправне језичке заједнице држављана као појединаца независно од тога којој провинцији и комуни припадају; независно од територије на којој унутар Белгије ти њени држављани живе. То су заједнице њених држављана разврстаних у њих по матерња три језика која карактеришу Белгију: Француска заједница, Фламанска заједница и Германофонска заједница. Заједнице са изабраним органима и надлежностима, о чему ће још бити речи. Не заједнице са територијалном подлогом, већ заједнице белгијских држављана према њиховом матерњем језику.

Немачка, према уставу скројеном за њу - тада Западну Немачку - од стране западних сила њених окупатора, а за три од дотада установљене четири окупационе зоне на територији бившег Трећег Рајха, има у себи федералне јединице, али уз солидно уставноправно осигурање од сецесионистичких претензија својих лендова.

Француска, велика сила, стални члан Савета безбедности из редова држава победница у тада тек минулом светском рату, подељена је само на департмане и општине (децентрализована само до нивоа локалне самоуправе).

Италија је прича за себе. Усред Другог светског рата променила је страну и тиме допринела њеној бржој победи те заузврат прошла без окупације, оптерећена је великом разликом у развоју између севера и југа земље, али је као држава била окренута скоро само питањима европске интеграције и спољнополитичким темама. И câмо формално устоличење ЕУ догодило се потписивањем, у два наврата, уговора о њој баш у Риму, па се по Риму и зову: римски уговори (из 1951 и 1957. године). Тек недавно је добила правно уобличене регионе, од којих један регулисан међународним уговором. У годинама после Другог светског рата сва је, као држава, била подређена вођењу само своје спољне политике. (Наша земља, данас, ни на савезном нивоу, ни на нивоу двеју чланица, уопште не води спољну политику, на пример. Унутрашња, унутарстраначка (унутар ДОС-а) збивања, а нарочито околност да није још замењен претходни, комунистички систем и његови носиоци власти, у томе је спречавају).

2. Правни темељи европских заједница – римски уговори, нису установили нови правни поредак мењањем старих, у том моменту постојећих правних система држава чланица. Оне су остале и суверене државе, и као такве, појединачно и надаље чланице УН, а међу њима тада, само једна, Француска, је и стални члан Савета безбедности УН. (Данас је то и Енглеска, а ако се оствари жеља генерала Де Гола, можда ће у чланству ЕУ бити још једна држава стални члан Савета безбедности).

Римским уговорима тек је трасиран пут и правна средства за настајање ЕУ, за непрестано настајање и развој заједничких правних институција који је производио увећавање користи од њеног раста и развоја. Пут приближавања, постепеног, најпре економског а потом у сваком погледу, ишао је кроз стално уједначавање интерних правних решења (директивама), кроз постепено сажимање у све тешњу поли-

тичку заједницу једногласним одлукама чланица, и са умножавањем наднационалних општих правних норми: комунитарно право и органи. После остварења довољне мере овог последњег дела правне структуре; преласка у нови квалитет повезаности сада већ далеко веће скупине од петнаест држава, ова специфична заједница добила је и садашње име: Европска Унија, скраћено: ЕУ. Раније су то биле три заједнице (које су између шест држава повезивале три, у то време, најзначајније области привређивања) и то: Заједничко тржиште, Заједница за угаљ и челик и Заједница за атомску енергију.

Доласком нових држава умножиле су се и државе које имају у себи регионе. Настали су и неки региони који су под неком врстом надзора и суседне државе (Тирол, који има друго име за Италију, у којој је, од овог којим га назива Аустрија). Шпанија има регионе са међусобно неистоветним (асиметричним) правним статусом. Највећи број држава је без региона, њима се они препоручују, али новим, из југоисточне Европе, кандидатима за чланство у ЕУ региони се често намећу као услов уласка. И не само региони, већ се подразумева постојање парламетарне демократије, потом решавање мањинских права, и људских права уопште укључив и права деце, те других права у духу европских повеља од којих и чувена Евопска социјална повеља. Потом је ту и прихватање европске повеље о образовању према европским стандардима, уз очекивање и свих других видова што већег уједначења садржаја интерног права, нарочито права које се односи на привређивање, са комунитарним правом ЕУ, укључив и и одређени, висок, ниво заштите околине.

3. Европска Унија је заједница фактички не мање суверених држава[2] од других. То је и данас, тј. и после Јединственог европског акта из 1986. године, и на основу њега, донетих сто и више директива са налогом хармонизације норми у правним системима чланица. Норми које су довеле до потпуно оствареног јединственог тржишта (капитала, робе, услуга, радне снаге и њених фундаменталних синдикалних права). Али, и права настањивања независно од услова обављања делатности, и образовања независно од држављанства ученика и студената.

ЕУ је, наиме, велики и успешно примењен правни новум. Правна иновација, драгоцена попут технолошки новог брода, конципирана попут брода у изградњи на немирним европским водама времена после Другог светског рата. И још је, дакле, у дограђивању при чему се, код извођења радова на њој, добро пази. Даје наду континенту да се сви његови становници могу да укрцају, а да се брод одржи и сигурно

[2] И глобализацији су неопходне (суверене) државе. Деценијско негирање потребе за сувереним државама у корист мондијалистичке владавине светом, је већ прошлост (и опасна теорија), јер носи ризик чак и физичког нестајања свеукупне цивилизације. Стога и владари света (крупни капитал) опомињу, и преко NATO гласноговорника, да су суверене државе неопходни беочуг у ланцу глобализавије. Садашњи генерални секретар НАТОа, господин Џорџ Робертсон, је на последњем састанку (јесен 2002) који су одржали представници НАТОа и ЕУ у Бриселу, признао да је била заблуда досадашње негирања потребе да постоје суверене државе, већ да, напротив, постоји потреба за њима. На њих се дакле рачуна, али не и на сваку државу која моментално постоји. Лорд Робертсон, је, наиме, подвукао да држава и надаље остаје темељ наше цивилизације, али да се разликују две категорије међу државама које сада постоје. Једне су, подвукао је, озбиљне државе док су друге failure states (што ће рећи са грешком, недовршене односно неуспешне државе), те да ће се НАТО, у отклањању претњи које је дужан да спречи односно санира, све више бавити (сретати са) таквим, failure states.

плови. Нарочито данас и сутра, стога што су сада поново услови специфични, а немирне воде мондијализма, како Французи називају глобализацију, једнако или и опасније од оних после последњег светског рата. На сцени је данас у суштини превласт грамзивог компрадорског капитала над светом рада.[3] Верујемо да је ЕУ, већ данас, и својеврсна одбрана од овог претерано либералног правног концепта капитализма. Одбрана свим тиме што заговара и брани: европском културом и традицијом коју брани од нестајања преко фаворизовања подкултуре и испразних забава потенцираних мас медијима. Брани и европском повељом социјалне сигурности са гарантовањем синдикалних права и слобода, што најамном раднштву обезбеђује минимум људског достојанства ослоњеног на љуски рад. И што води рачуна, осим о синдикалним правима радника, и о екологији као услову и за лојалну конкуренцију и одржив развој првенствено на својим просторима, али и шире у границама својих економских и дипломатскополитичких могућности.

4. ЕУ данас, пред ширење на све државе Југоисточне Европе у догледно време, има и велике правне дилеме и политичке проблеме. Несумњиво има даљу потребу за својом правном надоградњом, јер је одлучивање консенсусом и при садашњем броју исказано као велики проблем, и нужно је његово мењање. У супротном, њен гломазни механизам одлучивања поновио би мане неефикасности које спутавају УН. Но како ЕУ није правно конципирана као интерним уставом ригидно завршена, затворена заједница, има правне инструменте и за своје даље прилагођавање и надграђивање својих правних структура. Инструменте њеног стављања наново у статус брода у изградњи, уз осигурање начина за отклањање неуспеха. Чини то и кроз постављање услова за придруживање и пријем нових држава. Осећа се њена припрема, у ходу, припрема промене структуре по уласку већих група новајлија. Субвенције се смањују, врши нова прерасподела трошкова и користи како у односу на старе чланове тако и на придошлице. Ови последњи приморавају се да се ослобађају баласта интерних или спољнополитичких сукоба сваке врсте. Тако се и нама условљава приступ у Савет Европе и отпочињање споразума о придруживању ЕУ, садржајима Уставне повеље којом се замењује Савезна република Југославија државном заједницом "Србија и Црна Гора", али која мора бити компатибилна са правним стандардима чланица ЕУ и супрапоретком на нивоу ЕУ. И због повећаног броја чланова, и због њихових економских система и економских политика који су увелико несамерљиви и

[3] Леп пример његовог похода и метода су нарочито шпекулативне новчане трансакције. (За једну од највећих финансијских шпекулација и тиме остварену добит на рачун чувене француске банке "Sosiete generale", крајем предпоследње деценије прошлог века, суди се већ дуже од деценује у Паризу Американцу Жоржу Сорошу, познатом по мрежи делатности у свим државама у транзицији преко својих универзитета и невладиних организација. Запрећена новчана глоба премаша износ од 2 милиона долара односно евра).

Сажету слику похода шпекулативног, посредничког и грамзивог капитала времена транзиције у југоисточној Европи имамо у чланку колеге из Мађарске, професора Тамаша Прутбергера, сачињеног на основу петогодишњег истраживања овог феномена од стране тима мађарских научника. Чланак је преведен и објављен код нас у "Гласнику Адвокатске коморе Војводине" број 9-10/ 2001, стр. 453-456, под називом "Глобализација и право".

неизмењиви преко ноћи, Комисија која се тиме бави, а на чијем је челу Валери Жискар д`Естен, има више и алтернативних, и кумулативних предлога како да се ЕУ трансформише. Једнакости у одлучивању о најважнијим питањима економије и политике, ми мислимо да неће бити задуго после великог праска ширења чланства. Постоји, на дуже стазе, и могућност прерастања у (Де Голову) Европу као федерацију, и то Европу до Урала, како је то генерал говорио. Жискар д`Естен такође наговештава и ту верзију ЕУ која би могла временом да буде европски пандан Сједињених америчких држава.

5. Конципирању и изградњи ЕУ заједнице (најпре између само шест држава), вршено је попут, како рекох градње, али и осигурања брода у изградњи. Таква градња и осигурање од претећих ризика обезбеђено је кроз правну иновацију: комунитарно право, чијим нормама треба да се служимо и ми ако таква решења могу да излече наше болести незреле демократије и првобитне акумулације капитала. Правна решења проблема на које су наилазиле и прве чланице некадашњих заједница за енергију, лечена кроз њихова уједначавања услова трговања (заједничко тржиште) представљала су обогаћивање правне науке и праксе које су користиле и многим заједницама изван Европе, и која су копирана тако да неколика заједничка тржишта имамо и на другим континентима. Било је то правно конципирање сасвим нове заједнице, а тај својеврсни правни изум потекао је од Спака, министра иностраних послова Белгије. "Награђен" је, за ту најпрофитабилнију иновацију западног дела овог континента од када су људи на њему; за свој непатентибилни изум који је нашао примену у животу неколике стотине милиона људи, "само" тиме што су најбројније и најзначајније институције тог правног и уставноправног новума, на територији његове мале земље Белгије или на територијама недалеко од ње. Сада је време када се статички моменат Спаковог европског брода проверава приступањем бројних нових и од првобитних знатно друкчијих земаља: држава у тзв. транзицији. Њихово укрцавање на брод треба да прође без ризика по досадашње и нове његове путнике, па се тако од неких нових чланова тражи, међу иним условима, и регионализација, надајмо се претежно у сврху предупређивања сукоба и дискриминација међу људима, народима и државама. Захтев за регијама треба да буде један од оних по све користан, на курсу преуобличавања такве државе кандидата за улазак у ЕУ. Па пођимо му и ми у том циљу, и у неопходној мери, у сусрет. Уз подвлачење сазнања да нам, на том путу својим правним решењима из подручја регионализације, Белгија може бити од помоћи. Белгија, како ћемо даље показати из решења њеног устава, и надаље унапређује на тај начин правну науку дајући решења погодна не само за властите проблеме.

II - Осврт на терминолошке неуједначености и неки предлози

6. Подвући ћемо још да се при предлозима као и при анализи упоредноправних решења која се дају у сврху изналажења решења у нашој уставноправној области, треба да води рачуна о великој терминолошкој неуједначености. Ми под регијом (покрајином, регионом), а у складу са Нацртом повеље о регијама савета Ев-

ропе, подразумевамо део државе без елемената државности, дакле, у смислу територијалне децентрализације (аутономије) коју подразумева већ цитирани документ: нацрт Европске повеље о регијама. Следствено томе, под тим се појмом не могу подразумевати делови једне државе који имају карактеристичне елементе државности какав је случај код делова савеза држава, унија попут ЕУ или савезних држава. У овом последњем случају, у уставима се морају уграђивати решења отклона сепаратистичких тенденција и између чланица, и унутар делова у тим чланицама, а томе значајно доприноси и дефинисање правнотехничких термина који се уносе у све правне акте ове области. И то како у устав, тако и у статут регије и осталих државном нивоу супсидијарних делова земље. Уз, разуме се, јасно дефинисање свих надлежности и уградњу јасних механизама спречавања могућности отцепљења. Такво решење, на пример, постоји у Немачкој као савезној држави, а ми га препоручујемо и за наше прилике. Дакле, треба обраћати пажњу да се отклон од могућих сепаратистичких тежњи, попут овог немачког, угради на нивоу државе у односу на све њене територијалне делове без елемената државности. Следствено томе, треба опреза ради, и термине из устава, најбоље у њима самима, прецизно дефинисати попут праксе коју срећемо код сачињавања међународних уговора.

7. Да видимо, у том смислу, какво значење, правну природу, има (треба да има) термин "уставна повеља" који се односи на нови конститутивни акт Савезне републике Југославије. Реч "повеља" асоцира на Повељу УН, дакле међународног карактера споразум, али претежни значај има реч са уставом у корену речи, дакле реч је о уставном акту заједничке државе односно државне заједнице. Ако се у ово смутно време позовемо и мудро држимо правног института *"novatio"*, тј. да наша држава замењује постојећи устав новим, те да стари устав, у том случају, нестаје само ако нови настане, тумачићемо Уставну повељу (мудро би било и тако је назвати у уставном закону за њено спровођење) надуставом у односу на уставе чланица, дакле уставом државне заједнице "Србија и Црна Гора", иновиране државне заједнице. По усвајању уставне повеље и уставног закона о њеном спровођењу у три скупштине: Србије, Црне Горе и СРЈ, остају у важности норме старог устава о старом изгледу органа и целокупног новим органима незамењеног субјективитета државе. Уставна повеља, дакле није двострани правни посао (споразум, уговор), нити су републике, будући унутар Југославије која постаје "Србија и Црна Гора", субјекти међународног права биле још од 1918 године, нити су то постале по усвајању Уставне повеље.

8. Држава Србија не би требало да у ова смутна времена прави више од двостепене децентрализације и то тако да регија Војводине буде посебна само у функцији заштите бројности и међусобне равноправности мањина[4] у Војводини. Друге би то могле бити због поспешивања пожељног развоја свог, на пример, специфичног или неразвијеног подручја. Ово последње се може успешно разрешавати

[4] О мањинама, том у последњој декади XX века актуализованом и сложеном питању, посебно у Европи, а нарочито у земљама у транзицији, велики број радова релевантног значаја написао је др Синиша Таталовић, професор Факултета политичких наука из Ријеке (Хрватска).

и путем увођења критеријума за повезивање општина, унутар закона о локалној самоуправи као степена децентрализасције, а за тачно одређене намене, и то комбиновано: доделом неких изворних надлежности попут оних предвиђених за регије, али тако регулисаних да се могу, у случају злоупотреба доказаних пред уставним судом, пребратити у контролисане, поверене им надлежности. Следствено томе, уместо раскрајања средишње Србије на вештачки створене регионе, треба да обратимо пажњу на даље усавршавање децентрализације што потпунијим развојем локалне самоуправе. Идеју о помињању градова Србије као седишта неименованих региона из Предлога устава Демократске странке Србије предлажем да искористимо тако што ћемо нека министарства размештати по свим већим градовима Србије укључив и градове Војводине (касније и Космета). У ери UN-EDIFACT система трговања у светским размерама; у ери оптичких влакана, полупроводника, електонике, нано материјала и на њима заснованих нових технологија, предложено дислоцирање институција власти имало би за резултат уједначен развој градова и спречавање прерастања највећих од њих у џунгле на асфалту са свим из тога запређеним негативним аспектима. Одсуство живљења у њима по мери човека упућује нас на градове испод милион становника. Тако Нови Сад, на пр., заједно са око 60. 000 избеглица, има 370. 000 хиљада становника и права је жељена мера за највећи број градова у нашој земљи за предстојећу будућност.

9. А сада још неколико врло конкретних предлога норми и института које, по нама, треба да садржи устав Србије:

а - Веома је важно да међу уставним оредбама нађе место и норма да су Косово и Метохија (Космет) део државе Србије и да је Космет сада, и само привремено, под управом УН. Западна Немачка је у свом уставу сачињеном по престанку окупације над три зоне које су биле под влашћу САД, Француске и Велике Британије, унела одредбу да држава Немачка обухвата и Источну Немачка која је остала под окупацином СССР-а. Тамо, у уставу (Основном закону, како Немци називају највиши правни акт државе) та је одредба стајала све до пада Берлинског зида односно до после његовог пада спроведеног, по одредбама тог устава, уједињења.

Што пре треба припремити и план о регијама и регулисати обе покрајине: АПВ, АПКиМ. Ми за Космет предлажемо решења устава Белгије о којима ће још подробније бити речи у овом раду. Укратко предлажемо, слично решењу из Устава Белгије: постојање територијалних региона на Космету по језичкој претежности жупа (области у њима), територијалних региона састављених од општина у којима су језици у употреби српски, албански и турски и говорних заједница састављених од појединаца, физичких лица, којима је матерњи језик један од ова три језика.

б - Такође је веома важно да се у устав Србије унесе одредба о забрани давања отказа радницима без оправданих разлога, и о посебној заштити радника у десетогодишњем периоду пред испуњење услова за остваривање права из пензионог осигурања. Наш, државе Србије, Закон о раду је пренебрегао много од државе Југославије ратификованих конвенција и прихваћених препорука Међународне организације рада. Не дајмо да нас овај закон изгна из стандарда повеље ЕУ о фундаменталним синдикалним правима радника (најамних радника популарно назване Европском социјалном повељом), која у себи садржи једну од њених

најважнијих слобода. (Она је потписана крајем 1989. године, а Велика Британија је потписала 1998. године тек). По основу ове Повеље су француски радници изборили повећање за 20 посто запослених у време када је ова држава, због услова за приступање унији држава ЕУ које прелазе на заједничку монету-евро, покушавала да смањи већ освојена права француских радника. Ако у устав не будемо ставили предложену одредбу, нећемо моћи правно утемељено да се придружимо европском кругу земаља које штите своје најамне раднике од превеликог степена експлоатације који би довео у питање живот најамног радника као живот достојан човека. И да не би било примедбе да таквој одредби није место у уставу, да напоменемо да таквих одредби има у уставима европских држава. Има га, између осталих, Италија, и њени радници штрајковима спречавају господина Берлусконија у његовим намерама и покушајима са својим својством премијера да ту одредбу изагна из Италијанског устава.

в - Морамо, и регулисањем у самом уставу, посветити нарочиту пажњу очувању животне средине уношењем, и као уставне категорије, институције еколошког омбудсмана (прокуратора, заштитника). То треба да буде монократски орган који покрива целину државе (на нивоу тржишта), организован попут тужилаштва (прокуратуре), али са подручним заменицима омбудсманима именованим за еколошке системе какви су велики речни сливови, планински венци односно због својих особина посебно заштићени делови природе попут националних паркова. Главни заменици-омбудсмани би били за Дунавски слив, слив Дрине, Саве, Мораве, Тисе. Имали би овлашћења између осталог и да сарађују на пр. са сличним органима других држава. Тако, на пр. дуж система Рајна-Мајна-Дунав, дуж Моравско-вардарске долине до Солуна, дуж Саве до изворишта Саве Бохињке и Саве Долинке, и дуж Тисе до њених изворишта испод Карпата.

Посао овог државног органа истог нивоа на коме је и тржиште, иако се на први поглед чини да ће онемогућавати да јефтиније производимо па тако будемо конкурентнији на свом и околним тржиштима, дугорочније гледано извор је значајног повећања продуктивности рада и повећања нашег бруто производа. Ми смо ретка земља са пестицидима и другим отровима незагађеном околином у свим подручјима осим равница где смо примењивали у последњим деценијама постојања велике Југославије тзв. агротехнички минимум, тј. онемогућили тиме производњу сада свуда у свету врло тражене природне, тзв. здраве хране. Она је вишеструко скупља, дакле њена прозводња треба да се очува бригом овог омбудсмана, а да се кроз географске ознаке порекла обезбеде цертификати о њеним особинама, и из носи на светско тржиште где има прођу и доноси значајан профит. У Војводини, на пр. још 28 година ће у тлу постојати већи проценат загађења пестицидима него је дозвољено да би на том тлу била произвођена здрава храна, осим на подручју Фрушке горе и Вршачког брега.

III - Краљевство Белгија и њени региони те могућност увођења језичких региона и језичких заједница на Космету)

10. Устав Белгије је из далеке 1831. године, али је његово најновије генерално претресање извршено 1994., а текст који смо користили са Интернета, ажуриран је 2002. То је држава у чијем саставу су: 3 региона (Валонски, Фламански и Брисел-ски) и 3 заједнице држављана Белгије: Заједница француска, Заједница фламанска (припадника који говоре холандским) и Заједница германофонска. Три наведене регије (regions) су територијални делови државе, и то Валонски са својим провинцијама (окрузима, жупама), Фламански са својим провинцијама и Престоница, билингвистички Брисел. Све провинције (provences) чине саставни део једне од ове три територијалне регије (региона): уставом се прописује њихова припадност одређеном региону, а може се мењати и законом који се усваја по посебном поступку и уз посебну, квалификовану већину предвиђену чланом 4 Устава Белгије. Постоје и још четири језичка региона (*regions linguistiques*) којима припадају законом одређене општине као њихова територија и то: регион француског језика, коме припадају општине (*communes*) у којима је у употреби француски као званични језик, холандског са својим општинама, регион двојезичног (француског и холандског језика) Брисела, и немачки регион са општинама тог језика. Свака општина је законом распоређена у један од четири језичка региона. Припадност сваке провинције регијама наведена је у садашњем уставу Белгије.

11. Сваки регион, као и заједнице оних грађана који припадају једној од три језичке групе, прецизно је у Уставу дефинисана и има тачно одређене надлежности. Ниједна врста региона односно заједница нема елементе државности. Формалноправно то је обележено тиме што не доносе опште норме које називамо законима (то је остављено држави) већ су то декрети, уредбе и сл. а када су донесени из тачно одређених материја по посебном поступку изјашњавања квалификованом већином из члана 4 Устава, они за дати регион имају сднагу закона. То бива, дакле, само по уставом тачно дефинисаним, врло, врло сложеним правним поступцима. Тако се могу мењати и установљени односи међу овим регијама, саставним деловима Краљевства. Региони унутар ове државе имају елементе велике аутономије: своје савете и већа те и изворне надлежности, али само изван оног што је Уставом Белгије остављено држави Белгији.

12. Законодавни органи државе Белгије су парламент састављен од Већа грађана и Сената, и краљ. Свако од њих има право предлагања закона укључив и промене устава. На челу извршне власти је краљ (уставни монарх): за њега (министарску) одговорност пред парламентом сносе министри на челу са првим министром, а по обавези премапотписа сваког краљевог акта као услова његовог дејства. Судови су трећа, од преходне две независна грана власти, постоји правосудни савет са значајном ингеренцијом у процесу бирања судија чија је функција доживотна.

Нас, међутим, интересује превасходно изглед и односи државе и делова. Потом међусобни односи ових бројних региона који имају самосталне надлежности, али се до неких од њих (и тада добијају правну снагу равну државним законима) долази међусобном испреплетаношћу надлежности за доношење општих норми:

декрета, тј. испод државног нивоа законодавних аката њихових органа. Тражи се, по члану 4 Устава Белгије, присуство кворума и осталих региона, и двотрећински гласова који су за то решење у најмање два од четири језичка региона.

IV - Језички региони и заједнице: могуће решење за Косово и Метохију

13. Мишљења смо да би напред изложена међусобна испреплетеност надлежности две или и све три врсте представљених региона, попут региона у Белгији, била пожељна решења за односе између државе Србије и регије (покрајине) Космет. Требало би их унети у нов устав који је, надамо се, на путу скорог усвајања, за регионалну (покрајинску) самоуправу за подручје Космета као подручје велике територијалне помешаности грађана различите језичке припадности. Решења погодују остварењу захтева за мултиетничношћу, за поштовањем људских права и гарантују очување културних, националних и верских посебности његових становника. Попут оних у Белгији, главни ослонац регионалној самоуправи би били лингвистички региони са општинама тога језика у себи. То би били основни региони за очување посебности свих етничких група. Свако насеље би било или једнојезично или дво или тројежично., с тим што би могло да захтева да се, кад је то иоле могуће, подели на мања насеља за потребе припадања свом одговарајућем језичком региону, за који бира скупштину и извршни орган. Друга институција регионалне самоуправе подразумевала би језичке заједнице појединаца који би јој припадали по језичком опредељењу независно коме самоуправном језичком региону појединац територијално припада. И најзад постојали би и региони који су, и економски и територијално гледано посебне целине погодне за увођење регионалне самоуправе. За потребе Космета, тј. грађана који тамо живе или који су тамо живели пре рата (ово последње решење да би успео повратак избеглица ако друкчије не би повратак могао да се исходи). Следствено томе Космет би се поделио на општине (вароши, села, засеоке) према језику који се у њима говори. Свака општина би, према претежном или искључивом језику којим се у њима говори, припадала једном језичком региону, а број језика (српски, албански, турски) би одређивао број и име језичких региона, с тим што би двојезични градови и већа насеља чинили још билингвистичке регионе (српског и албанског, српског и турског, албанског и турског језика) попут Бриселског билингвистичког региона (француског и холандског језика). Такође би се увеле три заједнице грађана Космета према својој језичкој припадности, тако да би још један ниво регионалне самоуправе обухватао све појединце који говоре један од три језика у употреби на Космету. Независно, дакле, од тога у којој општини пребивају.

Територијални региони би могли да се сачине на начин који би најбоље одговарао приликама на Космету, а које ја недовољно познајем, па само наговештавам неке могуће критеријуме. Два велика региона би могла бити Косово, које је висораван, и Метохија која то није, али мислимо да се региони треба да стварају на Космету уствари унутар њих, као мањи (жупе, срезови) од ова два велика дела

Космета. Да се, притом у критеријум поделе можда дода и етничка или религиозна припадност како би био хомогенији, без међусобне нетрпељивости општина које га чине. Дакле, унутар Косова то би могло да буде и, на пр. Северно Косово, Средње или Источно или Западно или Јужно, или. можда Југоисточно, Југозападно, али да се тиме иде циљу избегавања напетости и будућег помирења те успостављања мултиетничности и толеранције међу његовим становницима обезбеђене јасно прописаним и стриктно спровођеним правним процедурама које означавамо регионалном самоуправом у духу Нацрта цитираног документа Савета Европе. Слично би могла да се издели и Метохија.

Надлежности три врсте регионалне самоуправе које садржи Устав државе Белгије могле би се скоро у потпуности преписати, те ћемо, наредних година, овај рад и завршити бавећи се њима. За очување права свих становника Космета; за поновно успостављање његове мултиетничности, корисно би било преузети, за битне надлежности из области намењених регионалној самоуправи и сам начин одлучивања из члана 4. Устава Белгије који ћемо такође изложити.

Marija Vučković Radovanović, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

REGIONALIZATION AND THE EU (With a Comparative Review of the Constitution of Belgium as a Regional State)

Abstract

The work searches for solutions in constitutional law. Through critique (and comparative law) analysis of previous drafts of such records, primarily, in addition to having in mind the requests which have been set before ours as well as other Southeastern European states in transition, by Europe (Council of Europe, OECD, and especially the European Union which has opened its doors for admission). Considering, the legal standards which the EU entails as a condition for the acceptance of new members, and the complex problems in this area which are still awaiting to be solved, this work presents segments of the Belgian Constitution (innovated in 1994) which seem to offer appropriate solutions for our living space. As these solutions are already positive law of the EU, there shall be no dilemma as to whether they are compatible with the required standards, if accepted.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.105-111

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЛОКАЛНА САМОУПРАВА У ПРЕДЛОЗИМА НОВИХ УСТАВНИХ РЕШЕЊА

Сажетак: *Истраживање се бави анализом пројеката могућих уставних решења, са аспекта локалне самоуправе, на садашњем југословенском простору. Дефинисани су предмет, метод, циљеви истраживања. Извршена је прелиминарна анализа постојећих уставних пројеката. Формулисана су, у кратким цртама, значајна сазнања.*

Кључне речи: локална самоуправа, јединице локалне самоуправе, општине, надлежност и огранци.

I
Предмет истраживања

Предмет истраживања представља структуру и садржину модела локалне самоуправе на југословенским територијалним просторима који се предлажу у актуелним уставним реформама.

Већ на самом почетку тешкоћу представља одређивање локалне самоуправа. Овај термин, прихваћен из других европских система локалне самоуправе, често се различито тумачи и нормативно интерпретира у нашим друштвеним условима. Стари проблем у науци о локалној самоуправни о суштинском и терминолошком разликовању могућих одређивања локалне самоуправности поново се јавља у новом виду али са старим и новим околностима. Локална самоуправа се јавља и покушава одредити у различитим облицима и са различитим појмовним одређењима. То говори о богатству њених облика, форми и садржаја.

Термин локална самоуправа на овим просторима је давно употребљаван, дуго време замењиван (са истина другачијим садржајима) термином комунални систем и поново коришћен у садашњим транзиционим условима. Из тога се може закључити

да се употребном овог термина могу идентификовати и класификовати исти, слични и различити садржаји и институти. Не бавећи се теоријским аспектима локалне самоуправе, за потребе истраживања је битно истаћи да под локалном самоуправном подразумевамо оне садржаје, институције, принципе, односе и функције које се баве управљањем друштвеним пословима у примарним друштвеним заједницама непосредно од грађана.

С обзиром да се ради о једном комплексном систему остваривања власти (самоуправљање, партиципација или остваривање суверених права грађана) на локалном нивоу упоредно истраживање ће бити усмерено превасходно на организациони аспект локалне самоуправе у пројекцијама нових уставних решења.

Предмет упоредне анализе чине следећи пројекти уставних текстова: 1) Уставна повеља Државне заједнице Србије и Црне Горе; 2) Пројекат Устава Републике Србије (Forum Juris); Радна верзија преднацрта Основног закона АП Војводине и Основна начела за нови Устав Републике Србије (ДСС-а).

II
Методи истраживања

Од како је Аристотел, проучавајући 158 устава тадашњих полиса Старе Грчке, успоставио основне компаративног метода проучавања, до данашњег времена овај приступ у друштвеним наукама све више добија на значају. Посебно у науци уставног права коју истовремено можемо сматрати и као старију и новију науку из породице друштвених наука. Свака институција, категорија, функција и однос која се јавља, постоји или уводи у позитивну materiae constitutiones представља засебан предмет упоредноправног проучавања. Наравно да је овакав приступ детерминисан одређеним условљеностима. Битна претпоставка компаративних анализа налази се у упоредивости предмета проучавања. То значи да институти који се проучавају у уставном праву могу бити приближни, слични са заједничким својствима који су међусобно упоредиви у основним садржајним обележјима. Компаративна проучавања у уставном праву захтевају озбиљност и одговорност аналитичара као и његову свестраност и солидност у познавању предмета проучавања. Резултати таквих истраживања не завршавају се вредносним судовима што је карактеристика других друштвено-правних наука. Уставно правна наука је позитивистичка, заснована на проучавању правних норми највеће правне снаге. Она проучава правне норме и као таква заснива се на објективности и позитивизму. Управо због тога се опредељујемо за примену компаративног метода у изучавању предмета нашег истраживања. Свесни смо његове мањкавости да нам онемогући давање одговора на широку лепезу тражених питања. Уставна истраживања мора инкорпорирати и друга политиколошко-социолошка проучавања. За сада, добијена сазнања анализе хипотетичких модела више нам пружају слику о предлагачима појединих решења, него о реалном стању у друштву и потреби његовог - у области локалне самоуправе, рационалног усавршавања.

III
Значај истраживања

Структура и територијална организација модела локалне самоуправе, у оквиру уставног система има велики значај за успешно остваривање норми највишег правног акта у животу сваке државе. Од врсте и типова локалних заједница, обима њихових функција, начина финансирања, учешћа грађана у процесу одлучивања, зависи ниво демократичности политичког режима и централизације, односно децентрализације организације државне власти. Значајна су искуства великих империја, које су друго трајале, између осталог (или пре свега) због примене адекватних система локалне самоуправе, а пре свега вишестепене организације. Величина и укупни потенцијал основних јединица локалне самоуправне су претпоставке просперитета друштва. Долажење до сазнања о оптималним врстама локалних заједница, њиховој градацији, функцијама и нормативној заштити су императивни задаци о којима креатори устава морају водити рачуна. Резултати проучавања могу да користе критичком сагледавању сваког од предложених (или изостављених) решења и њиховом дањем редефинисању у правцу усавршавања модела локалне самоуправе.

Предлог текста Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе

Предлог текста Уставне повеље Државне заједнице Србије и Црне Горе у обиму од 27 чланова, не садржи ни једну одредбу, термин или асоцијацију о локалној самоуправи. С обзиром на карактер, време доношења, учеснике и политичке прилике у којима је Повеља формулисана, овакав однос према локалној самоуправи као materie constitutiones није изненађујући. Уређивање локалне самоуправе остало је у потпуној надлежности република чланица Државне заједнице које ће се овим питањем вероватно касније бавити.

Пројекат Устава Републике Србије у ауторству Forum Juris-а из Новог Сада штампан у другој половини 2002. године глава VI "Територијална организација" посвећује локалној самоуправи и аутономији. У осам тачака обрађена су следећа питања:

1. право грађана на локалну самоуправу и аутономију;
2. надлежност и претпоставка надлежности;
3. самосталност територијалних заједница у организовању власти;
4. извори прихода;
5. сарадња територијалних заједница;
6. промена граница територијалних заједница,
7. законодавна надлежност и
8. извршење закона.

Територијална организација заснива се на праву грађана на локалну самоуправу и аутономију која се остварује у демократској и децентрализованој држави. Карактеристично је да се експлицитно не наводе јединице локалне самоуправе. Из текста произилази да су то општине, аутономно територијалне заједнице и Град Београд. Евидентно је изостало дефинисање појма и функције аутономних територијалних заједница. Њихов уставноправни статус остаје неодређен, са могућношћу накнадне законске операционализације. Понуђено решење више ствара недоумице него што отвара стабилизацију стања и односа у области локалне самоуправе.

Институционални механизам остваривања претпостављених надлежности у локалној самоуправи такође је изостао из сфере нормативне регулативе што оставља могућност примене емпиријског волунтаризма.

Радна верзија Преднацрта Основног закона АПВ

Радна верзија Преднацрта Основног закона АПВ велику пажњу посвећује локалној самоуправи. У глави VII "Територијална организација и локална самоуправа" свих 10. чланова посвећено је овом питању. Поред тога у 25. чланова употребљава се терминологија из области локалне самоуправе (органи локалне самоуправе, јединице локалне самоуправе, сеоске општине, градске општине, заједнице села, град, градски округ, регионалне заједнице, функције појединих јединица локалне самоуправе, територијална организација јединица локалне самоуправа, статути јединица локалне самоуправе, општи акти јединица локалне самоуправе). Од укупно 159. чланова Преднацрта посебна глава са 10. чланова и 25. чланова из других одељака, што износи укупно 35. чланова, односи се, у целини или делимично, на локалну самоуправу. Око четвртине нормативног дела Основног закона резервисано је за локалну самоуправу. Тиме се јасно откривају намере и циљеви законописца да један систем остваривања власти и управљања друштвеним пословима на локалном нивоу постави у што резвијенијем облику.

Основним законом се гарантује право грађана на локалну самоуправу и право да преко својих слободно изабраних представника управљају пословима од општег и заједничког интереса. Основ територијалне организације јединица локалне самоуправе су општине и градови, док заједница представља облик интересног удруживања општина са градом.

Законом се уређују облици и јединице локалне и функционалне самоуправе. Грађани референдумом одлучују о промени територије јединице локалне самоуправе.

Детаљно је формулисана надлежност јединица локалне самоуправе која се односи на:

1. доношење и измену статута и других прописа и општих аката;
2. доношење буџета;
3. уређење органа и организација служби локалне самоуправе;
4. располагање, управљање и коришћење имовине локалне самоуправа;

5. регулисање локалног саобраћаја;
6. планирање и обезбеђивање развоја комуналних делатности;
7. оснивање и управљање установама за задовољавање потребе у примарној здравственој заштити;
8. оснивање и управљање установа за задовољавање потреба грађана у предшколском и основном образовању;
9. локални јавни ред и мир;
10. уређивање и разрез сопствених пореза, такса, накнада, уређивање месног самодоприноса и других дажбина;
11. учешће у приходима АПВ;
12. посебна заштита језика, писма и културе националних заједница на својој територији;
13. организација непосредног учешћа грађана у остваривању локалне самоуправе путем грађанске иницијативе, збора грађана и референдума;
14. и других послова на основу статута, Основног закона и закона.

Локална самоуправа има своју имовину која обухвата:

- јавно грађевинско земљиште,
- улице, тргове, паркове, зеленило и гробља,
- локалне путеве,
- уличну расвету,
- канализацију и водовод,
- непокретну и покретну имовину коју користе органи локалне самоуправе.

Јединице локалне самоуправа обављају и друге послове које им законом поверава АПВ и држава на основу закона. Над тим, пословима шира заједница има право надзора и обезбеђује потребна средства. Јединице локалне самоуправе имају изворне јавне приходе који се прописују законом. Уколико таква средства нису довољна АПВ обезбеђује допунска средства из својих прихода.

Алтернативом једног члана предвиђа се и дистрикт као облик интересног и функционалног удруживања општина, градова и предвиђа њихову надлежност и организација. Сугерира се, истовремено, и брисање овог предлога који није у складу са Европском повељом о локалној самоуправи.

Предвиђена је могућност удруживања општина и заједница и региона у складу са законом. Законом се 24 седишта општина проглашавају градовима, уз могућност изостављања њиховог набрајања, али уз увођење неопходних критеријума за њихово проглашавање као урбаних целина.

Основна начела за нови Устав Републике Србије

Демократска странка Србије, као прилог предстојећој уставној реформи, презентовала је Основна начела за нови Уставе Републике Србије. У сериозном тексту који очигледно нема финалну уставно-правну претензију формулисана су основна опредељења за могућа уставна решења, па и за локалну самоуправу.

У оквиру Главе V "Територијална организација", тачка 2. посвећена је локалној самоуправи. У предложеном тексту дата су само општа начела у обиму од три пасуса.

Локална самоуправа се сматра као облик децентрализације власти у Републици Србији. Јединице локалне самоуправе (које се не наводе) разликују се од региона у обиму изворних овлашћења и одсуства учешћа у централној власти.

Констатује се изворна и поверена надлежност јединица локалне самоуправе као и њихово право на уставну жалбу.

Оставља се органском законодавству да ближе уређује изворне надлежности и организацију власти у локалним заједницама, као и њихов однос према регионалним и централним органима.

Градови се наглашавају као посебне јединице локалне самоуправе с тим да се о Граду Београду доноси посебан закон.

З а к љ у ч а к

Локална самоуправа, као интегрални део политичког система, поводом целине уставне реформе, такође је подложна критичком проучавању и евентуалном редефинисању. Само на тај начин може се извршити рационална реконструкција постојеће уставне садржине. Систем локалне самоуправе мора да обезбеђује остваривање бројних друштвених функција и да оптимално дефинише политичко-територијалну организацију државе. Чини се да предложени пројекти уставних текстова нису одговорили на ово питање, на задовољавајући начин.

Предложени пројекти устава на различите начине се односе према локалној самоуправи. Неки од текстова ово питање уопште не спомињу (као на пример Уставна повеља), други локалне самоуправне веома опширно дефинишу, у посебној глави и у великом броју других предложених чланова (што је случај са радном верзијом преднацрта Основног закона АПВ), док трећи предлози само начелно без нормативних претензија (Основна начела за нови Устав Србије ДСС-а) формулишу апстрактна опредељења о локалној самоуправни.

Aleksandar Đurđev, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

LOCAL SELF-GOVERNMENT IN THE PROPOSALS FOR NEW CONSTITUTIONAL SOLUTIONS

Abstract

The research focuses on an analysis of possible constitutional solutions for the system of local self-government in Yugoslavia. The subject matter, methods and goals of this research have been defined. The author conducts a preliminary analysis of the existing constitutional proposals. Essential conclusions have been formulated and outlined

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2003.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.113-125

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРИВАТИЗАЦИЈА И СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ

Сажетак: *У раду се анализира процес приватизације у земљама транзиције уз учешће страних инвестиција. Приватизација је нужност у земљама транзиције, јер је то један од основних предуслова за прелазак на тржишну привреду. Стране инвестиције су важне за привреде у земљама транзиције не само ради прилива капитала, него још више због приступа новим технологијама, новим тржиштима, организационом и маркетиншким знањима које оне са собом доносе. Унапређење правне регулативе о приватизацији и страним инвестицијама, као и заштита својинских права су један од нужних предуслова за отпочињање и успешно одвијање ових процеса.*

Кључне речи: приватизација, стране инвестиције, страни капитал, транзиција, стратешки инвеститор, државна својина, тржишна привреда, економски развој, правна регулатива, конкуренција.

I

Прошло је више од једне деценије од почетка процеса транзиције у тржишну привреду у бившим социјалистичким земљама Средње и Источне Европе.

Најзначајнији корак у процесу транзиције из социјалистичке у тржишну привреду је неспорно *приватизација* државне односно друштвене својине. Сва досадашња искуства показују да нема успешне тржишне привреде без доминације приватне својине. Зато је за бивше социјалистичке земље Средње и Источне Европе нужно спровођење опсежног и свеобухватног процеса приватизације.

С друге стране успех транзиције привреде сваке бивше социјалистичке земље у великој мери ће зависити и од тога колико ће она бити у стању да привуче *страни капитал* да узме учешћа у процесу приватизације.

Страни капитал ће се најпре одлучити за учешће у процесу приватизације у оним земљама у којима је изабран такав модел приватизације који омогућује ефикасну и транспарентну приватизацију[1].

Сва досадашња искуства[2] у земљама транзиције дају за право онима који тврде, да ако се жели успех приватизације, а нарочито да она буде праћена и уласком страног капитала треба водити рачуна да буду испуњене неке основне претпоставке:

- Пре уласка у процес приватизације треба дефинисати основни *циљ* приватизације. Овај циљ мора бити транспарентно дат и прихватљив за значајну већину грађана.
- Не сме се заборавити да се процес приватизације одвија у условима глобализације светске економије и да је то процес који озбиљно утиче на конкурентске позиције и најразвијенијих земаља у светској привреди с једне стране, а да на другој страни страни постоји глобална конкуренција међу земљама које настоје да привуку страни капитал. У тим условима капитал пореклом из развијених земаља постаје изузетно покретљив и врло сензибилан на све по њега нежељене промене.
- Да би приватизација успела мора бити остварен најшири друштвени консензус о потреби приватизације, њеним правцима и методама. Да би се то реализовало потребно је време, и транспарентност програма, али истовремено мора се водити рачуна и о томе да већина грађана мора видети себе у програму за који се тражи подршка.
- Моделе приватизације операционализују економисти, али приватизација је и политичко питање. Ако се то испусти из вида ризикује се неуспех реализације програма приватизације, или каснији евентуални захтеви за њеном ревизијом.

  То значи да мора постојати политичка воља свих релевантних политичких субјеката за улазак и реализацију програма приватизације.
- Цивилно друштво представља комплексан механизам, са широким спектаром институција[3] и организација које би обавезно морале бити укључене у формулисање напред наведеног нужног друштвеног консензуса о привати-зацији.

[1] Ово се нормално не односи на различите облике шпекулативног капитала, нити пак на процесе у којима приватизација представља један од канала за прање новца.

[2] Овде треба подвући да процес транзиције бивших социјалистичких земаља траје већ више од једне деценије и да је то време које је свакако довољно да се могу доносити и одређени закључци и оцене, који имају подлогу у стварним дешавањима.

[3] Стога није добро ако се стручна расправа води, и поред постојања невладиних и стручних организација, у релативно затвореном кругу. Управо невладине и стручне организације морале би бити у потпуности укључене у формулисање овако важних стратешких докумената за будућност сваког друштва.

II

Када је реч о томе како и да ли спроводити програме приватизације у земљама транзиције треба водити рачуна о неким чињеницама које су такође резултат досадашњег искуства у процесима приватизације.

1. И у земљама транзиције се показује да важи правило познато из развијених тржишних привреда да су приватна предузећа ефикаснија од предузећа у државном или неком од облика колективног власништва.[4]

   Другим речима *свака приватизација је боља него никаква*[5], чак независно од тога ли је претходно успостављено стабилно економско и политичко окружење конкурентно са оним у развијеним тржишним привредама[6].

2. Једно од правила за које се може рећи да се потврдило у досадашњем процесу транзиције, је да су *најефикаснија новооснована приватна предузећа*, следе их предузећа приватизована од стране *аутсајдера*, док су међу предузећима у приватном власништву *најмање ефикасна* она која су приватизована по неком од метода *интерне приватизације*.

   На основу овога да се закључити да ако нека земља жели да развија приватни сектор, приватизација[7] мора бити праћена изградњом одговарајућег тржишног окружења

   У противном чак и у случају да су предузећа приватизована, ако остане меко буџетско ограничење, ако се кредити од банака и даље добијају уз уверење да неће обавезно морати бити и враћени, менаџери ће проводити много више времена лобирајући у влади и парадржавним институцијама него у настојањима да изврше реструктурирање унутар предузећа.

3. Заштита својинских права се такође показује као један од нужних предуслова за успех приватизације и прелазак на тржишну привреду.

---

[4] Са овим у вези вреди подсетити да је крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година прошлог века у већини најразвијенијих земаља света стартовао масован програм приватизације тада постојећих државних предузећа.

Тај процес је значајним интензитетом настављен и у деведесетим годинама двадесетог века, што се види и из Табеле 1. у Прилогу.

[5] О овоме види у: O. Havrryshun/ D. McGettingan, *Privatization in Transition Countries: Lessons of the First Decade*, IMF- Economic Issues, No. 18, Aug. 1999.

[6] Ово никако не би требало схватити као пренебегавање важности успостављања институција. Но, на другој страни безгранично чекање и тежња за перфектним законима може да води ненадокнадивом губитку времена.

[7] Приватизација схваћена као процес настајања приватне својине у бившим социјалистичким земљама обухвата поред приватизације државне и друштвене својине свакако и:

1. експанзију већ постојећих приватних предузећа- ткзв. мале привреде
2. инвестиције приватног капитала из иностранства
3. денационализацију
4. оснивање нових приватних предузећа

Нема успешне приватизације и касније ефикасне алокације ресурса без сигурног права располагања над имовином. Заштита својине подразумева строго поштовање начела грађанског права, судску заштиту, ефикасну процедуру стечаја, ликвидације, хипотеке и наплате потраживања.

Стога се успостављање ефикасног система независног судства појављује као незаобилазан услов успешне приватизације.

Оне земље у транзицији које су највише учиниле на напред наведеним подручјима су имале и највише успеха у процесу приватизације државног и различитих облика колективног власништва. Истовремено оне су остварили и највеће приходе од приватизације, који су им значајно олакшали процес прилагођавања који нужно прати транзицију.

Табела 1.
Приходи појединих земаља у транзицији остварени од приватизације по годинама у мил. USD.

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001p
Чешка	-	59	877	837	1 065	976	902	395	437	737	520	1 603
Мађарска	102	385	705	1 308	955	2 645	849	647	197	88	66	43
Пољска	23	171	373	433	725	1101	1442	2043	2079	3422	6262	1586
Словачка	–	–	–	63	415	1 004	486	11	. .	. .	1 313	508

Извор: OECD- Financial Market Trends, No. 82, june 2002.

Поређења ради до 28. новембра 2002. године у Србији је на основу Закона о приватизацији из 2001. године продато 141 предузеће, а приход буџета од приватизације је укупно 17, 1 милијарда динара, или око 275, 8 мил. USD[8].

III

Успешна тржишна привреда ће се много брже конституисати ако у процесу приватизације учествују и страни инвеститори.

Када се почело размишљати о приватизацији у бившим социјалистичких земљама треба подсетити да су очекивања од самог чина приватизације била у старту превисока, односно сматрало се да ће приватизација скоро преко ноћи довести до трансформације из социјалистичких у тржишну привреду[9]. Слична је ситуација и када је реч о страним директним инвестицијама, и њиховом утицају с једне стране на развој земаља у транзицији и с друге стране на процес приватизације.

[8] Податак Агенције за приватизацију Републике Србије.

[9] О превисоким очекивањима, види нпр. Бајт: Bajt, A., *A property rights analysis of the transition problems in the east,* Ljubljana, Economic Institute at Law Faculty, Mimeo, p. 8, 12 and 13.

Улога страних директних инвестиција у процесу приватизације зависиће увелико од метода приватизације који се примењује. Мора се и овде поновити да сва практична и теоријска сазнања показују да је нереално очекивати, без обзира на концепт приватизације, да иностране директне инвестиције буду главни носилац процеса приватизације.

Табела 2.
Прилив страних директних инвестиција у Мил. USD. по годинама у неким земљама транзиције и њихов укупан износ на крају 2001.

Прилив по годинама	**1997**	**1998**	**1999**	**2000**	**2001**	**Укупан износ од 1990 до 2001**
Албанија	48	45	41	143	200	800
Босна и Херцег.	-	100	90	150	130	470
Бугарска	505	537	819	1002	689	3997
Хрватска	551	1014	1637	1126	1502	6703
Макед.	16	118	32	176	442	824
Румунија	1215	2031	1041	1040	1137	7698
Југослав. [10]	**740**	**113**	**112**	**25**	**165**	**1155**
Чешка	1300	3718	6324	4986	4916	26764
Мађарска	2173	2036	1970	1649	2443	23562
Пољска	4908	6365	7270	9342	8000	39000
Словачка	220	684	390	2075. 2	1475. 3	6000
Словенија	375	248	181	175. 5	441. 8	3400

Извор: OECD- Financial Market Trends, No. 82, june 2002.

Најзначајнији допринос страних директних инвестиција у приватизацији и транзицији, пре свега када се ради о *стратешким инвеститорима*[11], је не толико у

[10] Према подацима Агенције за страна улагања Републике Србије до априла 2002. године укупни уговорени прилив страног капитала је 37. 02 мил. долара. Од тога је уплаћено 9. 79 мил долара, од чега у новцу 5. 89 мил. долара, а у стварима 3. 90 мил. долара.

суми капитала који ће бити инвестиран из иностранства, него у чињеници да је то можда најбржи начин да се дође до одговорног власника. Такав власник може брзо допринети повећању ефикасности компаније у коју инвестира, интернационализацији њеног пословања и укључивању у глобалне токове светске економије. Стратешки страни инвеститор са собом доноси предузетничку мотивацију, оријентисаност ка профитабилности и ефикасности, дугорочан програм развоја као и способност да га реализује.

У раду ће посебна пажња бити посвећена стратешким инвеститорима услед њиховог утицаја на целокупну економску ситуацију у земљама у којима су активни.

Показало се да, о чему је у тексту већ било речи, у случајевима када је приватизација обављена тако да је већински удео задржавају домаћи менаџери и запослени долази до отпора променама у организационој структури као и технолошким унапређењима, а да приоритет имају социјални аспекти, пре свега, задржавање сигурности радног места.

Да би се потенцијални стратешки страни инвеститори заиста и одлучили да узму учешћа у процесу приватизације, мора се формулисати и спроводити *политика* према страним инвестицијама. Неки елементи успешне политике према страним инвеститорима били би[12]:

- Агенција за стране инвестиције (улагања) мора бити добро позиционирана и кадровски опремљена. Она треба да је финансијски и административно самостална, али истовремено мора уживати активну подршку владе.
- Промотивни напори треба да буду концентрисани (у земљама порекла потенцијалних инвеститора) на секторе и тржишта са највећим потенцијалом.
- Политика привлачења страних директних инвестиција треба, пре свега, да подстиче пожељне стране инвестиције, тј. оне које ће дати допринос развоју земље. Такође треба водити рачуна и о потенцијалним везама између предузећа са страним учешћем у капиталу и домаћег пословног окружења[13].
- Агенција за иностране инвестиције би, ако је могуће, требала да отвори и представништва у иностранству, која би такође имала улогу у привлачењу пожељних страних инвеститора.
- Транзиција и економски развој треба да буду базирани на компаративним предностима земље. Стога је и политика према страним инвестицијама један од инструмената опште економске и технолошке политике земље. То нпр. значи

[11] Под стратешким инвеститором се обично подразумева страна компанија са респектибилним капиталом, познатом марком и значајним учешћем на светском тржишту. За стратешког инвеститора, што је можда још значајније, важи правило да располаже технологијом која је у датој грани на светском нивоу.

[12] О овоме види нпр.:J. Dunning/M. Rojec, *Foreign Privatization in Central&Eastern Europe*, CEEPN-Technical Paper, 1995, J. Dunning, *Multinational enterprises and the global economy*, Addison-Wesley:Wokingham

[13] Опште је познато да куповину Шкоде од стране Фолксвагена пратило 35 тксв. follow-up страних инвестиција пре свега у предузеће која су била или су требала да постану субконтракторска Шкоди.

да ће стране директне инвестиције допринети порасту извоза само у случају постојања извозне оријентације као општег опредељења земље.

- Успех у привлачењу страних инвестиција зависиће пре свега од објективних фактора, као што су, величина националног тржишта, расположивости одговарајућих инпута, инфраструктуре и радне снаге. На другој страни важну улогу у привлачењу страних инвестиција има политичка, економска и правна стабилност земље. Тек на трећем месту по значају је постојање праве политике према страним инвестицијама. Но, то не значи да такву политику не треба дефинисати и у пракси спроводити. Напротив постојање и реализација политике према страним инвестицијама омогућава да се избегну неке грешке с једне стране, и да се успоставе *мерила* за оцену успешности процеса страног инвестирања.
- Стране директне инвестиције су само један од видова међународне економске сарадње. У свакој специфичној ситуацији земља треба да бира онај вид или комбинацију видова укључивање у међународне економске односе у коме ће остварити највеће жељене ефекте.
- Процес инвестирања из иностранства дугорочно треба посматрати као двосмерну улицу. Наиме, једино ако стране инвестиције у земљи у будућности буде праћене и домаћим инвестицијама у иностранству биће могуће остварити оптималну комбинацију потребну за економски развој, и укључивање у светску економску конкуренцију[14].

*

Међутим, код дефинисања и операционализације политике према страним инвестицијама треба водити рачуна и одговарајућим ограничењима:

- пре свега транснационалне компаније, које чине највећи део стратешких инвеститора, имају своје филијале у више земаља широм света и оперишу у условима више различитих економских окружења. Имајући у виду њихов глобални прилаз и међународни карактер, такве компаније имају веће могућности да ублаже дејства различитих економских мера влада земаља у којима имају своје пословне интересе.
- на другој страни свака политика према страним инвестицијама је ограничена чињеницом да потенцијални инвеститор може да бира између више различитих локација. Према томе правна регулатива и економска политика према страним инвестицијама није *per se* ни подстицајна ни рестриктивна. Она је подстицајна или рестриктивна једино у поређењу са политиком према страним инвестицијама на другим алтернативним локацијама за исте.

[14] Бројне земље у транзицији, али и земље у развоју су прешле из фазе искључивог примаоца страних инвестиција у фазу у којој оне истовремено и инвестирају у иностранству. То је између осталог један од доказа процеса сазревања како привреда тих земаља, тако и доносиоца економских одлука у њима.

IV

Међу факторима који утичу да ли ће доћи до страних директних инвестиција или не свакако се налази и постојање/ или не мотивације код менаџмента домаћих компанија и владине агенције у привлачењу страних инвестиција.

Стога је значајно указати који би то могли бити елементи који би подстицали мотивисаност менаџмента домаће компаније да уђе у инвестицију са страним стратешким инвеститором.

Теоретски посматрано менаџмент домаће компаније би требало да буде против продаје стратешком партнеру из иностранства услед реалне опасности за губитак позиција у компанији.

Међутим, на другој страни постоје бројни разлози који могу да подстакну домаћи менаџмент да буде заинтересован за улазак стратешког партнера из иностранства у фирму. Пре свега у случају преузимања од стране стратешког инвеститора из иностранства за очекивати је прилив новог капитала нужног за развој и функционисање компаније у новим тржишним условима.

Домаћи манаџмент ће се одлучити да покуша да привуче потенцијалног стратешког партнера из иностранства, ако кроз ту операцију очекује очување или значајно побољшање конкурентске позиције фирме.

Долазак стратешког партнера из иностранства, по правилу, значи прилив новог капитала, али и отварање приступа новим изворима капитала[15], и решавање проблема ликвидности кроз финансијско реструктурирање.

Прилив нове технологије и знања као и know-how-а, отварање нових производних линија, увођење нових робних марки, професионалних стандарда, спада такође у факторе који могу мотивисати домаће менаџере да лобирају за проналажење стратешког инвеститора из иностранства.

На другој страни Агенција за приватизацију обично има прилаз који је нешто више макроекономски и социјално обојен. То значи да је за Агенцију важно да се оствари висока цена (из буџетских разлога), да се убрза процес приватизације, добар социјални програм, као и подржи укључење у међународну поделу рада (из разлога остваривања макроекономске равнотеже).

Када се жели директна или тендерска продаја стратешком партнеру из иностранства потребно је извршити одређене *припремне радње.*

Важно је при томе обратити пажњу на потребу да се ако је икако могуће обезбеди конкуренција (тј. појава више купаца) између потенцијалних купаца (стратешких инвеститора). Продавац тј. Агенција би требала да покуша да заинтересује што је могуће више потенцијалних купаца.

У принципу је погрешно почети преговоре само са једним потенцијалним купцем. Ако се преговара само са једним партнером постоји објективна опасност

[15] Тада је нпр. много лакше добити кредит код банака у земљи, али и у иностранству. И прикупљање додајног капитала кроз нову емисију акција, због бонитета страног стратешког партнера има далеко више изгледа на успех.

да постигнута цена зависи више од преговарачке позиције[16], него од реалне вредности компаније која је предмет продаје. Ово може бити нарочито изражено ако се продавац налази у финансијским тешкоћама, и ако је то купцу на неки начин познато.

Исто тако купац настоји да обезбеди себи неке посебне погодности (ексклузивност) ако се налази у супериорној преговарачкој позицији.

Постоји још један значајан разлог зашто је за продавца важно да преговара са више него једним потенцијалним купцем. Потенцијални купац, наиме, куповином може да оствари одређене синергијске ефекте[17], које продавац нема у свом фокусу, и на тај начин да за себе куповином оствари вредност која може бити доста већа од оне коју продавац сматра фер тржишном ценом.

Једино ако постоји конкуренција међу купцима, ако они доставе своје понуде, постоји реална могућност да продавац макар делимично проникне у начин евалуације компаније од стране потенцијалних купаца, и да у складу са тим и покуша да уговори одговарајућу цену.

Транспарентна процедура прикупљања понуда од стране страних инвеститора и селекција коначног купца компаније која је предмет продаје осигурава с једне стране недискриминаторни третман потенцијалних купаца и у исто време пружа могућност да се оствари највећа могућа цена при продаји.

При продаји стратешким страним инвеститорима увек треба имати у виду да је, као што је познато, одсуство правог тржишта капитала у земљама у транзицији главни ограничавајући фактор за одређивање реалне вредности компанија које се продају. Стога је у сваком појединачном случају, управо да би се минимизирали ефекти овог ограничења, потребно креирати што је могуће већи степен конкуренције, односно привући што више потенцијалних купаца[18].

Велика грешка при продаји стратешким инвеститорима се може направити, у случају када постоји само један потенцијални купац, ако се процена вредности компаније да потенцијалном купцу пре почетка преговора. Тада се преговори по правилу, претварају у расправу о реалности појединих елемената процене вредности.

У случају када постоји само један потенцијални купац треба се држати принципа да преговори могу да отпочну тек када потенцијални купац достави понуду.

Стратешки инвеститор по правилу купује већински пакет акција. Међутим, могуће је чак и вероватно, имајући у виду раније приватизације да у компанији и даље остају присутни и мањински власници. Присуство и заштита мањинских власника су значајни и као превентива против могућих нежељених потеза новог власника.

Преговорима са занитересованим стратешким инвеститором треба се такође обезбедити и од потенцијалне злоупотребе контролног пакета од стране страног

[16] Преговарачка позиција земље у транзицији може бити погоршана услед вероватног постојања буџетских и платнобилансних проблема, као и неликвидности предузећа које је предмет продаје.

[17] Повезивање у глобалну мрежу компаније може учинити неку наизглед непрофитабилну производњу у новим условима економски исплативом, итд.

[18] На тај начин покушава створити тржишни амбијент макар када је реч о утврђивању продајне цене предузећа које је предмет трансакције.

инвеститора. Наиме, однос 51:49 који је чест у случајевима страних инвестиција, значи само нешто веће учешће у власништву. У таквим ситуацијама постоји опасност да страни инвеститор настоји да, рецимо путем трансферних цена, профит пренесе у фирму где је он 100% власник. Тамо му онда припада и 100% профита. Ако би профит оставио у компанији у којој је постао већински власник у односу 51: 49 припало би му само 51% оствареног профита.[19]

Уобичајена је појава да стратешки инвеститор покушава да за себе од владе обезбеди посебне погодности било да се ради о мерама економске политике, или пак одређеним променама у законској регулативи. Такве покушаје би требало одлучно спречавати и чврсто инсистирати на принципу *националног третмана*.[20]

Стратешки инвеститори из иностранства често преферирају инвестирање у монополским или олигополски структурираним гранама, где се онда обично склапа уговор (по правилу на одређено време) између страног инвеститора и домаће владе о забрани уласка на тржиште потенцијалних конкурената. С тачке гледишта страног инвеститора то је логично понашање, међутим домаћа влада треба да води рачуна о томе да тада настаје реална опасност да страни инвеститор на заштићеном тржишту неће уводити нове технологије и да ће одлагати реструктурирање компаније. Наиме, за то он заштићен од конкуренције неће ни имати економских разлога.

Избор страног стратешког инвеститора је врло компликован и озбиљан посао. Цена ту ниуком случају није једини фактор који треба да опредељује Агенцију приликом избора купца. Између осталог и због тога што је макроекономске ефекте као што су нпр. импликације на запосленост, развој тржишних структура, девизна позиција, итд. тешко изразити кроз евентуално тражену, односно плаћену цену. Односно врло је тешко одабрати например између две понуде, од којих једна нуди више нових радних места, а друга већу цену[21].

[19] О проблематици трансферних цена и њиховом коришћењу од стране транснационалних компанија писао сам још у својој докторској дисертацији одбрањеној 1978. на Економском факултету у Београду, а објављеној 1979. у Савременој Администрацији у Београду под насловом *Транснационалне компаније и међународни економским односи*, као и у каснијим радовима. Чињеница да је отада прошло доста времена не значи да се оне и данас интензивно не примењују од стране транснационалних компанија, које и представљају најчешће стратешке инвеститоре.

Такође тек сада у новим тржишним условима овај феномен добија изузетно на значају и у пословању домаћих компанија које се баве преузимањима и фузијама (*merger and acquisition*).

[20] Поред законског модела *националног третмана* постоје и ткзв. *енклавни систем*, и *концесиони систем*. Оба подразумевају посебне погодности, односно одређени степен ексклузивности за иностране инвеститоре и типични су за земље у развоју, али и већину бивших социјалистичких земаља у време доминације социјалистичког модела приврђивања.

[21] Познате су такође и озбиљне анализе које сугеришу малим земљама да из стратешких разлога (које мислим није потребно посебно наводити) покушају када год је то, под осталим равноправним условима, могуће постигну одређену дисперзију и када је реч о земљама порекла стратешких инвеститора.

V

Када је реч о приватизацији уз учешће страног капитала у бившим социјалистичким земљама може се закључити да су могућа два основна сценарија:

а) страни инвеститор постаје власник путем директне продаје, по правилу, организованој од стране државе, или

б) страни инвеститор постаје власник путем куповине удела у својини од стране фондова или грађана (који су најчешће бесплатно дошли до удела у власништву).[22]

Тренутно доминира први сценарио, међутим када приватизација колективне својине у бившим социјалистичким земљама буде завршена, односно када се потпуно заврши са различитим облицима приватизације који подразумевају дистрибуцију власништва, други сценарио ће постати доминантан.

Основне карактеристике таквог новоствореног стања ће бити да ће се као резултат масовне приватизације, стратешки инвеститори из иностранства суочити са дисперзионом структуром власништва. То може створити читав низ проблема за потенцијалне купце компанија, све док не заживи секундарно тржиште капитала.

У новој ситуацији министарство за приватизацију, односно његова агенција неће бити у ситуацији да одлучујуће утичу на купопродајне трансакције. Тешко да ће се у међувремену развити нове институције и регулатива које ће моћи да компензују њихову дотадашњу улогу.

Домаћи продавци, односно нови власници (запослени, менаџмент, мали акционари, институционални инвеститори), по правилу, са недовољним знањима и искуством у трансакцијама са иностраним партнерима, вероватно ће високо преферирати ликвидност[23]. То може водити ка порасту понуде акција, односно ка паду њихових цена на тржишту испод цена које би се могле сматрати реалним што се ниуком случају не може сматрати крајњим циљем приватизације и учешћа страних инвеститора у њој.

[22] Види: Dunning/Rojec, op. cit., p. 88.

[23] То значи покушај продаје акција ради добијања готовог новца.

Прилог:

Табела 1.
Приходи неких земаља остварени од приватизације по годинама у мил. USD.

	1990	**1991**	**1992**	**1993**	**1994**	**1995**	**1996**	**1997**	**1998**	**1999**	**2000**	**2001р**
Аустралија	19	1042	1893	2057	2055	8089	9052	16815	7146	15220	6273	396
Аустрија	32	48	49	142	700	1035	1302	2438	2537	70	2 086	833
Белгија	–	–	–	956	548	2745	1222	1842	2288	10	–	–
Канада	1504	808	1 249	755	490	3 998	1768	–	11	–	–	–
Данска	644	–	–	122	229	10	366	45	4502	19	111	-
Финска	-	-	-	229	1120	363	911	835	1999	3716	1827	38
Француска	–	–	–	12160	5479	4136	3096	10105	13596	9478	17438	429
Немачка	11	351	–	73	678	191	1421	3125	11357	2754	1750	3343
Грчка	–	–	–	35	73	44	558	1395	3960	4880	1384	1305
Ирска	–	515	70	274	–	157	293	–	–	4846	1458	773
Италија	–	–	759	3039	9077	10131	11230	23945	15138	25594	9729	2653
Јапан	–	–	–	13875	–	2039	–	6641	15115	-	-	-
Кореја	–	-	-	1 451	3782	643	3091	645	201	2153	18	2907
Мексико	3124	10757	6 864	2531	766	170	73	2670	988	279	406	–
Холандија	716	179	–	780	3766	3 993	1239	842	335	1481	310	831
Норвешка	73	–	–	–	118	521	660	35	–	454	1039	2103
Португал	1092	1002	2206	422	1123	2362	3001	4909	4299	1620	3256	353
Шпанија	172	–	830	3 222	1458	2941	2680	12532	11618	1128	1079	741
Шведска	–	–	378	252	2313	852	785	2390	172	2071	8082	–
Швајцарска	-	-	-	-	-	-	-	6442	-	-	-	-
Турска	486	244	423	566	412	572	292	466	1 020	38	2712	123
В. Брит.	4219	5346	7923	8114	4632	5648	2426	4500	-	-	-	-
Сједињене Државе							3650	3100				

Извор: OECD- Financial Market Trends, No. 82, june 2002.

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

PRIVATIZATION AND FOREIGN INVESTMENTS

Abstract

There can be no successful market economy without the dominance of private property. This is why privatization is a key step in the transition process. Private enterprises, even in countries in transition are more efficient than those that are state owned. The model of privatization is important, however, privatization cannot be derailed for too long in searching for the best model. The protection of property, along with efficient procedure, and the independence of the judiciary, are vital prerequisites for successful privatization.

Foreign investments contribute significantly to the transition towards a market economy. The role of strategic investors is particularly important, as they bring with them the entrepreneurial motivation, long-term development programs, technology, know-how, marketing and organizational knowledge. Choosing strategic investors from abroad is a complicated and serious process. The role of the Agency for Foreign Investments is highly important in the process of attracting foreign investment, as well as the existence of a defined policy towards foreign investments. Not all countries are equally successful in attracting foreign investments. Transparency in dealings with foreign investors can help the country to attain a much better position. In the process of privatization, a foreign investor may make direct purchases, as well as purchases on the secondary capital market.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.127-134

Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

СТРАНА УЛАГАЊА

Сажетак: *Нови Закон о страним улагањима из 2002. године даље либерализује услове за страна улагања.*

Закон о страним улагањима је основни закон за страна улагања, али није једини и постојање низа савезних и републичких прописа, чије се одредбе директно или индиректно односе на страна улагања, не иде у прилог правној сигурности у условима нестабилног система земље.

Положај страних улагача је углавном изједначен са домаћим привредним субјектима, а поступак регистрације је поједностављен.

Кључне речи: извори права, гаранције страних инвестиција, концесије и BOT послови.

Извори права за страна улагања у Југославији

Почетком 2002.[1] године донет је нови Закон о страним улагањима који даље либерализује услове за страна улагања. Поред овог Закона област страног улагања се регулише низом других прописа[2], од којих су посебно значајни Закон о концесијама Републике Србије 1997. и Закон о концесијама републике Црне горе 1991. Закон о предузећима 1996, Закон о слободним зонама 1994, Закон о основним својинскоправним односима 1996 и низ других закона из области девизног, царинског и спољнотрговинског пословања.

[1] *Закон о страним улагањима*, "Службени лист СРЈ", бр. 3/2002.

[2] *Закон о концесијама Републике Србије* "Службени гласник Републике Србије", бр. 20/97, 22/97, 25/97 и *Закон о концесијама Републике Црне Горе*, "Службени лист Републике Црне Горе", бр. 13/91, 10/96; *Закон о предузећима*, "Службени лист СРЈ", бр. 29/96, 96/97, 98/99, 9/2001, 36/2002; *Закон о слободним зонама*, "Службени лист СРЈ", бр. 8/94; *Закон о основним својинско-правним односима*, "Службени лист СРЈ", бр. 29/96.

Осим националних прописа на страна улагања у Југославији се примењују и међународне мултилатералне и билатералне конвенције. Начелна могућност примене ових међународних извора је предвиђена у Закону о страним улагањима 2002.[3] Према Закону на страна улагања у Југославији се примењује југословенско право, међутим, уколико међународни споразуми чије су чланице државе страног улагача и Југославија предвиђају повољнији третман за страног улагача од нашег Закона, примењује се третман предвиђен таквим споразумом. Ради се пре свега о међународним конвенцијама које регулишу гаранције страних инвестиција.

Билатералним уговорима се углавном уређује правни положај приватних инвеститора, припадника развијених земаља, на територији друге земље. У највећем броју двостраних уговора садржана су решења којима се утврђује општи правни положај страних инвеститора у земљи увозници капитала (национални третман, принцип најповлашћеније нације) и решења која су у вези са посебним правним положајем страног инвеститора (трансфер добити, повраћај уложеног капитала, накнаде штете услед некомерцијалних ризика и сл.). Ради се о међународним прописима који дају одређене гаранције страним инвеститорима. Тако је СРЈ закључила билатералне уговоре о заштити страних инвестиција са Немачком, Аустријом, Русијом, Бугарском, САД, Канадом, Француском, Холандијом, Египтом, Шведском, Кином, Словачком, Пољском, Гвинејом, Белорусијом, Македонијом, Зимбабвеом, Чешком, Украјином.[4]

Осим билатералних значајне су и мултилатералне конвенције о заштити страних инвестиција. Југославија је потписала значајне међународне конвенције из ове области и то Вашингтонску конвенцију из 1965 и тзв. Сеулску конвенцију из 1985.[5] На основу њих су формиране посебне институције у оквиру Међународне банке за обнову и развој и то Центар за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (BERD) 1965. и Мултилатерална агенција за гарантовање инвестиција (MIGA) 1985.

Вашингтонска конвенција је створила правне претпоставке за решавање међународних инвестиционих спорова које су прихватљиве за земље инвеститора али и за земље у које с улаже капитал а то су по правилу недовољно развијене земље и земље у транзицији. Предвиђена је посебна правна заштита страним инвеститорима у поступку признања и извршења пресуде и у том погледу се отишло даље од класичног правила да пресуде обавезују само стране у спору. У Конвенцији (чл. 54) је предвиђена обавеза свих држава уговорница да признају сваку пресуду као обавезну и да на својој територији обезбеде извршење новчаних обавеза, као да се ради о правоснажној пресуди судова тих држава. На тај начин су такве пресуде изједначене са пресудама националних судова а њихово извршење се спроводи по прописима земље на чијој се територији тражи извршење.

[3] Чл. 13. Закона о страним улагањима.

[4] Види детаљније Рајневић Љ. *Нови прописи и заштита страних инвестиција*, Право и привреда 5-8/2002, стр. 546-557.

[5] Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава, 1965, Вашингтон, Међународни уговори и други споразуми 7/1967; Конвенција о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција, 1985, Сеул, Међународни уговори 4/1991.

Сеулском конвенцијом, на основу које је основана MIGA, обезбеђује се осигурање инвестиција од некомерцијалних ризика. Давање гаранција за евентуалне штете од некомерцијалних ризика је нарочито значајно за земље централне и источне Европе. Ова организација осим послова осигурања пружа и техничку помоћ као и саветодавне услуге у процесу инвестирања. Агенција пружа инвеститорима дугорочно осигурање на рок од 15 и уз проширење на 20 година.

Агенција даје осигурање з аодобрене инвестиције у случају следећих ризика: За "неконвертибилности валуте!, Агенција даје осигурање од ризика немогућности конверзије локалне валуте по основу остварених прихода у конвертибилне валуте као и за ризик немогућности њиховог трансфера. Други случај је "експропријација, национализација, конфискација и сличне мере државних органа", када Агенција осигурава инвеститора од губитка који настану као последица ових мера. Трећи ризик настаје "кршењем уговора" при чему се под њим подразумевају штете настале променама прописа земље у коју се улаже који мењају услове под којима је уговор закључен. Као последњи наведен је ризик услед "рата и грађанских немира" а даје се осигурање за штете настале услед рата, војних акција, државног удара, тероризма, саботаже.[6]

Значај билатералних и мултилатералних међународних конвенција за стране инвеститоре је у томе што ови прописи дају сигурност страним улагачима у условима честих промена и нестабилности нашег система, али и у случајевима евентуалног спора, јер међународне арбитраже дају приоритет одредбама међународних споразума у односу на домаће прописе.

Појам страног улагања и страног улагача

Као страно улагање је предвиђено улагање у југословенско предузеће којим страни улагач стиче удео или акције у основном капиталу тог предузећа и стицање сваког другог имовинског права страног улагача којим он остварује своје пословне интересе у Југославији.[7]

Закон о страним улагањима регулише страна улагања у предузећу и друге облике за обављање делатности ради стицања добити, док се на страна улагања у осигуравајућа друштва, банке и друге финансијске организације примењују посебни савезни закони којима се регулише њихов правни положај.

У погледу одређивања појма страног улагача у Закону је дошло до сужења круга субјеката који се сматрају страним улагачима у односу на претходни закон.[8]

Тако је предвиђено да је страни улагач:

1. страно правно лице са седиштем у иностранству
2. страно физичко лице

[6] MIGA 2002, Fereign Direct Investment Survey Washington D. C. MIGA, January 27.
[7] Чл. 3. Закона о страним улагањима.
[8] Чл. 2. Закона о страним улагањима.

3. југословенски држављанин са пребивалиштем односно боравиштем у иностранству дужим од 1 године.

У правној теорији[9] је неспорно да се под страним правним лицем подразумева свако правно лице које је основано ван Југославије, по страним прописима и има седиште у иностранству. У ову категорију спадају и правна лица која су југословенска правна и физичка лица у иностранству.

Страно физичко лице је лице које има страно држављанство а пребивалиште или боравиште у иностранству или Југославији. У правној теорији преовладава став да се за страно лице не захтева да има својство трговца.

Страним лицем се сматра и југословенски држављанин са пребивалиштем односно боравиштем у иностранству дужим од 1 године.

Делатности у које се може улагати и улози страних улагача

Закон о страним улагањима[10] је гарантована слобода страног улагања, што значи да страни улагач може основати односно улагати у предузећа за обављање свих врста делатности ради стицања добити, осим у два случаја када постоји само право мањинског учешћа у посебним областима и подручјима а то су област производње и промета оружја и у подручјима која су законом одређена као забрањене зоне.[11]

То значи да страни улагачи могу у ове две области улагати заједно са домаћим правним лицем или основати предузеће заједно са домаћим правним субјектом, али да улог не буде већи од 49 % и уз сагласност савезног органа надлежног за послове одбране.

Страна лица могу као улог дати страну конвертибилну валуту, ствари, права интелектуалне својине, хартије од вредности и друга имовинска права и динаре. Ствари и права се морају новчано изразити. Услуге се више не сматрају могућим улогом страног улагача, као што је било до доношења Закона о страним улагањима 2002.[12]

Области страних улагања

Законом се прави разлика на основе и посебне облике страних улагања. Као основни облик страних улагања се предвиђа могућност да страни улагач може сам

[9] Дабић Љ. Либерализација правног режима страних директних инвестиција у СРЈ, Избор судске праксе 9/96, ст. 9-14; Кнежевић Т., Страна улагања, правно институционални оквири за страна улагања у СРЈ, Право и привреда 5-8/2002, стр. 558-567.

[10] Чл. 7. Закона о страним улагањима.

[11] Чл. 19. Закона о страним улагањима.

[12] Чл. 6. Закона о страним улагањима.

или са другим страним или домаћим улагачем да оснује предузеће у купи акције или уделе у постојећем предузећу.[13]

Као посебни облици страних улагања предвиђене су концесије и BOT послови који се регулишу посебним републичким законима.[14]

Постоје различите класификације облика страних улагања. Једна од могућих је подела на својинска и уговорна улагања. Конкретни облици својинских улагања су оснивање сопственог предузећа или мешовитог предузећа или стицање власништва куповином удела или акција предузећа и тада је страни улагач власник или сувласник предузећа. Страни улагач може основати предузећа према Закону о предузећима и то у једном од облика трговачких друштава које су Законом о предузећима предвиђене (акционарска друштва, друштво са ограниченом одговорношћу, командитно друштво и ортачко друштво). Својински вид улагања реализује се кроз облике које закон *numerus clausus navodi*[15] наводи, оснивањем предузећа и куповином акција или удела у постојећем предузећу. Законодавац имплицитно даје приоритет страним улагањима на својинској основи. Оваквим улагањем предмет улога страних лица у складу са Законом о предузећима постаје имовина предузећа, а страни улага у висини свог процентуалног учешћа у основном капиталу друштва, постаје власник.[16]

Сматра се да набрајањем у Закону о страним улагањима[17] облика страних улагања као својинских нису исцрпљени сви облици страних улагања. Ширим тумачењем норми треба закључити да су могући и други облици страних улагања, као што су уговорна улагања.[18]

Дакле, друга је могућност уговорно улагање у домаће предузеће на основу уговора о заједничком пословном подухвату (joint venture). За разлику од својинских односа који су изричито наведени у Закону о страним улагањима могуће је и уговорно улагање у постојеће предузеће, при чему се заснива само облигациони однос између страног улагача и домаћег партнера а у уговору се регулишу сва релевантна питања (право на профит сразмерно уложеним средствима, трансфер и повраћај уложених средстава, а може или не мора да се предвиди право учешћа у органу управљања предузећем у која су уложена средства. Овим уговорним улагањем се заснива облигационо-правни однос између учесника посла, за разлику од својинског односа где страни улагач стиче право својине тј. постаје власник или сувласник предузећа сам или са другим страним или домаћим улагачем.

Законом[19] је предвиђено да се уговори о оснивању или уговори о улагању морају закључити у писменој форми али њихова садржина није одређена, већ је то

[13] Чл. 4. Закона о страним улагањима.
[14] Чл. 5. Закона о страним улагањима.
[15] Чл. 4. Закона о страним улагањима.
[16] Васиљевић М., *Пословно право*, Београд 1997, стр. 270-277-
[17] Чл. 4. Закона о страним улагањима.
[18] Кнежевић Т., opc. cit., стр. 562.
[19] Чл. 4. ст. 3. Закона о страним улагањима.

препуштено аутономији воље уговорних страна. Писмена форма је предвиђена као обавезна и за концесије, на основу републичког Закона о концесијама Србије.[20]

Закон о страним улагањима предвиђа као посебне облике страних улагања концесије и BOT послове. Концесије и BOT послови су релативно нови институти у новијој југословенској правној теорији.[21]

Осим Закона о страним улагањима којим је предвиђена само законска могућност давања концесија и закључивања BOT послова, кључни прописи су Закон о концесијама Републике Србије из 1997. и Закон о концесијама Републике Црне горе, 1991. као и Одлука о начину спровођења јавне лицитације за давање концесије страним лицима, 1996.

Концесија је дозвола којом државни орган даје право коришћења природног богатства, добра у општој употреби као и право обављања делатности од општег интереса. Закон о концесијама је прецизно одредио шта може бити предмет концесије.[22] И у упоредном законодавству се природним богатством сматра земљиште, шуме, рудна блага, воде итд. Под добрима у општој употреби се обично подразумевају јавни путеви, паркови, тргови, улице, ловишта, морска добра, шумска добра, комунална добра, средства у области инфраструктуре (електропривреда, железница, ПТТ, ваздушни саобраћај...). Привредне делатности од општег интереса су посебним законима одређене као делатности од општег интереса а то су делатности углавном у области електропривреде, железнице, ПТТ саобраћаја, водопривреде, путне привреде, шумарства, комуналних делатности.

У поступку давања концесија постоје две основне фазе. Прву фазу чини давање дозволе за коришћење предмета концесије и то доношењем концесионог акта и тона основу јавне лицитације и друга фаза је закључивање уговора о концесији између државног органа (концетедент) и корисника који може бити страно или домаће лице (концесионар). Овим уговором се детаљно регулишу услови који су дати актом о концесији.

У правној теорији не постоји јединствено мишљење о правној природи овог у основи мешовитог посла.

Чињеница је да се као концедент појављује држава, што није случај код привредноправних послова. Осим тога предмет уговора је специфичан, јер се ради о оним пословима које су у надлежности државе, тако да је мешавина елемената јавног и приватног права очигледна. Неспорно је да је то сложен правни посао у коме има елемената јавног права (акт о концесији) и приватног права (уговор између концесионара и концедента).

Концесије се дају на рок до 30 година а по добијању концесије концесионар оснива предузеће у складу са нашим прописима за обављање овог посла.

BOT посао (build, operate, transfe, - изгради, управљај, пренеси) је у нашем праву регулисан Законом о концесијама. Страном улагачу се може одобрити да из-

[20] Чл. 19. Закона о концесијама Републике Србије.

[21] Fischer P, *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974, *Instrument*, Volume 1, New York, 1976.

[22] Чл. 5. Закона о концесијама Републике Србије.

гради, искоришћава и трансферише одређени објекат или погон као и објекте инфраструктуре и комуналија.

Недовољно прецизна формулација из чл. 5. ст. 1. из Закона о страним улагањима о "трансферу" објеката, добија на значењу комбинујући је са одредбом чл. 32. ст. 2. Закона о концесијама где се говори о..."предаји изграђеног објекта по протеку уговореног рока у својину Републике". Уговором се између Владе и концесионара уређују међусобна права и обавезе у погледу изградње комплетног објекта с финансијском конструкцијом, условима коришћења изграђеног објекта и роком предаје објекта у својину Републике.

BOT посао је уствари једна врста концесије и даје се такође на рок до 30 година, а акт о додели концесије даје Влада Републике Србије на основу поступка јавне лицитације. Међутим, постоје разлике између BOT послова и концесије. У BOT систем је укључена изградња објекта, а не само његово коришћење. Осим тога док код концесије државни орган добија накнаду за уступање права коришћења концесије, код BOT посла држава добија објект у својини по истеку уговореног рока.

З а к љ у ч а к

У циљу привлачења страних инвестиција даље се либерализују услови за страна улагања, при чему је положај страних улагача углавном изједначен са домаћим привредним субјектима, а поступак регистрације страних улагања је поједностављен. У нормирању не треба занемарити одговарајућу заштиту домаће производње од претеране и пребрзе либерализације прописа.

Закон о страним улагањима из 2002. године је основни закон за страна улагања, али није једини и постојање низа савезних и републичких прописа, чије се одредбе директно или индиректно односе на страна улагања, не иде у прилог правној сигурности у условима нестабилног политичког и привредног система земље.

У развијеним земљама са стабилним друштвеним и економским приликама нема потребе за посебним законима који регулишу страна у лагања, него се специфичности положаја страних улагача уређују у прописима о организовању и пословању домаћих привредних субјеката (закони о привредним друштвима, закони о девизном пословању, закони о порезима итд.).

Земље које настоје да остваре тржишни систем привређивања уз учешће страног капитала а политички су нестабилна подручја, принуђене су да доносе посебне законе о страним улагањима, како би императивним нормама сконцентрисаним у једном пропису пружиле сигурност страном улагачу.

Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

FOREIGN INVESTMENTS

Abstract

The new Foreign Investments Act of 2002 further liberalizes the conditions for foreign investments.

The Foreign Investments Act is the basic legislation for foreign investments, but is not the only one. The existence of a series of federal and state regulations that have provisions directly or indirectly related to foreign investments, does not contribute to the legal security in conditions of an unstable country system.

The status of a foreign investor is equated to that of a domestic commercial entity, whereas the registration procedure has been simplified.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.135-140

Др Фуада Станковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОСЛОВНА ЕТИКА И ОДГОВОРНОСТ БИЗНИСА ПРЕМА ДРУШТВУ

Сажетак: *Сукоби интереса различито организованих интересних група и институција у свету бизниса се првенствено регулишу правом. Пошто је право често сувише опште и прешироко постављено као и због тога што је оно релативно тром механизам у односу на динамику бизниса ти недостаци се надомештају пословном етиком.*

Пословна етика се може дефинисати као представа о правилности појединачних понашања, одлука или поступака људи запослених у предузећима или другим субјектима у домену економије. Она уочава односно успоставља разликовање између исправног и погрешног, погрешног и непоштеног, праведног и неправедног. Јављају се нови етички стандарди који постају неизбежни за пословање(однос према запосленима, заштита животне средине, права запослених, заштита на раду, сигурност оних који користе конкретне производе и услуге). Постоји економска, правна, етичка и добровољна одговоност бизниса према друштву. Концепт стејкхолдера има централно место у разумевању односа између бизниса и друштва. У периоду транзиције и реформе привреде у Србији, поред успостављања владавине права биће све више очигледно да се успешан бизнис на дуги рок може развијати само уз поштовање у свету данас добро познатих и успостављених принципа пословне етике.

Кључне речи: право и пословна етика; етички стандарди; стејкхолдери; друштвена одговорност бизниса.

У в о д

У бизнису један од примарних циљева појединаца и организација је да остваре што је могуће већи профит.

За испуњење овог циља потребно је мноштво елемената и односа зависно о којем се субјекту ради као и специфичном окружењу без којег појединачни бизниси немају ни сврху ни могућност да реализују своје циљеве.

Окружење се састоји од многобројних различито организованих интересних група и институција. У односима између окружења и бизниса, када су намере и циљеви различитих страна у сукобу, јавља се проблем регулисања, усклађивања и посебно постизања компромиса између супротстављених интереса.

Сукоби се првенствено регулишу путем права. Правом се постављају општа правила којих се сви морају да придржавају под претњом санкције. Тешкоћа код примене закона је у томе што је право често сувише опште и прешироко постављено, па се дешава да многима одређена права буду ускраћена строгом применом слова закона, иако то можда није била намера законодавца.

Право такође представља тром механизам у односу на брзину и динамику бизниса и потребно је да прође доста времена од установљавања потребе да се нешто регулише законом па да се то и учини. У међувремену се јавља нежељени вакуум који никоме не одговара. У оваквим ситуацијама на сцену ступа пословна етика.

Пословна етика се може дефинисати као представа о правилности појединачних понашања, одлука или поступака људи запослених у предузећима или другим пословним субјектима у домену економије. Она уочава односно успоставља разликовање између исправног и погрешног, погрешног и непоштеног, праведног и неправедног.

У вези с оваквом дефиницијом пословне етике постављају се најмање три питања: 1) ко одређује које је понашање исправно? 2) да ли постоје нијансе доброг или лошег или је слика црно-бела? 3)како се дефинишу поштење и праведност?

На ова питања се не може дати јасан општеприхваћен одговор, али се може рећи да је етичко понашање такво понашање појединца и организације које је очекивано од друштва или ужих друштвених група, а које је праведније и исправније од стандарда постављених правом.

Етички стандарди пословања су често били различити у зависности о којем се друштву ради и често су еволуирали са развојем друштва. Поред оних који су у почетку били основни и остали непромењени (на пример, да је свако дужан да испуни своју уговорну обавезу, забрана довођења у заблуду купца, и сл.), јављају се нови етички стандарди који постају све интересантнији и неизбежни за пословање, као што су однос према запосленима, заштита животне средине, права запослених, заштита на раду, сигурност оних који користе конкретне производе.

Иста је ситуација и са етичким аспектима живота ван економске сфере независно од тога да ли су то норме установљене од друштва, претпостављених, породице, пријатеља, професије, цркве, итд.

Примена бизнис етике у дугој историји тржишне привреде проистиче и из прећутног споразума између бизниса и државне структуре. Држава, руководећи се

идејама либералног капитализма о слободном тржишту и регулације као нужног зла, у најмањој могућој мери регулише привредне токове, гдегод може не меша се него препушта самом бизнису да уреди спорне ситуације према свом нахођењу и интересу.

Одговорност бизниса према друштву

Данас је подручје бизниса веома много под лупом јавности. Бизниси се често оптужују да не воде довољно рачуна о потрошачима, да их не забрињава погоршање социјалне ситуације и реда у држави, да су равнодушни према проблемима мањина и животне средине, те да нема ни трага од прихватљивог етичког понашања код већине фирми.

Друштвена одговорност појединца или фирме је да промисле своје поступке у односу на целокупно окружење и да одговарају за последице које њихово понашање има по околину.

Друштвена одговорност бизниса се састоји из:1) економске одговорности; 2) правне одговорности; 3) етичке одговорности; 4) добровољне, дискреционе одговорности.

1) Економска одговорност. Друштво захтева од бизниса да буде економска институција која ће производити добра и услуге које друштво жели и продавати их по адекватној цени односно оној цени за коју друштво сматра да представља вредност добара, а на другој страни обезбеђује бизнису одговарајући профит, развој и награду инвеститорима. Све се то постиже преко тржишног механизма који одређује цену преко које се остварују циљеви и потрошача и бизниса.

2) Правна одговорност. Са становишта друштва економски систем треба да дозвољава бизнису да има продуктивну улогу у систему. Држава путем права поставља основна правила по којима бизнис функционише, а уколико им се бизнис не покори следи санкција.

3) Етичка одговорност. Иако претходне две одговорности садрже етичке норме, овде је то схваћено шире. Ту спадају одређене активности које нису укључене у право, а окружење очекује да их бизнис поштује. Етичка одговорност је, дакле, одговорност у односу на поједина понашања које окружење очекује од бизниса, али друштво још није спремно или неће да је каналише путем правних норми.

Етичко понашање се простире изван понашања захтеваног од стране права, али се етика и право у доброј мери поклапају из разлога што се на право може гледати као на представу онога што друштво мисли да су минимални стандарди владања и понашања. И право и етика постављају питање шта је добро а шта није. Разлика је у томе што право представља кодификовану етику, а за понашање које није у складу с правом постоји санкција. Ако неко прекрши закон обично се истовремено понаша и неетички.

Ипак етичко понашање се протеже и изван онога што је захтевано правом. И подручје етике је много шире од онога што је покривено правом.

4) *Добровољне одговорности*. Можда за ову категорију понашања није адекватан термин одговорности јер су она у потпуности вођена слободном одлуком бизниса а нису очекивана од већине у окружењу. Пример за ово су дугорочни повољни зајмови, добротворни прилози, спонзорства, и сл. Оваква понашања можда више од осталих напред споменутих доприносе повољној слици у јавности о одређеној фирми или институцији.

Стејкхолдери (stakeholders)

Концепт стејкхолдера има централно место у разумевању односа између бизниса и друштва. Термин је настао по угледу на термин "stock holder" (инвеститор, власник бизниса, власник акције).

"Stake" (у преводу удео, део) се односи на економске и неекономске субјекте који су дотакнути активностима менаџмента фирме. Стејкхолдери су појединци или групе који тврде да имају један или више стејкова. Стејколдери су сви они субјекти који имају неки интерес за оно што се дешава као резултат пословања фирме. Стејк се јавља у три вида: 1) као интерес; 2) као право и 3) као власништво.

Појединац или група могу да буду тангирани одређеном одлуком и имају интерес у вези ње, посебно у вези са њеним последицама.

Појединац или група могу да имају законско право или морално право. У првом случају закон предвиђа основ када појединци или групе треба да буду третирани на одређени начин. У другом случају појединац или група сматрају да имају на основу моралног права основ да буду третирани на одређени начин. Власништво произлази из управљања на основу власништва.

Стејкхолдери могу да буду под утицајем деловања, одлука, политике или праксе фирме, али исто тако стејкхолдери могу да утичу на пословање фирме. Ради се о двосмерној интеракцији, односно размени утицаја.

Дакле, стејкхолдер је појединац или група који утичу или на које се може утицати пословањем, одлукама, пословном политиком, праксом или циљевима организације.

У бизнис окружењу постоји много субјеката који су стејкхолдери бизниса. Са гледишта бизниса постоје одређени субјекти који имају легитимитет у очима менаџмента који им признаје постојање интереса или потраживања у вези активности фирме. Најочигледније овакве групе су: *стокхолдери, запослени, потрошачи-клијенти и конкуренција.* Ту су такође и ужа заједница, интересне групе и друштво у целини.

Развој концепта стејкхолдера ишао је паралелно са развојем бизниса. У *традиционалном погледу на фи*рму на стејкхолдере се гледало као на оне од којих се набављала сировина и на оне који су куповали производе. Са даљим развојем и настанком великих корпорација чија је последица било раздвајање власника од контроле, фирме су почеле да уочавају главне групе на које је требало да обрате пажњу да би успешно пословале. На крају се дошло до *стејкхолдер погледа на фирму.* Суштина овог концепта је да менаџер мора да препозна не само оне групе

које он мисли да имају одређени стејк у фирми него и оне групе које друштво или саме групе тврде да имају стејк.

Менаџмент такође мора да води рачуна о томе да ли су конкретне групе *примарни или секундарни стејкхолдери.* Ови термини се морају користити опрезно, јер вероватно многи стејкхолдери мисле да су примарни да би добили третман какав они мисле да заслужују. Примарни стејкхолдери су они који имају формални, службени или уговорни однос са фирмом, а други су секундарни. Ова подела сигурно не значи да би секундарне требало занемаривати и давати им мањи значај (на пример, медији могу да скрену пажњу јавности на рад фирме и значајно преусмере њен рад).

Интерни стејкхолдери су пре свега запослени. Њихова права су данас веома важна. То су право да не буду отпуштени без разлога, право на једнак третман и слобода говора. Ту су такође и право на приватност на раду и здравље, као и право да се не буде дискриминисан по било којем основу (раси, националности, полу, годинама)

Екстерни стејкхолдери су држава, потрошачи, локална заједница. Државни званичници гледају на себе као на контролоре, инспекторе, порезнике, регулаторе, оне који кажњавају преступнике. Бизнис на владу гледа као на препреку, замку, као на некога ко одуговлачи и понаша се неефикасно, те као на некога ко се опире економском напретку, на некога ко има моћ да све заустави а мало моћи да покрене.

Иако држава и бизнис имају супротстављене системе и намере они су међусобно повезани у функционисању друштвено-економског система. Влада је главни послодавац, купац, субвенционар, конкурент, финансијер. Све ове улоге дозвољавају влади да значајно утиче на бизнис. Влада прописује правила, игре, главни је купац и корисник услуга бизниса, она је арбитерна у одлучивању коме ће и под којим условима дати концесије или поверити извршење крупних инвестиција и послова. Влада је заштитник разних интересних група које лобирају против експлоатације радне снаге.

Међу екстерним стејкхолдерима потрошачи су најважнији и незамењиви. У потрошачком друштву бизниси морају да буду посебно пажљиви и осетљиви према проблемима који настају у вези са потрошачима. Информисање потрошача путем рекламе је посебно важно. Често се јављају проблеми у овом подручју као што су разне злоупотребе рекламирања, двосмисленост пропаганде, прикривање чињеница које су неповољне за фирму. Права потрошача укључују право на сигурност и квалитет производа или услуге.

Локална заједница се јавља као необично важан чинилац у ситуацијама када се ради о малим и средњим предузећима у којима запослење налази већина грађана. Често локална заједница посредно или непосредно у потпуности зависи од пословања фирме. Компаније могу (и морају) да позитивно утичу на локалну заједницу и то путем донација времена и талента запослених, новчаним доприносима, доприносима финансирању образовања, културе, спорта. Како фирме могу да користе окружењу тако могу и да му штете. Најбољи пример је загађивање воде, ваздуха, земљишта. Затварање бизниса може да има штетне последице. Пре него што се

донесе одлука о затварању мора се размислити о одговорностима према себи, запосленима и ширем окружењу.

У периоду транзиције и реформе привреде у Србији, поред успостављања владавине права што ће омогућити сузбијање криминала, корупције и других последица назадовања у последњој деценији, биће све више очигледно да се успешан бизнис на дуги рок може развијати само уз поштовање у свету данас добро познатих и успостављених принципа пословне етике.

Fuada Stanković, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

BUSSINESS ETHICS ON THE RESPONSIBILITY OF BUSINESS TOWARDS SOCIETY

Abstract

Conflicts of interest of differently organized interest groups and institutions in the world of business are regulated, primarily, by law. Since law is often formulated too generally and too broadly, and since it is a relatively sluggish mechanism in relation to the dynamics of business, these shortages are compensated by business ethics.

Business ethics can be defined as a representation of the regularities of individual behaviors, decisions or conducts of firm employees or other subjects within the economic domain. It discerns and establishes the difference between the proper and improper, proper and dishonest, just and unjust. New ethical standards are appearing, which are becoming unavoidable in business dealings (relations towards employees, protection of the living environment, rights of employees, occupational health, and the security of those who utilize concrete products and services). There exists an economic, legal, and voluntary responsibility of business towards society. The concept of stakeholders has a central place in the understanding of relations between business and society. In the period of transition and reform in Serbia, in addition to establishing the rule of law, it will become all the more obvious that successful and long-term business can only be developed by abiding to globally well-known and established principles of business ethics.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.141-156

Момчило Ђ. Вукићевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КОМПЛЕМЕНТАРНИ ЕЛЕМЕНТИ ЛЕГИСЛАТИВНИХ ОКВИРА ЕКОЛОШКЕ ПОЛИТИКЕ
(Систем еколошких стандарда vis a vis административних и мера друштвеног усмеравања животне средине) [1]

Сажетак: *Други, релативно равноправан,* ***део корпуса регулаторних мера*** *савремене политике уређења, заштите и унапређења животне средине чини разуђена мрежа* ***административних захвата у складној комбинацији са мерама друштвеног*** *(привредно, односно просторно–планског)* ***усмеравања*** *разноврсних облика искоришћавања сировинских, енергетских и осталих ресурса, односно укупне биоте од стране људског друштва везаног за рад и живот Homo sapiensa. Наиме, појединачно и узете као сплетови акционих дејстава организоване друштвене заједнице оне су* ***у функцији ублажавања, алт. решавања противуречности пулсирања и развоја екоса - речју, савремене еколошке кризе,***

Ипак, предметни захвати представљају складну допуну еколошке легислативе: са једне стране, њима се операционализују законодавно – правна одређења правила понашања човека у животној средини (еколошки стандарди); такође, оне прецизније регулишу поступци искоришћавања природних ресурса (административне мере); коначно, њима се стављају под непосредну - готово потпуну и ефикасну - контролу разноврсни облици садејства

[1] Тематски, садржински и методолошки у питању је наставак аутороог рада који је публикован у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду (број 1-3/98., стр. 23-28.);оба предметна прилога у себи систематизују резултате његовог истраживања у 2оо2. години везана за научно-истраживачки пројект "Међународни оквири права Србије и Југославије" (односно потпројекта 9 – "Заштита животне средине") који финансијски подржава Министарство за науку, технологију и развој Републике Србије;

популације и биоте (планско усмеравање). Крајње упрошћено, ради се о ***комплементарним елементима легислативних оквира еколошке политике*** *чија објективизација представља објект анализе предметног рада.*

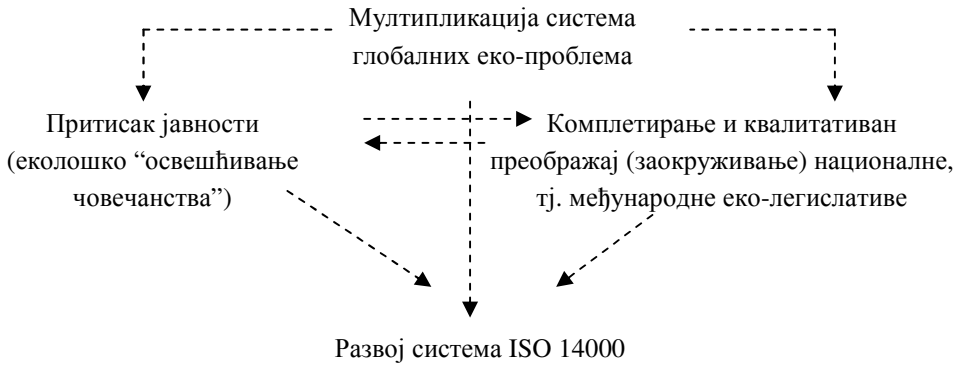
Кључне речи: еко-политичка регулатива; еко-легислатива; еколошки стандарди - ISO 14000; административно регулисање животне средине; плански третман биоте;

Систем посебних еколошких стандарда (ISO 14000)

Појмовно, најпростије казано, **систем ISO-14000** представља један од, данас познатих – развијених, упоредних и формализованих, модела управљања, тј. менаџмента (managamenta) заштитом животне средине, као и провере, тј. аудита ефикасности ове еко-активности организоване друштвене заједнице.

Историјат увођења ISO 14000 је зачет у последњој декади XX века - 1991. године Међународна организација за стандардизацију је формирала своју посебну "Саветодавну групу за стратешка питања, животне средине" (Strategic Advisori-Group on Environment – SAGE) са задатком да истражује потребе за увођење међународних стандарда за: (I) системе еколошког менаџмента; (II) системе додељивања еколошких знакова; (III) методе и поступке проверавања и оцењивања еколошких ефеката индустријских активности, процеса и производа; коначно, (IV) укључивање еколошких аспеката у стандарде за производе.

После непуне три године, један од (два) одбора Техничког комитета (ISO-TC 207), који је настао трансформацијом SAGE, презентује 1994. године - својим посебним документом - прелиминарни нацрт **нових ISO стандарда за систем еколошког менаџмента.** Захваљујући димензијама, разноврсности и "квалитету" директног утицаја (све три компоненте) "моторне снаге" развоја ISO-14000:



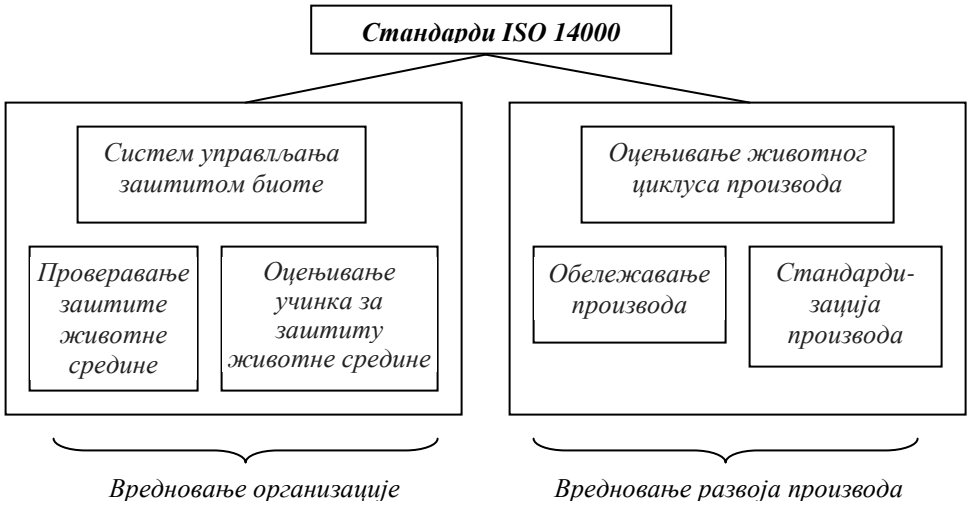
***н*а прагу XXI века** савремено друштво има:

(а) *ефикасан организациони механизам иницирања, креирања и међународног усвајања еко-стандарда (ISO 14000)*
који чини поменути ISO-TC 207 са својих 6 поткомитета чију интензивну активност репрезентује

(б) *значајан системски фундамент*
(пет кључних - међународно усвојених - стандарда у вези са системом управљања заштите животне средине), као и

(в) *његова разуђена надградња*
сплет (од преко 20) "дериватних" ISO 14000 који "покривају" комплексну проблематику:
- обележавања у складу са заштитом животне средине;
- оцењивања учинка на заштити екоса;
- валоризације животног циклуса производа; коначно,
- опште усвојених "термина / дефиниција" у сфери биоте.

Систем стандарда ISO 14000 има следећу **основну (функционалну) структуру:**[2]



Стожер серије ISO 14000 је њен стандард из области (система) управљања заштитом животном средином – ISO 14001 који у себи садржи спецификацију еко-менаџмента, као и упутство његове примене. Његова "снага" хармоничног обједињавања укупности (већ донетих или процедурално зачетих) ISO 14000 стандарда, као и њихове интеракцијске повезаности са формализованим системом управљања и провере у области квалитета (ISO 9000) даје му значај првог исправног (и наиз-

[2] Ш и л о б а д, М., *ISO 14ооо,* Изд. Привредна комора Војводине, Нови Сад 1996., стр. 17. ;

глед малог) корака напред у функцији остварења "одрживог"развоја. Мада се ради само о "острвцу одрживости" у "океану неодрживости" савременог света, закономерност је да све "велике ствари – помаци" увек започињу "малим корацима – успесима".

На крају, билансирајмо **данас достигнути** *ниво развијености система ISO 14000:*[3]

Код стандарда	Назив стандарда	Садржај (циљ) стандарда	Актуелни "статус" стандарда[57]	Надлежни поткомитет (СЦ)
1	2	3	4	5
Системи управљања заштитом животне средине				
ISO 14001	"спецификација са упутством за примену"	идентификација ресурса за развој, примену, мерење и периодичне оцене напретка организације у смеру остварења принципа који су постављени као мисија организације и у облику политике о заштити биоте	међународни стандард	SC-1
ISO 14004	"опште смернице за принципе система и поступке"			
ISO 14002	"смернице (за принципе, системе и поступке) за мала и средња предузећа"		Нацрт SC-1	
Проверавање заштите животне средине				
ISO 14010	"општи принципи"	проверавње заштите животне средине, односно проверавање система управљања животном средином	међународни стандард	SC-2
ISO 14011	"проверавање система" (управљања заштитом животне средине)			
ISO 14012	"критеријуми за квалификовање проверача"			
ISO 14011-2	"поступци проверавања"; "проверавање усаглашености са законским регулативама";		нацрт SC-2	
ISO 14011-3	"поступци проверавања"; "проверавање изјаве о заштити животне средине";			
ISO 14014	"смернице за почетно преиспитивање позиције према заштити животне средине"			
ISO 14015	"оцењивање локације у односу на заштиту животне средине"			

[3] Табелу израдио а у т о р (М. Ђ. В.) систематизујући синтетичке исказе Ш и л о б а д, М. садржане у оп. цит. раду *ISO 14ооо,* стр. *19 – 24. ;*

Код стандарда	Назив стандарда	Садржај (циљ) стандарда	Актуелни "статус" стандарда	Надлежни поткомитет (SC)
1	2	3	4	5
Обележавање у складу са заштитом животне средине				
ISO 14020	"циљеви и принципи" (свих типова обележавања)	давање смерница за (3) типа означавања: жиг одобрења; потврда о усаглашености са једним захтевом; тврдња о очувању животне средине;	нацрт SC-3	SC-3
ISO 14021	"самодекларисања тврдњама о заштити животне средине" (појмови и дефиниције)		Нацрт међународног стандарда	
ISO 14022	"симболи"		нацрт SC-3	
ISO 14023	"методологије за тестирање и потврђивање"		Радни документ	
ISO 14024	"смернице, примери и критеријуми за практичне програме засноване на више критеријума (тип I): водич за поступке сертификације		нацрт СЦ-3	
ISO 14024	"Тип III" (означавање)		нови радни предмет	
Оцењивање учинка на заштити животне средине				
ISO 14031	"(општи) поступак вредновања (учинка)"	подршка (основној) идеји ISO 14000: мерење, анализа, валоризација и унапређење учинка на заштити животне средине	Радни документ	SC-4
ISO 14032	"(посебни) параметри учинка специфични за одређене гране индустрије"		нови радни документ	
Оцењивање животног циклуса				
ISO 14040	"принцип и смернице"	алат за вредновање ефеката и утицаја (појединих производа, процеса или услуга) на очување животне средине: од (њиховог) стадијума сировине; преко (њихове) производње и употребе; до (њиховог) одлагања рециклаже;	Нацрт међународног стандарда	SC-5
ISO 14041	"анализа аспеката животног циклуса"			
ISO 14042	"процена утицаја"		нацрт SC-5	
ISO 14043	"интерпретација (утицаја)"			
Појмови и дефиниције				
ISO 14050	везаних за систем: управљања заштитом животне средине (ISO14001/14004); проверавања заштите животне средине (ISO 14010/14015); обележавања у складу са заштитом животне средине (ISO 14020/14024); оцењивања учинка на заштити животне средине (ICO 14040/14043)	Нацрт међународног стандарда		SC-6

Административне мере

Други фундаментални сегмент еколошке политике, равноправан са палетом мера еко - легислативе, представља **корпус административних мера**. Његове савремене (значајне и стално растуће) димензије и евидентно разуђена структура:

Административне мере

Административно -управне мере:

- казне;
- дозволе;
- контингенти;

тзв. еколошки намети у вези са:

- емисијом;
- продукцијом;
- производима;

Административно -контролне мере:

- лиценце;
- сертификати;
- аудит;

интегрални систем еко-контроле

Административно -трансформационе мере:

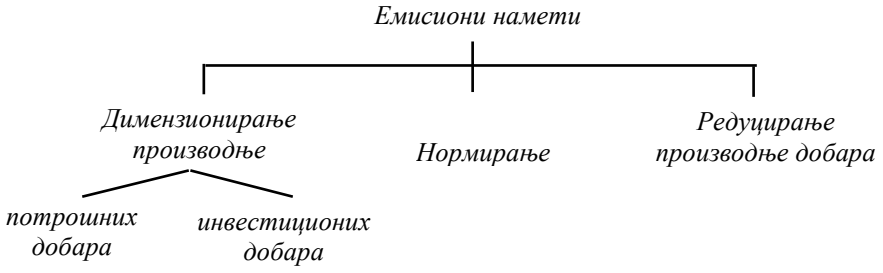
- приватизација (важнијих) еко - добара;
- "ексклузификација" права располагања општим еко-добрима;
- пооштравање еко-(казнене) процедуре;
- преферирање еко-кооперације;

промена правних оквира пулсирања животне средине

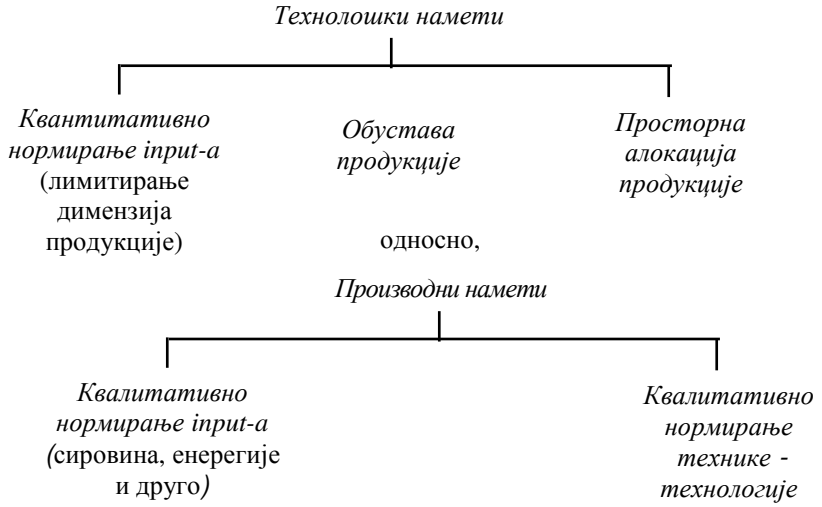
са једне стране, као и модалитети регулативног утицаја (са друге стране), позитивно одређују ефикасност примене административних мера у функцији уређења, заштите и унапређења екоса – како у националним границама, тако и у наднационалним размерама.

Функционална логика **дејства административно – управљачких мера** је њихово заснивање на поштовању, претходно опредељених, општих еко-стандарда експлоатације животне средине. Исте прописују и гарантују (по цену активирања репресивног механизма њиховог принудног уважавања) управни органи државне власти. По садржини и жељеном ефекту, постоје два модалитета административно – управне регулације:

прво, *стандардизовање еко-перформанси*
прописивање лимита емисије појединих извора загађивања по основу, ex ante утврђеног, асимилативног капацитета биоте, распореда загађивача у њој, као и њихових стандардних емисија – тачније испуштања количине опасних материја у животну средину:



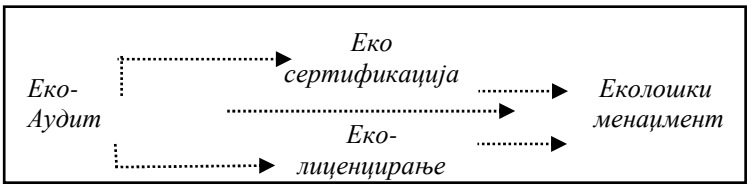
друго, *стандардизовање input-а / output-а производње*
прописивање техничко-технолошких карактеристика еколошки опасне продукције уз евентуално обавезивање њеног носиоца за употребу најбоље расположиве, алт. најбоље постојеће, тј. примењиве технологије или обавезност осигурања еколошки безбедносних својстава производа:



Палета ***еколошких намета,*** који се активирају у функцији навођења привредних субјеката на поштовање наведених општих еко-стандарда производне експлоатације екоса, су различите садржине, исто као и механизама њихових дејстава:

Назив мере	Карактер мера	Сфера примене мере	Глобални ефект мера
1	2	3	4
дозволе	стимулативне мере	сфера еко-перформанси емисија + сфера (input-а и output-а) продукције	потврда – верификација прилагођености емисије, тј. производње "одрживом" стању у развоју екоса
забране	репресивне мере		најстрожија мера која може изазвати супституцију (забрањене) производње, тј. производа уз ниске трошкове
контингенти	стимулативне, алт. репресивне мере		прилагођавање (оптимализација) квантитета и квалитета емисије, тј. производње еко-издржљивости конкретног простора)
казне	репресивне мере		Mixed: морална, материјална и кривична одговорност загађивача

Сегмент **административно - контролних мера:**



оптимализује активан однос организоване друштвене заједнице према комплексној проблематици уређења, заштите и унапређења животне средине:

а) екололошки аудит

систем сталне провере, тј. оцене стања животне средине са становишта евентуалне угрожености (загађености, декомпозије, деградираности, алт. уништености) њених компоненти, а по основу "документације" прикупљене, претходно успешно спроведеним, еко-мониторингом;

б) еколошка сертификација

систем методолошких и практичних активности, специјалних ресорних органа власти у функцији утврђивања, провере и документационог потврђивања еколошких својстава (квалитета) продукције, односно производа која су прописана националном и наднационалном (EU/OECD) еко-легислативом, односно опредељена глобалним еко-документима (UNCEDa); крајњи ефект овог процеса (тзв. еко-сертификати) представљају службену валоризацију предметног привредног дејства, односно његовог производа, алт. услуге као "еколошки погодног", тј. усаглашеног са друштвеним интересом за рационално искоришћавање природних ресурса, оптимално уређење, заштиту и унапређење животне средине и очување генетског фонда људске популације;

в) еколошко лиценцирање

систем функционалне операционализације оптималних еко-експлоата ционих капацитета природних ресурса и њиховог максимално могућег ("подношљивог") загађивања: најпре, њиховог утврђивања (по основу еко-мониторинга у комбинацији са еко-аудитом), а затим њихове расподеле у форми парцијалних лиценци (за сразмерно коришћење и дозирано загађивање животне средине); при томе, право експлоатације је квантитативно – квалитативно фиксирано, а право на "колатералне штете" загађивања максимирано (најчешће уз стимулације потенцијалних загађивача на "борбу" за што мање емисионо оптерећење биоте).

Без ширих анализа, очигледни су значај и ефикасност дејства овог сегмента административних мера. Крајње упрошћено, њиховом се комбинацијом постиже да организована друштвена заједница унутар националних граница држи "под контролом" комплексан процес уређења, заштите и унапређења животне средине са гарантованим ефектима у планетарним размерама – све сагласно максими: глобално, спознавање и одлучивање, а локално делање Homo sapiensa у екосу.

Складну допуну управне и контролне регулације животне средине представљају *мере* (својеврсне варијанте) *транзиционог мењања биоте:* од приватизације важнијих еко-добара, преко стављања преосталих општих добара животне средине у статус "ексклузивних" објеката еко-менаџмент права појединих субјеката, до инсистирања на (поливалентној и, по свим нивоима, "протегнутој, речју хармонизованој) еколошкој кооперацији.

***Мере друштвеног усмеравања (*планирања)**

Сплет акционо-планских мера представља трећи у низу равноправних фундамената еко-политичке регулативе:

Мере друштвеног усмеравања (планирања) животне средине

Привредно-планске мере

Інформативно-планске мере:

- (јавни) еко-информациони систем (ЕИС);
- еко-мониторинг;
- еко-картографија;
- (јавни) еко-катастар;
- еко-инвестирање;
- територијално еко-билансирање;
- математско еко-програмирање (прогнозирање);

Просторно-планске мере

Стожер акционог сегмента информационо-планских мера у функцији уређења, заштите и унапређења екоса представља **еко-мониторинг.** Појмовно, у питању је интегрални систем надзора, управљања и валоризације животне средине са становишта, објективно присутних, неповољних људских дејстава на све компоненте екоса. Битна својства интегралног мониторинга животне средине (ІМЖС) су:

(а) *објект ИМЖС-а*

процес антропогених утицаја на биоту;

(б) *методологија ИМЖСа*

упоредан, нивелисан (равноправан) и хармонизован третман различитих аспеката неповољних дејстава Homo sapiensa, односно њихових различитих субјеката узрочно-последично

(в) *етапиран* на (следеће три фазе ИМЖСа):

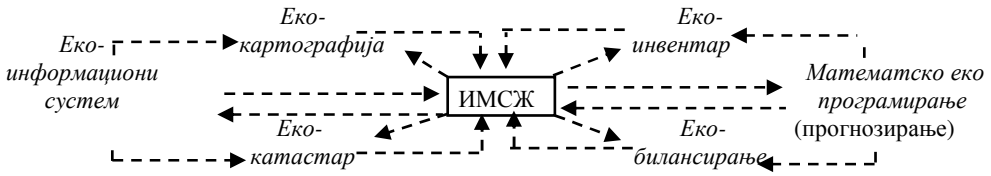
- анализа ефеката (са) дејства разноврсних фактора уз, евентуално, детектовање кључних, тачније "критичких" детерминанти;
- дефинисање допуштеног нивоа, структуре и квалитета еко-оптерећења природне средине;
- биланс оптерећења природног система и евиденција његових економско-социјалних аспеката; овакав приступ омогучава остварење

(г) *основног задатка ИМЖСа,*

објективизација и рангирања основних аспеката дејстава различитих фактора на делове (односно целину) екоса;

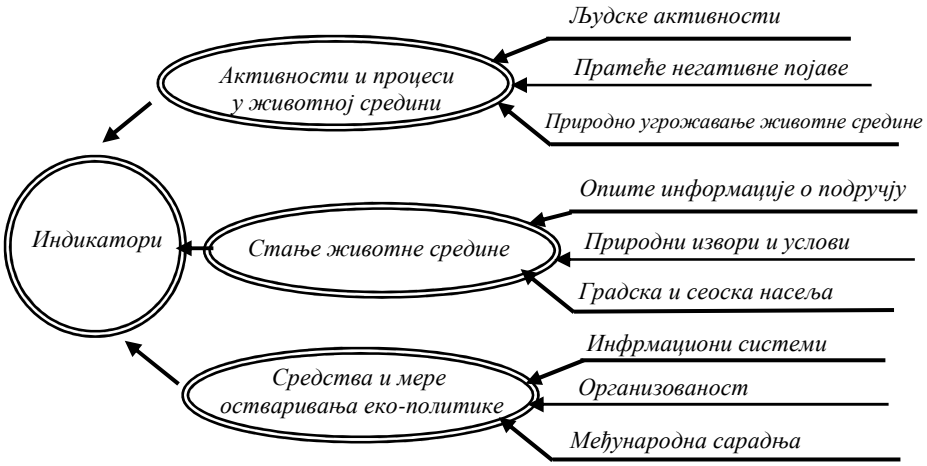
(д) *претпоставка оптимализације ИМЖСа*

су преостале информативно-планске мере еколошке политике, тј.



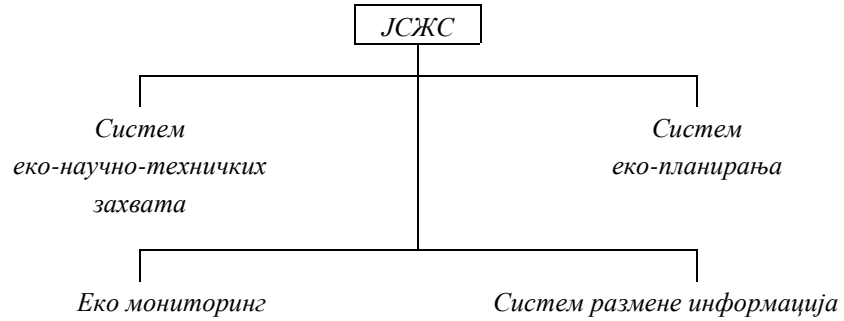
(ђ)ефикасност ИМЖСа

директно зависи од димензија и квалитета мреже индикатора за праћење стања биоте:

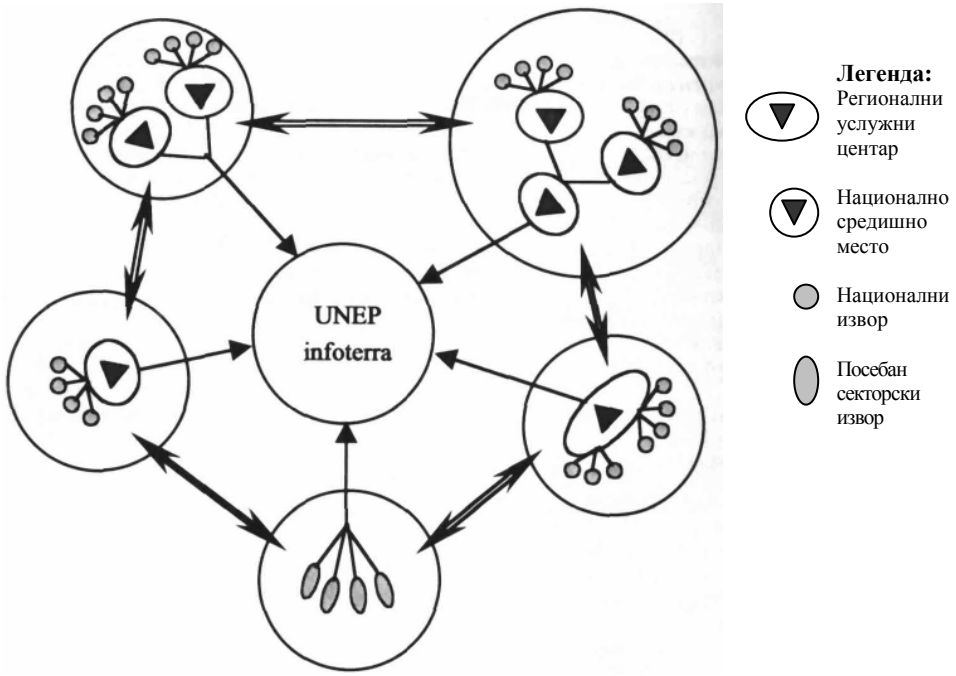


као и специјалне процедуре за процену утицаја на животну средину.

Посебну пажњу међу њима (са једне стране, због статуса "иницијалног" информативно-планског захвата, а са друге због очигледне комплексности, тј. ефективности) има **еко-информативни систем**. Логика оваквог закључка је веома проста: (I) битна предпоставка рационалног управљања животном средином је реалан избор начина експлоатације ограничених, а исцрпивих природних ресурса; (II) доношење овакве одлуке, којом се преферира неко од алтернативних решења, зависи - пре свега – од квалитета и релевантности знања њеног доносиоца; (III) један од примарних извора стања је јединствени информациони систем животне средине - ЈСЖС чије су (IV) основне компоненте:



на крају, (V) пирамидални врх глобалног ЈСЖСа (који гарантује јединственост овог и оваквог инструментаријума, као сегмента еколошко-политичке регулативе савременог друштва) представља *UNEP INFORMTERA:*[4] планетарна међународна еко-инфо-мрежа:



[4] З б о р н и к *Управљања животном средином*, Изд. Савезни Секретаријат за развој, Београд 1990, стр. 65. ;

која конституише следећи сплет (функционалних компоненти, тј.):

- *националних средишта информација*
  (преко 6400 пунктова у 137 земаља који обједињују око 250. 000 експерата – "на располагању" са знањима из преко 1100 еко-приоритетних подручја);
- *посебних глобалних секторских извора еко-информација*
  (на пример, из области еколошке легислативе – ELIS или у вези са посебним поступком отпадним материјама – Harvel Labaratory и слично);
- *регионалних услужних центара*
  (9 пунктова лоцираних, пре свега, у земљама у развоју);
- *и центара за програмску активност*
  (са статусом, улогом и значајем координатора функционисања INFORMTERRe путем: пројектовања стандардних оперативних процедура;објављивања међународног регистра, као и организвања обуке специјализованих кадрова - у периоду 1977/1990. одржано 32 едукативна курса са 340 полазника); чија се обимна и успешна делатност своди на
- *поливалелнтну функцију:*
  - *глобалног еко–инфо–сервисера*
    (1977/1990. = преко 110. 000 решених информативних упита;
  - *катализатора информација о животној средини*
    (1977/1990. INFORMTERRA је концентрисала у својој банци података преко 2, 5 млн. публикација);
  - *подизања еколошке свести,*
  - *еко–културе*
  - *еко–морала, тј.*
  - *димензионирање еколошког освешћивања људи,*
    (1977/1990. је реализовано 43 националних INFORMTERRA-семинара).

Садржина **преосталих информативно – планских мера** еколошке политике "одступа" од свог "матичног супракта" - првенствено у смислу њихове еколошке обојености*:*

(I) *еколошко картографирање*
систематизација актуелних (топографских, алт. специјалних) података везаних за "стање животне средине", односно њених компоненти у националним границама једне земље, тј. на простору конкретног континента или планети земљи, као и "карте уређења и за-

штите биоте у форми специјалних еко-карата које се, по правилу, обједињују у посебним еко-атласима;

(II) *израда (еколошких) катастара*
официјелних јавних докумената која "покривају" компоненте биоте на националном нивоу:

Компонента биоте – објект катастра	Назив	Основна намена (функција)
1	2	3
атмосфера	"катастар ваздуха"	организација (оптимализација) пољопривредне производње + објективизација услова рада, живота становништва
хидросфера	"катастар (површинских, алт. подземних) вода"	организација (оптимализација) пољопривредне производње + водоснабдевање
педосфера	"катастар земљишта"	организација (оптимализација) пољопривредне производње
литосфера	"катастар сировина" + "катастар енергије"	организација (оптимализација) екстрактивне индустрије и енергетике
зоосфера	"катастар стоке" (фауне)	организација (оптимализација) сточарства, ловства и риболовне привреде
фитосфера	"катастар биља" (флоре)	организација (оптимализација) ратарства, тј. биљне производње аграра

(III) *еко – инвентарисање*
попис, опис и опште вредновање националних фундуса фактора природне средине;

(IV) *територијално еко – билансирање*
квантитативно – квалитативних димензија еко-компоненти у односу на достигнути ниво њихове угрожености (тј. загађености, декомпонованости, деградираности или уништења);

(V) *математско еко - програмирање*
прогнозирање pro futuro као подлога за разуђени сплет

(VI) *привредно-планских захвата*
"класичан сплет":
- кратко-, средњо- и (нарочито) дугорочних планова, тј.
- опште-, алт. спец-еколошких планских аката ("надлежних" за развојно пројектовање уређења, заштите и унапређења животне средине) на
- националном (ређе локалном или регионалном) и наднационалном (EU/OECD или UNCED) нивоу; као и

(VII) *просторно-планских мера*
у смислу обавезног уграђивања "еко-елемената" у све делове стандардне мреже просторно – планских аката (од регулационих урбанистичких пројеката и планова, преко детаљних урбанистичких планова – ДУПа, до развојних докумената - типа "просторних планова посебне намене", "генералних урбанистичких планова" - ГУПа и "просторних планова").

Momčilo Đ. Vukićević, Ph. D., Full Professor
Law Faculty of Novi Sad

COMPLEMENTARY ELEMENTS OF THE LEGISLATIVE FRAMEWORK OF ECOLOGICAL POLICY

(The System of Ecological Standards *vis à vis* the Administrative Measures of Social Directing of the Environment)

Abstract

One of the fundamental segments of the corps of regulatory measures of contemporary organization, protection and advancement of the environment policy is the network of **administrative steps in harmonious combination with measures of social** (economic - and spatial planning) **directing** of diverse forms of raw materials, energy, and the use of other materials, meaning the total biota of human society relating to the work and life of Homo Sapiens.

Nevertheless, both individually, as well as a part of a web of organized social community action in the function of alleviating or solving the discord of the pulsating and development of the eco-system, moreover, the contemporary ecological crisis, **the mentioned steps represent a (merely) suitable supplement to ecological legislation.**

On one hand, it is with this that the **operationalization of the complex legislative-legal goals for the rules of behavior of man within the living environment**, is carried out.

(The basic function *web of ecological standards*).

On the other hand, there is a more precise regulation of the procedures regarding the use of natural resources (The task of *the network of administrative measures*).

Finally, it is under these that various forms of **synergies of population and biota** (*Planned directing of the pulsating of living environment, bio- and noosphere*) are placed under direct, lasting and practically complete efficient control.

Simply put, the system of ecological standards and, along with it, the administrative and measures of social directing of living environment are essential, but nevertheless, merely supplementary elements of the legislative framework of ecological policy in the modern "informational-ecological society of free times" at the beginning of the third millennium.

УДК
Изворни научни рад
Предато:15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.157-177

Др Душан Николић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ХАРМОНИЗАЦИЈА СТВАРНОГ ПРАВА НА ПРОСТОРУ ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ*

Сажетак: *Средином XX века интензивиран је процес уједначавања права у свету. Временом су почеле да се значајније смањују разлике и међу правним системима англоамеричког и европског континенталног типа. У Европској унији трага се за заједничким основама приватног права (common core of private law) а ради се и на припреми јединственог грађанског законика. У том контексту, разматра се могућност постепеног уједначавања стварног права. У крајњој линији, циљ је да се створи ново ius commune Europaeum.*

Наведени трендови у знатној мери утичу на развој приватног права у земљама југоисточне Европе. Тај утицај осим позитивних, производи и одређене негативне ефекте. Промене на овим просторима се одигравају сувише брзо и стихијски. Оне нису резултат дуготрајне еволуције права. У настојању да се што брже и што више приближе светским правним стандардима, земље југоисточне Европе све чешће преузимају регулативне концепте, па чак и конкретна нормативна решења из правних система развијенијих земаља. Страна регулатива у многим случајевима, одудара од темељних начела на којима почива домаће право. Драстичан пример такве дисхармоније представљају поједини институти који су преузети из правних система англоамеричког типа. Осим тога, често се занемарује чињеница да правни стандарди који су усвојени у развијеним земљама одговарају тамошњим приликама. Многи од њих су толико високо постављени да се у сиромашнијим земљама источне Европе тешко могу остварити. Прихватањем високих правних стандарда и преузимањем конкретних регу-

* Рад је заснован на истоименом реферату који је аутор изложио на Међународном симпозијуму о стварном праву одржаном у Будимпешти од 30. октобра до 03. новембра 2002. године, у организацији Канцеларије за правну реформу GTZ-а.

лативних решења из страних правних система, која су непримерена нивоу друштвеног развоја, повећан је несклад између нормативног и стварног. Услед тога слаби ефикасност правног система и расте правна несигурност грађана.

Приближавање светским и регионалним правним стандардима је неминовно. Међутим, оно мора бити добро осмишљено и поступно. Треба уважити чињеницу да постоје велике разлике између земаља Западне и Источе Европе и да у неким случајевима степен друштвеног развоја не дозвољава жељене иновације у домену права.

Разлике међу земљама југоисточне Европе много су мање. Посебно међу бившим републикама југословенске федерације. Оне имају сличну правну традицију и сличне правне системе. Осим тога, те државе су на готово истом нивоу друштвеног развоја. Међу њима постоје чврсте историјске везе и потреба за сарадњом на свим пољима, па и у домену права. Због тога би требало зауставити дивергентне процесе и очувати заједничко правно језгро. Субрегионална хармонизација приватног права скратила би и пут ка паневропској интеграцији.

Кључне речи: стварно право, англоамеричко право, европско континентално право, конвергенција правних система, хармонизација права, европско право, Европски грађански законик, Југоисточна Европа.

1. Тренд конвергенције правних система у свету

У свету се постепено смањују разлике између појединих врста и типова правних система. Тај тренд је последица општег напретка човечанства и интензивног раста међусобне повезаности савремених друштвених заједница. Укључивање у глобалну поделу рада, светску трговину, глобалне телекомуникационе мреже и сл. изискује да се национална права ускладе са регионалним и светским правним стандардима.

Процес уједначавања права је веома сложен. Он се не своди само на имплементацију сличних нормативних решења. Постепено се трансформишу читаве концепције правних система, мењају се извори права и основе правног резоновања. Последице таквих промена се осећају у многим сферама друштвеног живота. О томе сведочи зближавање *обичајних* (*Customary Law*) *и религијских правних система* (*Religious Law)* с једне стране, и *правних система државне регулативе* (*State*

Made Law)[1], с друге стране. У Кини, Јапану и неким другим азијским земљама нпр. још увек влада мишљење да свако треба да поступа у складу са обичајима и моралним начелима своје друштвене заједнице. Државна регулатива је по традиционалном учењу само нужно зло, недостојно часног човека.[2] Ипак, број правних норми донетих од стране државних органа непрестано расте. Државна регулатива се постепено шири на рачун локалног обичајног права и правни системи услед тога добијају другачија обележја. Истовремено, мења се правна свест грађана, осећају се промене на плану правне сигурности и сл. Сличан тренд може се уочити и у правним системима који су раније били готово искључиво засновани на верским правилима. (Изузетак, у том погледу представљају само поједине земље *Муслиманског правног круга* у којима се доследно примењују правила Ислама (*Islamic Law*)[3]). С друге стране, могу се уочити и значајне промене у правним системима државне регулативе. Евидентно је да у појединим областима јача тренд дерегулације. Наиме, показало се да је исцрпно регулисање једног дела материје приватног права у супротности са друштвеним интересима. Правна регулатива понекад заостаје за практичним потребама и почиње да успорава развој друштва. Због тога се уместо детаљног регулисања појединих питања утврђују само општи правни оквири, а учесници правних односа се упућују на примену обичајних правила која спонтано настају у пракси. Све у свему, очигледно је да долази до узајамног зближавања различитих врста правних система.

Осим тога, приметна је конвергенција два, на први поглед потпуно различита типа правних система државне регулативе. *Англоамеричко* и *европско континентално право* више не дели чврста демаркациона линија. У многим областима постоје додирне тачке које омогућују интеракцију и постепено зближавање. Традиционални концепти се мењају а са њима нестају и многа диференцијална обележја. Англоамеричко право је било препознатљиво по томе што је стварано од стране судова (*judge made law)* и то казуистички (*case law*), у форми прецедената (*concept of precedence*). Међутим, током последњих неколико деценија почео је да расте број закона и других општих аката (*statute law*). Пропорције су већ такве да се тешко може бранити теза о чисто судској природи англоамеричког права. С друге стране, у правним системима европског типа, у којима је одувек доминирала законска регулатива, расте значај судске праксе. Још крајем XIX и почетком XX века било је очигледно да закони и други општи акти заостају за практичним потребама и да

[1] Правни системи државне регулативе се углавном састоје од норми које су креирали државни органи. Спонтатно настала обичајна и верска правила заступљена су у малом броју и имају готово занемарљив значај. Због тога поједини аутори овакве правне системе називају *артифицијелним* (*Artificial Law*). В: Carleton Kemp Allen, *Law in the Making,* Oxford, 1964, стр. 1. etc.).

[2] "Конфуцијанци су тврдили да народом треба управљати помоћу *Li* (ритуали, обичаји и сл. – прим. Д.Н.) а не законом и кажњавањем..." (Fung Ju-Lan, *Историја кинеске филозофије*, Београд, 1992, стр. 190).

[3] "Сви грађански, кривични, финансијски, економски, административни, културни, војни, политички и други закони и прописи морају да буду засновани на исламским правилима. Ово начело ће се на општи начин примењивати у односу на сва начела Устава, као и осталих закона и прописа, а било какву одлуку у вези са овим доносиће религиозни познаваоци права, чланови Већа чувара." (*Устав Исламске Републике Иран*, начело 4.).

због тога судови морају имати шира овлашћења. Данас се у земљама континенталне Европе на директан или индиректан начин омогућује судијама да у појединим случајевима стварају правна правила.[4] Наведени примери показују да се смањују концептуалне разлике међу правним системима англоамеричког и европског типа. Истовремено, расте и број подударних правних института. Сличне практичне потребе, довеле су до сличних нормативних решења. Уз то треба рећи да се правни системи различитих типова нису развијали изоловано. Међу њима већ дуже време постоји значајна интеракција. У почетку је утицај био једностран. У правне системе англоамеричког типа продрли су поједини принципи европског права као што су начело реституције,[5] опште правило о одговорности за непажњу у деликтном праву, правило да се одговара само за предвидиву уговорну штету и сл.[6] Међутим, у последње време има и супротних примера. Неки институти из англоамеричког права, попут пунитивне накнаде штете (*punitive damages, exemplary damages*), уграђени су у правне системе појединих европских земаља.

У новије време нарочито интересовање у стручној јавности побуђују правни системи са мешовитим обележјима (*mixed legal systems*) који су развијени у Шкотској, Квебеку, Луизијани, Јужној Африци и неким другим земљама.[7] Они показују да је могућа коегзистенција па чак и даљња конвергенција англоамеричког и европског континенталног концепта. Та чињеница, дугорочно посматрано, може бити посебно значајна за земље Европске уније.

2. Хармонизација приватног права у Европској унији

2.1. Европска правна традиција

У Европи је некада постојало заједничко, опште право - *ius commune*[8] које је проистекло из римског правног наслеђа. Његово уобличавање започето је у XII веку у Болоњи, у окриљу школе глосатора на чијем челу је био познати правник и филолог Ирнерије. Глосатори су развили посебан начин проучавања и подучавања

[4] Први корак у том правцу учињен је доношењем Швајцарског Грађанског законика (*Code civil suisse)* 1907 године: "У недостатку законске одредбе, судија ће одлучити према обичајном праву, а у недостатку обичајног права, према правилима која би он поставио, када би био законодавац. При том, он се инспирише доктрином и судском праксом." (Чл. 1, ст. 2. и 3.).

[5] Опширније о овом принципу: Душан Николић, *Начело реституције у савременом грађанском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3/1998-1999, стр. 67-79.

[6] В: Wiliam Tetley, *Mixed jurisdictions:common law vs civil law (codified and uncodified),* стр. 21. etc. (http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html*).*

[7] Мешовит тип права постојао је и у Војводини између два светска рата. Опширније о томе и о врстама правних система: Душан Николић, Увод у систем грађанског права, Нови Сад, 2001 (треће издање), стр. 16. и др.

[8] Опширније: Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, у књизи: *Towards a European Civil Code*, Nijmegen – The Hague – London – Boston, стр. 21. и др; Владимир В. Водинелић, *Грађанско право* (*уводне теме*), Београд, 1991, стр. 18. и др.

римског права (*mos docendi italicus*, *италијански метод*) који се састојао у читању, језичком појашњавању и коментарисању *Јустинијанових Дигеста*. Међутим, на ренесансу римског права нису утицале само школе у италијанским градовима. Познато је да су на исти начин римско правно наслеђе проучавали и подучавали *Плацентин* (*Placentinus*) у Монпељеу и *Вакарије* (*Vaccarius*) у Оксфорду. Потоњи податак је посебно значајан јер потврђује чињеницу да простор данашње Енглеске у то време није представљао никакав изузетак. И у том делу Европе започет је процес оживљавања римског права. Међутим, он није трајао дуго. Године 1236. донет је тзв. *Мертонски статут* којим је забрањена примена римских регула.[9] Од тада је у Енглеској почео да се развија посебан тип права.[10] На простору континенталне Европе, пак, римско право је све више попримало карактер супсидијерног извора. Наиме, уколико неко питање није било уређено обичајима и домаћим прописима, примењиване су одредбе Јустинијанове Кодификације и чувена *Glossa ordinaria.* Временом је римско правно наслеђе прерасло у нешто што би се могло назвати *заједничким правом континенталне Европе*.

Међутим, примена римског права није била потпуна и једнообразна. У XVII веку настао је један нови правац са наглашеним практичним усмерењем, који је касније назван *Модерна примена Паднекта* (*Usus modernus Pandectarum*). Његови припадници се нису као глосатори држали глоса, нити су доследно следили римске текстове попут тзв. *Елегантне јуриспруденције,* већ су настојали да старо римско наслеђе учине актуелним и функционалним. Одредбе Јустинијанове Кодификације су примењиване као важеће право, али не у изворном облику. Пандектна правила су у то време често и опсежно модификована да би у што већој мери била усклађена са живим домаћим правом и са потребама правне праксе. Тај тренд је ослабио утицај римског правног наслеђа и отворио пут ка уобличавању партикуларних европских националних законодавстава. У XIX веку донето је неколико грађанских законика који су се међусобно разликовали по систематици и конкретним нормативним решењима. Неки од њих су превазишли националне оквире поставши узор законодавцима других земаља. Тако је у Европи временом формирано неколико правних кругова. У литератури се говори о *романском*, *германском* и *скандинавском* или *нордијском* праву. Једна дубља анализа би свакако указала и на постојање четвртог, *словенског правног круга*.

Summa summarum, евидентно је да право европских земаља има заједничку прошлост дугу неколико векова. Међутим, оно је данас неуједначено, а у неким сегментима чак потпуно различито.

---

[9] Поједини аутори сматрају да је на доношење такве одлуке пресудно утицала бојазан властеле да би Јустинијанова кодификација могла да послужи као нормативна подлога за успостављање апсолутне власти.

[10] Интересантно је да *common law* концепт није настао на енглеском тлу, већ да га је још 1066. године из Нормандије пренео Виљем Освајач.

2.2. Ка новом европском ius commune

Дисхармонија приватног права у Европи у основи почива на разликама које постоје између традиционалног енглеског (англоамеричког) и европског (континенталног) концепта али се у извесној мери може приписати и постојању различитих правних кругова на Континенту.

Право свих европских земаља је развијано на основама римског правног наслеђа. У континенталној Европи тај утицај је био интензивнији и трајнији. Његове трагове можемо наћи у многим правним институтима и конкретним нормативним решењима. По томе је право континенталне Европе у много тешњој вези са римским правним наслеђем него острвско право. С друге стране, енглески и уопште англоамерички концепт, по свом казуизму и утемељености на судским одлукама прецедентног карактера има више сличности са римским правом него онај који је развијан на простору континенталне Европе. Најраће речено: европско континентално право је ближе римском по садржини, а англоамеричко, по концепцији. Такав однос је логична последица различитих развојних праваца који датирају још од XIII века.

Развојни путеви европског и енглеског права су се у једном тренутку раздвојили али тиме нису прекинуте све везе између ова два дела Европе. Постоје сведочанства о њиховој повезаности, па чак и о извесној интеракцији која је трајала вековима. Познаваоци те проблематике тврде да "у стварности, Енглеска никада није била потпуно одсечена од континенталне правне културе."[11] То потврђују бројни институти са сличним или чак идентичним карактеристикама. Интересантно је запажање појединих аутора да у енглеском и француском праву постоје готово идентични грађанскоправни институти којих нема у другим земљама континенталне Европе, и да се зато с разлогом може говорити о *Англофранцуском конгломерату*, с једне стране, и о групацији коју чине правни системи Немачке, Грчке и Холандије, с друге стране.[12] Из тога проистичу два закључка. Прво, евидентно је да међу правним системима англоамеричког и европског континенталног типа има много више сличности него што на први поглед изгледа. Друго, показало се да постоје значајне разлике међу правним круговима у континенталној Европи.

У теорији је одавно било залагања за уједначавање права. Међутим, институционални оквири за то су створени тек када је у пракси заживела идеја паневропске интеграције. Од оснивања Савета Европе (*Council of Europe*) 1949. године, доносе се парламентарне резолуције, препоруке Комитета министара и међународне конвенције које подстичу *хармонизацију* и *унификацију* права држава чланица. Стварањем Европске уније (*European Union*), створени су још чвршћи институционални оквири за постепено уобличавање новог *ius commune Europaeum.*[13]

---

[11] Reinhard Zimmermann, *op. cit*., стр. 34.

[12] B. Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code,* у истоименој књизи, стр. 16.

[13] Опширније: Маја Станивуковић, *Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на начела европског уговорног права,* у књизи: *Начела европског уговорног права и југословенско право* (ред: Радован Вукадиновић), Крагујевац, 2001, стр. 68. и др.

2.2.1. Резолуције Европског Парламента

Европски Парламент је 1989. године донео Резолуцију о раду на уједначавању приватног права држава чланица[14] којом је затражио да се најпре обаве припремни радови за израду концепта заједничког европског законика у тој области. Међутим, комисија није започела рад ни након више година. С тога је Парламент 1994. године донео нови акт: Резолуцију о хармонизацији одређених сектора приватног права чланица,[15]са конкретнијим, и нешто скромнијим задатком. Наиме, од радне групе је затражено да размотри могућност израде концепта заједничког европског законика којим би били обухваћени само поједини сегменти приватног права. Осим тога, комисија експерата је добила задужење да предложи приоритете за парцијалну кодификацију у кратком року и много ширу хармонизацију у дужем року.[16]

2.2.2. Пројект Европског грађанског законика

На кодификацији европског права ради Студијска група за Европски грађански законик (*Study group on a European civil code)* под руководством професора Кристијана фон Бара (*Christian fon Bar*). У оквиру ње формирани су посебни тимови за поједине области. Тако се нпр. Холандска радна група бави продајом и услугама, Оснабришка група одштетним правом и неоснованим обогаћењем, радна група у Нансију - уговорима о финансијском пословању, и сл. У овом контексту значајно је истаћи да постоји посебна група експерата која ради на уједначавању појединих правила о покретним стварима (Салзбуршка група).[17]

2.2.2.1. Уједначавање стварног права у земљама Европске уније

На основу опсежних анализа утврђено је да међу правним системима земаља чланица Европске уније постоје веома велике разлике у домену стварног права. С друге стране, практичне потребе налажу да оне буду отклоњене или барем ублажене. Тај циљ се може постићи на више начина, па и јединственим регулисањем стварно-правне материје у оквиру Европског грађанског законика. Разматрајући ту проблематику на ширем плану, поједини систем-аналитичари истичу да није препоручљиво да се тај сегмент имовинског права изоловано регулише. Наиме, про-

[14] Official Journal of the European Communities, No. C 158, 28.6. 1989, p. 400.
Prema: http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL- Resolution.html.

[15] *Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States* од 6. маја 1994. Prema: http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL- Resolution.html.

[16] У међувремену, остварени су значајни резултати на плану хармонизације уговорног права. Посебна комисија за европско уговорно право (Commision on european contract law) на чијем челу је био професор Ole Lando (па отуда: Lando комисија, Lando Commision) формулисала је основна начела: Principles of European Contract Law. Godine 1995. презентована је прва верзија првог дела, 1998. објављена је комплетна верзија првог и другог дела и, 2002. године објављен је трећи део са додатним поглављима.

[17] B: Study group on a European civil code (http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL.html).

цењује се да су правила стварног права до те мере повезана са облигационим да би свако сепаратно уједначавање могло бити проблематично.[18]

Што се саме стварноправне материје тиче, постоји мишљење да нека питања треба на јединствен начин уредити закоником, а да друга треба постепено уједначавати кроз судску праксу, због особености ангалоамеричког и традиционалног европског концепта, као и због разлика које постоје међу правним круговима у континенталној Европи.

Већ дуже време разматра се концепт *eurohipoteke* (*Eurohypoteque*) који треба да омогући ефикасније и сугурније кредитне трансакције међу правним субјектима из различитих земаља.[19]

Анализе показују да је могуће развити јединствена правила за фидуцију (*fiducie*) и за траст (*trust*) који је њен еквивалент у common law sistemu.[20]

Summa summarum, очигледно је да постоје области које могу бити предмет јединственог регулисања. На основу тога, многи правни теоретичари закључују да пројект европског грађанског законика има перспективу.[21]

2.2.3. Тренто пројект

Међутим, нису сви сагласни да је јединствени законик неопходан. Неки чак тврде да је такав начин уједначавања права непожељан и делом неостварив.

На Правном факултету универзитета у Тренту једна група истраживача под руководством Уга Матеиа (Ugo Mattei) и Маура Бусанија (Mauro Bussani) трага за заједничким основама (језгром) европског приватног права, у домену уговорног, одштетног и стварног права. Ово истраживање које је познато под називом *The Trento Project on the Common Core of Private Law in Europe* има два циља. Први је да се сачини правна мапа Европе, која би указала на сличности и разлике које постоје међу правним системима појединих земаља. Дугорочни циљ је да се кроз образовну делатност створи отворен европски правни простор који би омогућио постепену и уравнотежену конвергенцију различитих правних концепата.[22]

---

[18] В: Urlich Drobing, *Transfer of Property*, у књизи: *Towards a European Civil Code*..., стр. 495. и др.

[19] Опширније о томе: Hans Wehrens, *Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage*, у књизи: *Towards a European Civil Code*..., стр. 551. и др.

[20] Michel Grimaldi – François Barrière, *Trust and Fiduciae, у књизи*: *Towards a European Civil Code…,* стр. 567.

[21] Упор. са: *Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung*, (Зборник реферата са научног скупа одржаног у Берну 1997; редактори: Karel V. Maly и Pio Caroni), Praha, 1998.; *L'européanisation du droit privé* (*Vers un Code civil européen*?), (Зборник реферата; редактор: Franz Wero), Fribourg, 1998.

[22] В: *The Common Core of European Private Law* (http//:www.jus.unitn.it/dsg/common-core/).

3. Стварно право у југоисточној Европи

3.1. Заједничке основе

Стварно право је слично у већини земаља југоисточне Европе**.** Засновано је на римском правном наслеђу, припада европском типу правних система и по многим карактеристикама гравитира германском правном кругу. Осим тога и новија историја стварног права у земљама источне Европе има много сличности. То посебно важи за бивше чланице југословенске федерације. Њихово право је проистекло из исте правне традиције, па чак и из истих савезних прописа.

3.3.1.1. Заједничке историјске основе стварног права у бившим републикама југословенске федерације

3.3.1.1.1. Период између два светска рата (прва Југославија)

У време настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, 1918. године, постојао је изразити партикуларизам у готово свим областима права. У складу са начелом правног континуитета свуда је примењивана затечена регулатива. На територији Србије (и данашње Македоније), примењиван је Грађански законик из 1844. године; у Црној Гори је важио Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године; у Словенији и Далмацији примењиван је Аустријски грађански законик са тзв. ратним новелама из 1914, 1915. и 1916; у Хрватској (без Далмације) и Славонији у примени је био неновелирани Аустријски грађански законик (*Општи грађански законик*), у Босни и Херцеговини је у области облигационог и стварног права примењиван Аустријски грађански законик, док су у домену породичног и наследног права за хришћане важили црквени канони и обичајна правила а за муслимане – шеријатско право; на подручју Међумурја, Прекомурја и Војводине (без Срема, а са делом Барање) важило је угарско обичајно и прецедентно право (изузетно, на подручју Окружног суда у Панчеву и среских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу, на простору некадашње Војне Крајине (границе), као *ius particulare* примењиван је Аустријски грађански законик.).

У Војводини је угарско правно наслеђе непрестано мењано. Непосредно након уједињења, стављени су ван снаге угарски прописи који су били противни интересима нове државе. Остатак наслеђене правне регулативе повремено је употпуњаван, мењан или потискиван законима и подзаконским актима Краљевине СХС (Југославије).[23] Тако је у Војводини настајао особен систем приватног права који се

[23] В. нпр. *Уредбу о ликвидацији ратног стања*, од 9. VII 1920. (Службене новине, 148/1920); *Закон о привременој измени појединих правила о поступању у неспорним делима и законика о судском поступку у грађанским парницама* на територији Апелационог суда у Новом Саду, од 23. VI 1922. (Службене новине, 294/1922).

разликовао од угарског правног наслеђа али и од права које је важило у другим деловима Краљевине. Због тих специфичности, 1920. године у Новом Саду је формирано посебно одељење Касационог суда (одељење Б), са веома широким овлашћењима. Оно је попут некадашње Краљевске Курије у Будимпешти, доносило одлуке прецедентног карактера. Захваљујући специфичној улози Касационог суда у Новом Саду, временом је уобличен аутохтони *систем војвођанског приватног права.*[24] Он је ажурно пратио промене у друштву и у релативно високом степену задовољавао потребе правне праксе.[25] Међутим сама примена војвођанског приватног права била је прилично сложена. Изискивала је добро познавање бројних одлука које нису биле службено кодификоване. Неке од њих је пре више деценија донела угарска Краљевска Курија, па их је утолико било теже наћи. Осим тога, те одлуке су биле донете у битно другачијим историјским околностима, за други простор и за друго време...

Због свега тога, међу правницима није било спорно да у Краљевини без одлагања треба кодификовати и унификовати право.

Припреме за кодификацију и унификацију отпочеле су непосредно након уједињења. О озбиљности намере да се у што краћем року превазиђе проблем правног партикуларизма сведочи и чињеница да је формирано посебно министарство за изједначавање закона.[26] При Министарству правосуђа је 1919. године образован Стални законодавни савет који је био задужен за координацију рада министарстава и Законодавног одбора Народне скупштине.[27] Видовданским Уставом из 1921. године уведен је скраћени поступак за разматрање и усвајање предлога закона који су имали за циљ уједначавање правне регулативе.[28] Таква процедура је била предвиђена за период од пет година од ступања Устава на снагу. То значи да је планирано да се у петогодишњем периоду изврши кодификација и унификација целокупног права.

У почетку је предност давана прописима из домена јавног права. Они су били неопходни за нормално функционисање новостворене државе и било је разумљиво да им треба дати приоритет у односу на прописе у области грађанског права. Уз то, као што је записано у предговору једне књиге из тог доба, "наравно је, да законе и наредбе те судску праксу приватноправне нарави, која вреди на овом правном подручју није могуће од данас до сутра променити те са другим законима надоместити, него је у интересу правног континуитета и правне сигурности потребно дуље

[24] В: Aleksander F. Jesensky – Паја J. Протић, *Приватно право у Војводини,* Сомбор, 1922; Звонимир Пишкулић – Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини,* Београд, 1924; Глиша Богданфи – Никола Николић, *Опште приватно право које важи у Војводини*, Панчево, 1925.

[25] В: Душан Николић, *Приватно право у Војводини и Српски грађански законик између два светска рата,* реферат на научном скупу *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 – 1994),* објављен у истоименом зборнику, Ниш, 1995, стр. 45. и др.

[26] То министарство је укинуто тек 1938. године.

[27] Стални законодавни савет је укинут 1929. године, када је уместо њега формиран Врховни законодавни савет. В: Закон о Врховном законодавном савету и комисијама стручњака при Министарству правде (Службене новине бр. 23/1929).

[28] В: чл. 133. Устава

време, док се јавно мњење приљуби правном животу другог мишљења, да се начела истог променити могу"[29]

Истовремено са доношењем казнених и других јавноправних прописа, радило се на кодификацији и унификацији грађанског права. У оквиру Сталног законодавног савета при Министарству правосуђа, формиран је посебан приватноправни одсек који је био задужен за израду нацрта новог, јединственог грађанског законика. Тим стручњака који је радио на овом пројекту од самог почетка је био суочен са мноштвом проблема правне и политичке природе. Посебну тешкоћу су представљале разлике у правној развијености појединих правних подручја. Због те неуједначености, законописци су за полазиште узели Аустријски грађански законик из 1811. године. Наиме сматрало се да је тај кодекс много ближи просеку права које је важило у Краљевини, него швајцарско грађанско законодавство или нпр. Немачки грађански законик из 1896. Осим тога, није занемарена ни чињеница да су многа нормативна решења Аустријског грађанског законика примењивана у већини правних подручја пре уједињења и стварања Краљевине СХС. (СГЗ из 1844. године је био компилација АГЗ; осим тога, аустријско право је било у непосредној примени на простору данашње Словеније, дела Хрватске, Босне и Херцеговине, као и у једном делу Војводине).

Преднацрт новог законика, који се у стручној литератури помиње као *Предоснова,* завршен је и стављен на увид јавности тек 1934. године. Упркос темељном и дуготрајном раду експертског тима, уследиле су бројне критике.[30] Започете су расправе о конкретним нормативним решењима, али и о разложности одлуке да се за полазиште узме Аустријски грађански законик. Због тих спорова али и због политичких промена које су уследиле након крупних историјских догађаја, било је евидентно да Предоснова неће бити прихваћена.

Имајући све то у виду, једна група млађих професора београдског Правног факултета заложила се за израду новог, оригиналног грађанског законика примереног културном наслеђу, актуелним друштвеним приликама и реалним развојним могућностима.[31] Међутим, тај план није остварен због почетка ратних дејстава на простору Краљевине Југославије.

3.3.1.1.2. Послератни период (друга Југославија)

По окончању Другог светског рата, у Демократској Федеративној Југославији отпочела је изградња новог правног система. Вишедеценијске припреме за јединствено и свеобухватно регулисање грађанског права тада су изгубиле практичан значај. Фебруара 1945. године Председништво Антифашистичког већа

[29] Aleksandar Jesensky – Паја Протић, *op. cit*., стр. 1.

[30] В: Bertold Eisner – Младен Пливерић, *Мишљења о предоснови Грађанског законика за Краљевину* Југославију, Загреб, 1937; Живојин М. Перић, *Образложење параграфа 1-319. Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију, издање Министарства правде, Београд, 1939;* Божидар С. Марковић, *Реформа нашега грађанског законодавства,* Београд, 1939, стр. 40. и др.

[31] Опширније: Душан Николић, *О једном нереализованом законодавном пројекту,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXIV-XXXV, 1-3 (2000-2001), Нови Сад, 2002, стр. 87-94.

народног ослобођења Југославије (АВНОЈ) донело је *Одлуку о укидању и неважности свих правних прописа донетих од стране окупатора и њихових помагача за време окупације; о важности одлука које су за то време донете; о укидању правних прописа који су били на снази у часу непријатељске окупације*.[32] Тај акт је октобра 1946. године преточен у *Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације.*[33] Тиме су, по мишљењу многих теоретичара, дефинитивно отклоњене све дилеме у погледу прекида континуитета између правног система Краљевине Југославије и права нове државе.[34] Предратни прописи су изгубили правну снагу. Међутим, раскид са старим поретком је био много наглашенији у јавноправном домену но у области грађанског права. Као што је показала постреволуционарна пракса појединих земаља, постоје грађанскоправна правила трајне вредности без којих је отежано или чак и немогуће нормално функционисање друштвене заједнице, и то независно од њеног економског и политичког уређења. С тога су се редактори Закона о неважности правних прописа одлучили за компромисно решење. Прописи Краљевине Југославије су изгубили правну снагу, али су правна правила садржана у њима, под одређеним условима, налазила примену и у новом правном амбијенту. Наиме законом је прописано да Президијум Народне скупштине ФНРЈ и президијуми републичких скупштина (у оквиру своје надлежности) могу одредити да се поједина правила примењују, уз потребне измене и допуне.[35] Осим тога, прописано је да се и правна правила која нису проглашена обавезним од стране органа законодавне власти могу примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, уколико нису у супротности са уставом, законима, осталим важећим прописима и начелима уставног поретка нове државе.[36]

Материја стварног права је у послератном периоду поступно и парцијално регулисана. Најпре су уређена питања која су имала класни карактер. Године 1946. донет је *Закон о национализацији приватних привредних предузећа*; 1953 - *Закон о пољопривредном земљишном фонду друштвене својине и додељивању земље пољопривредним организацијама*; 1954 – *Закон о промету земљишта и зграда*; 1957 - *Закон о експропријацији*; 1958 - *Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта*; 1959 - *Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта*; *Закон о пословним зградама и просторијама и Закон о својини на деловима зграда.*

Истовремено, отпочеле су интензивније припреме за доношење јединственог грађанског законика. На иницијативу учесника Првог конгреса правника Југославије (који је одржан 1954. године у Београду), убрзана је *парцијална кодификација грађанског права.* Већ наредне, 1955. године, донет је Закон о наслеђивању који је уз незнатне измене могао да буде инкорпорисан у будући законик.

[32] Одлука је објављена у Сл. листу ДФЈ бр. 4/1945.

[33] Закон је објављен у Сл. листу ФНРЈ бр. 86/1946.

[34] В. Никола Срзентић, *Поводом Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације,* Архив за правне и друштвене науке, 7-12/1946, стр. 214.

[35] В: чл. 3. Закона

[36] В. чл. 4. Закона

Израда преднацрта закона о облигацијама је 1960. године поверена др Михаилу Константиновићу, професору Правног факултета у Београду. Аутор је окончао рад на пројекту 1969. године објављивањем "*Скице за законик о облигацијама и уговорима*", која је све до доношења Закона о облигационим односима 1978. године била водиља наше судске праксе. Посебна комисија је 1964. године *израдила Предоснову за нацрт Закона о правима на ствари* која, међутим, никада није прерасла у закон.

Крајем шездесетих година приведен је крају и рад на општем делу грађанског законика. Преостало је још само да се важећа регулатива и припремљени пројекти међусобно ускладе и обједине. Међутим, убрзо су уследиле значајне уставне промене а са њима и нова прерасподела нормативне надлежности између Федерације и република, која је онемогућила доношење јединственог грађанског законика. Наиме, амандманом XXX на Устав СФРЈ из 1963, изгласаним 1971. године, предвиђено је да Федерација у области грађанског права "уређује уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга; уређује основне својинско-правне и друге основне правне односе којима се обезбеђује јединство тржишта; уређује основне имовинско-правне односе у области поморства, унутрашње пловидбе и ваздушног саобраћаја; уређује ауторско право".[37] Регулисање осталих питања поверено је републикама. Таква прерасподела нормативне надлежности потврђена је Уставом СФРЈ из 1974. године.[38]

Пошто више није постојала уставна основа за доношење јединственог законика, преостало је једино да се посебним законима уреде поједини сегменти грађанског права. С обзиром на претходне, вишегодишње припреме, требало је да тај задатак буде обављен без већих напора. Међутим, раније припремљене пројекте је требало ускладити са новом поделом нормативне надлежности. Највише одступања је било у области стварног права. Зато је тек 1978. године припремљен *Предлог за доношење Закона о основним својинско-правним односима, са нацртом Закона*. Потом су уследиле стручне расправе и модификације предложеног текста.

Предлог Закона поднет је 30. октобра 1979. године. Тиме је покренута редовна скупштинска процедура за његово усвајање. *Закон о основним својинско-правним односима* усвојен је на седници Савезног већа Скупштине СФРЈ која је одржана 30. јануара 1980.[39] Због значаја материје тзв. период чекања закона (*vacatio legis*) био је релативно дуг. Закон је ступио на снагу 1. септембра 1980. године.

Закон о основним својинско-правним односима је обухватао основна начела и норме којима су уређени: право својине (носиоци, предмет права, стицање, заштита, престанак), стварне службености, хипотека, државина, права страних физичких и правних лица, и меродавно право у случају сукоба републичких, односно покрајинских закона (колизионе норме). Остала питања из домена стварног права требало је уредити републичким прописима.

[37] Амандман XXX, ст. 2, т. 3 (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/1971).

[38] В: чл. 281, ст. 1, т. 4. Устава (Сл. лист СФРЈ, бр. 9/1974).

[39] Закон о основним својинско-правним односима објављен је у Сл. листу СФРЈ бр. 6/1980. од 18. фебруара 1980. године.

У Србији је 1978. године израђена радна верзија *Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима*.[40] Након стручних расправа закључено је да Законом треба обухватити и стварна права на покретним стварима.[41] Радна верзија је убрзо употпуњена. Текст је након тога више пута мењан. Према последњој верзији из 1989. године требало је да Закон има следећу систематику: 1. Основне одредбе, 2. Границе права својине: а) на пољопривредном земљишту; б) на стамбеним зградама; становима као посебним деловима зграде; пословним зградама и пословним просторијама; ц) примена одредаба о границама права својине; д) непокретност стечена преко границе права својине; 3. Право својине: а) стицање права својине; б) простирање права својине; ц) заштита права својине; д) престанак права својине; е) налаз ствари и ф) налаз скривеног блага; 4. Право сусвојине: а) начин коришћења и управљања стварју; б) деоба ствари; 5. Право заједничке својине; 6. Права на посебним деловима зграде; 7. Суседска права; 8. Право службености: а) стварне службености; б) личне службености; 9. Заложно право на непокретностима; 10. Право пречe куповине: а) право првенства; б) право прекупа; 11. Државина; 12. Прелазне и завршне одредбе. Нацрт никада није прерастао у Закон али се његов утицај дуго осећао у судској пракси, нарочито у централној Србији.

Ни остале републике чланице нису донеле своје прописе у области стварног права. Бројне законске празнине попуњаване су екстензивним тумачењем одредаба Закона о основним-својинскоправним односима и применом правних правила из прописа Краљевине Југославије на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.[42]

Закон о основним својинско-правним односима новелиран је 1990. године.[43] Измене и допуне биле су у непосредној вези са променама политичког и привредног система земље.[44] У складу са начелним опредељењем да се изједначе сви својински облици, измењене су законске одредбе којима је фаворизована друштвена својина. Истовремено, укинута су и поједина ограничења права својине. Знатан број измена и допуна односио се на стварна права страних физичких и правних лица. Међутим, Закон је и даље регулисао исту материју, а то значи да су остале исте законске празнине. Оне и данас представљају баласт за бржи развој правне

[40] Текст је објављен у часопису Анали Правног факултета у Београду (бр. 3-4/1978, стр. 231-299).

[41] В: Обрен Станковић, *О досадашњем раду на кодификацији стварног права и карактеристикама нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима,* Анали Правног факултета у Београду, 3-4/1978, стр. 225-229.

[42] За примену тзв. Старих правних правила заложили су се и највиши судови тадашње Југославије: "Неоспорно је да је овај закон (Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације – *прим. Д. Н.*) и данас на снази и да ће се у пракси примењивати све до потпуне изградње правног система, с тим што се његов домашај стално сужава доношењем нових закона којима се уређују поједине области друштвених односа." (Из образложења начелног става са XXIII заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 14. и 15. децембра 1983. године).

[43] В: Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима (Сл. лист СФРЈ бр. 36/1990, од 29. јуна 1990).

[44] В: Амандмане IX – XLXII на Устав СФРЈ (Сл. лист СФРЈ бр. 70/1988).

регулативе и правне праксе у области стварног права, у бившим чланицама југословенске федерације.[45]

[45] У Савезној Републици Југославији Закон о основним својинско-правним односима подвргнут је темељној ревизији 1996. године. (В: Закон о изменама и допунама закона о основним својинско-правним односима, Сл. лист СРЈ бр. 29/1996. од 26. јуна 1996). Измене и допуне су биле бројније и обухватније од претходних. Најпре, измењен је назив Закона. Он је усаглашен са одредбом новог Устава СРЈ којом је прописано да савезна држава, преко својих органа, доноси и извршава савезне законе у области *основа својинско-правних односа* (а не: *основних својинско-правних односа*, као што је било предвиђено Уставом СФРЈ из 1974. године). У том смислу, сада имамо *Закон о основама својинско-правних односа*.

Из закона су одстрањени изрази и одредбе са идеолошким предзнаком (морал социјалистичког самоуправног друштва и сл.). Грађани, удружења грађана и грађанска правна лица се у новелама поједностављено називају физичким и правним лицима. Тиме је наглашена једнакост свих субјеката у погледу стицања, вршења и заштите својине. Процес изједначавања свих својинских облика је настављен. Укинута је забрана стицања права својине и стварних службености одржајем на стварима у друштвеној својини. Прецизније су регулисани односи етажних власника. Прописано је да право својине на посебном делу зграде може постојати на стану, пословној просторији или гаражи, односно гаражном месту, и да на заједничким деловима зграде и уређајима у згради постоји право заједничке недељиве својине. (Опширније: Душан Николић, *Чији су заједнички делови зграда?* Правни живот 10/2001, стр. 27-32.). Прописано је да физичка и правна лица могу имати право својине и на појединим добрима у општој употреби и на градском грађевинском земљишту, као и на шумама и шумском земљишту, у границама утврђеним законом. Измењени су и услови под којима страна физичка и правна лица могу стицати право својине и друга стварна права на покретним стварима и непокретностима у Југославији. У погледу прибављања покретних ствари, странци су изједначени са домаћим грађанима. (Опширније: Маја Станивуковић, *Својина и друга стварна права странаца на некретнинама у Југославији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3/1996, стр. 223-235.). Дугорочни закуп је потпуније регулисан. Прописано је да странци могу закупити непокретност на период од 5 до 30 година, уз могућност продужења уговора.

Поред промене назива и бројних новела, Закон у основи обухвата исту материју - ону која је по уставу била и остала у нормативној надлежности савезне државе. Републике чланице још нису донеле прописе из своје надлежности. Отуда у области стварног права и даље постоје значајне празнине. У правној теорији је шире заступљено мишљење да се оне у у већини случајева могу попунити применом правних правила садржаних у прописима бивше Краљевине Југославије. Судија се може ослонити на овај извор ако утврди: а) да у важећем законодавству постоји празнина, б) да у одређеном пропису који је важио на територији Краљевине Југославије постоји правило које обухвата нерегулисан однос, в) да оно није у супротности са уставом, начелима уставног поретка, законом и другим важећим прописима и г) да је још увек актуелно и примерено начелима савременог грађанског права. У интересу правне сигурности и даље треба сматрати да је суд дужан да примени одговарајуће правило садржано у прописима Краљевине Југославије. При том се има у виду следеће: а) применити се могу сва релевантна правила, независно од тога да ли су садржана у законицима, законима или подзаконским општим актима Краљевине Југославије, б) судови се не могу позивати на правила која су важила у систему војвођанског прецедентног права, в) правна правила се примењују по начелу нетериторијалности (нпр. суд у Београду се може позвати на правила из Општег имовинског законика за Црну Гору ако процени да су она примеренија практичним потребама од оних која су садржана у СГЗ-у). (Упоредити: Михаило Константиновић, "*Стара правна правила" и "јединство права,*" Анали Правног факултета у Београду, октобар – децембар 1957; *Зборник грађанских законика старе Југославије,* (предговор: Михајло Ступар), Титоград, 1960, стр. XIV); Душан Николић, *О примени правних правила садржаних у предратним прописима*, у зборнику реферата са научног скупа: *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде,* Нови Сад, 1998, стр. 289. и др., г) прописи Краљевине Југославије су посредан извор; правила садржана у њима сама по себи нису правно обавезујућа; она стичу правну обавезност посредством Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације; зато се суд у одлуци мора позвати на: 1) одредбу старог прописа у ком је правило садржано и 2) на чл. 4. Закона о неважности правних прописа, који омогућује његову примену.

3.2.2. Подударност нормативних решења

Стварно право у бившим републикама југословенске федерације почива на истим основама.[46] Отуда је разумљиво да још увек постоји висок степен подударности правне регулативе и судске праксе. Чак су и актуелни доктринарни ставови по много чему слични. Разлике постоје и дивергентни процеси јачају, али су традиционални концепти остали очувани у многим сегментима стварног права.

3.2. Подударан правац развоја

Право источноевропских земаља се развија у истом правцу. Опште је опредељење да се национална законодавства у што већој мери приближе нормативним стандардима који важе у правним системима заснованим на демократији, тржишној привреди и приватном власништву. Такав развојни пут зацртан је, директно или индиректно, у уставима свих земаља.[47] Он у крајњој линији води ка (јединственом) европском грађанском праву.

3.3. Суочавање са сличним развојним проблемима

Промене које се одигравају у правним системима источноевропских земаља (нарочито оних које су настале након распада СФРЈ), нису резултат дуготрајне еволуције. Оне се одигравају сувише брзо, стихијски, изазивајући читав низ нежељених ефеката. У овом контексту поменућемо само неке од проблема које доносе револуционарне и недовољно осмишљење промене појединих сегмената грађанског права.

[46] В: нпр. Закон о основама власничких односа Босне и Херцеговине, (Сл. лист БиХ, 37/1995); *Темељни закони из области грађанског права* (приредили: Славица Крнета, Един Муминовић, Абедин Бикић), Сарајево, 1997, стр. 215. и др.

[47] Устави Савезне Републике Југославије, Републике Србије и Републике Црне Горе усаглашени су са међународним документима којима су прокламована основна стварна права. Међу њима нема значајнијих разлика. У Општој декларацији о правима човека од 10. децембра 1948. пише да "свако има право да поседује имовину, сам као и у заједници са другима" (чл. 17, ст.1.). По Уставу СРЈ "јамчи се право својине и наслеђивања, у складу са уставом и законом" (чл. 51). То је у скраћеном облику поновљено и у одељку о економском уређењу земље. У чл. 69, ст. 2. пише: "јамчи се својина". Исто право загарантовано је и у уставима република чланица. По Уставу Србије: "јамчи се право својине, у складу са Уставом, и слобода предузетништва" (чл. 34.); "јамче се друштвена, државна, приватна и задружна својина и други облици својине. Сви облици својине имају једнаку правну заштиту" (чл. 56, ст. 1. и 2.); "грађанину се јамчи својина на пољопривредно земљиште и на друге непокретне и покретне ствари, а на шуме и шумско земљиште у законом утврђеним границама" (чл. 61). Уставом Републике Црне Горе, такође, "јамчи се право својине".

3.3.1. Нарушавање унутрашњег склада правног система

У настојању да се што више приближе светским правним стандардима, земље источне Европе све чешће преузимају регулативне концепте, па чак и конкретна нормативна решења која су усвојена у развијеним земаљама. Међутим, парцијална рецепција, често нарушава склад правног система. Страна нормативна решења, у многим случајевима, одударају од темељних начела на којима почива домаће право. Драстичан пример такве дисхармоније представљају институти који су преузети из правних система англоамеричког типа.[48]

3.3.2. Прихватање објективно неостваривих правних стандарда

Често се занемарује чињеница да норма може бити сврсисходна само ако одговара нивоу правне свести становништва и конкретним приликама у одређеном друштву. Чак и најбоље нормативно решење одређеног проблема које налазимо у страном законодавству, може бити неефикасно у нашем систему права. Другим речима, оно што што је добро за друге, не мора бити добро и за нас.

Правни стандарди који су усвојени у развијеним земљама одговарају тамошњим приликама. Многи од њих су толико високо постављени да се у сиромашнијим земљама источне Европе тешко могу остварити. Чак и више од тога. Неки од њих су објективно неоствариви.

О нескладу између правних стандарда који су усвојени у развијеним земаљама и материјалних могућности других земаља којима се ти стандарди намећу, упечатљиво говори Пресуда Европског суда за људска права у спору *Öneryldiz protiv Turske*. Наиме, именовани турски држављанин је са својом породицом живео у истамбулском сиротињском насељу *Hekimbasi Ümraniye* које се налазило у непосредној близини градске депоније. Године 1993. дошло је до експлозије метана насталог трулењем отпада. Том приликом, погинуло је девет чланова породице *Öneryldiz.* Након тога спроведена је истрага. Против градоначелника је покренут кривични поступак јер незаконито подигнуте уцерице нису биле благовремено уклоњене. Осим тога, оштећени је затражио и накнаду материјалне и нематеријалне штете. Турски суд је на име обештећења за уништена кућна добра досудио износ од 10.000.000. TRL (или 208. евра). Оштећени се на ову одлуку жалио Европском суду за људска права. Према мишљењу тог суда: "чињенице да је уцерица подигнута и да је подносилац представке у њој живео са својом породицом указују на значајан материјални интерес који је, *пошто је био толерисан од стране власти*, *представљао имовину* (подвукао Д. Н.) за потребе чл. 1. Протокола број 1. уз Конвенцију. Европски суд је закључио да *стварно и делотоворно уживање права* предвиђених у члану 1. Протокола број 1. *може да захтева позитивне мере заштите*.

[48] Опширније о овој проблематици: Душан Николић, *Трострука накнада штете у нашем праву*, Судска пракса, 2/1997.

(...) Суд је утврдио да, иако домаће власти нису охрабриле подносиоца представке да направи кућу близу депоније, нису га ни одвратиле од тога...”[49]

Сходно наведеном ставу, сиромашне европске земље могу одабрати једну од две солуције: да уклањањем сиротињских насеља оставе хиљаде људи без крова над главом или да толеришу такво стање преузимајући одговорност за могуће штетне последице. У стању свеопште материјалне оскудице и одсуства адекватних социјалних програма, других решења једноставно нема…

3.3.3. Растући несклад између нормативног и стварног

Прихватањем високих правних стандарда и преузимањем конкретних регулативних решења из страних правних система, која су непримерена нивоу друштвеног развоја, повећан је несклад између нормативног и стварног. У многим источноевропским земљама има много тзв. *мртвих закона*. Наиме, постоје модерно конципирани прописи који се не примењују у пракси. Нормативна решења која су садржана у њима толико су далеко од стварности, да би њихова доследна примена изазвала крупне потресе у друштву.

3.3.4. Нефункционалност правног система

Нарушавањем унутрашњег склада правног система и стварањем јаза између нормативног и стварног, смањена је укупна ефикасност права.

3.3.5. Правна несигурност грађана

Када правни систем не функционише по задатим координатама, расте правна несигурност грађана. Источно европске земље су под притиском пребрзих, промена правне регулативе, постале очигледан пример таквог стања.[50]

[49] Европски суд је подносиоцу представке досудио износ од 154.000 евра на име накнаде материјалне и нематеријалне штете. Опширније: *Пресуда у случају Öneryildiz против Турске*, Људска права у Европи (Правни билтен), Београд, бр. 31/2002. стр. 6. Пресуда је донета 18. јуна 2002. године поводом представке бр. 48939/99).

[50] Опширније: Душан Николић, *Стварно право и правни систем*, у књизи: *Грађанин у правном систему СР Југославије,* Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 1999., стр. 53-64.

4. Регионална хармонизација стварног права у југоисточној Европи

4.1. Постепено планско зближавање (пројектована конвергенција)

Приближавање светским и регионалним правним стандардима је неминовно. Међутим, оно мора бити поступно и добро осмишљено. Увођењу новог нормативног концепта или новог правног института морају претходити темељне анализе. Пре но што се норма нађе у правном систему, мора се знати да ли је предложено решење у складу са основним принципима и унутрашњом логиком домаћег права и какве ће последице проистећи из његовог увођења. Уколико се покаже да је одређени правни стандард објективно неостварив, прилагођавање домаћег законодавства треба одложити док се не створе одговарајући услови за промену правног режима. Једноставно, треба уважити чињеницу да постоје велике разлике између земаља западне и источе Европе и да у неким случајевима степен друштвеног развоја не дозвољава жељене иновације у домену права.

4.2. Субрегионална и регионална хармонизација

Разлике међу земљама источне Европе много су мање. Посебно међу бившим републикама југословенске федерације. Оне имају сличну правну традицију и сличне правне системе. Осим тога, те државе су на готово истом нивоу друштвеног развоја. Међу њима постоје чврсте историјске везе и потреба за сарадњом на свим пољима, па и у домену права. Због тога би требало зауставити дивергентне процесе и очувати заједничко правно језгро (common core). Након тога би требало започети процес поступне хармонизације целокупног приватног права.

4.3. Циљеви хармонизације

Хармонизација приватног, а у том контексту и стварног права, олакшала би решавање правних проблема који су настали након распада бивше југословенске федерације. Отворена питања која оптерећују односе међу суседним државама требало би решавати споразумно и на истим основама. На тај начин би били створени услови за тешњу међудржавну сарадњу а и грађанима би била пружена већа правна сигурност.

Осим тога, уколико би се сачувало јединство права на субрегионалном нивоу, била би олакшана регионална (источноевропска), а у крајњој линији, и паневропска хармонизација. Другим речима, пут ка заједници европских народа био би за све много краћи и једноставнији.

4.4. Процес и инструменти хармонизације

Хармонизацији приватног права на простору југоисточне Европе морају претходити опсежне припреме. Пре свега, по узору на *Тренто пројект*, треба сагледати постојеће стање. Неопходно је утврдити до које мере је очувано заједничко језгро (common core) и где постоје значајније разлике. Потом треба одредити правце хармонизације за сваку грану приватног права понаособ. Најзад, веома је важно да унапред буду утврђени принципи по којима би требало да се одвија конвергенција и уједначавања националних законодавстава.

Хармонизација приватног права може се вршити путем међународних уговора, једнообразних закона, тзв. модел-закона и сл.[51]

Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor
of the School of Law in Novi Sad

PROPERTY LAW HARMONZATION IN THE REGION OF SOUTH-EAST EUROPE

The universal process of harmonization of laws became intensified in the middle of the 20th century. Differences between common law and continental law systems decreased over the time. European Union countries have sought to achieve the common core of private law and have been working towards the uniform civil code. In that respect, there is possibility for gradual harmonization of property legal rules. The ultimate goal is to create new *ius commune Europaeum.*

These tendencies substantially shaped the development of private law in South-East Europe, which had both positive and negative consequences. Transformation of private law is quite often hasty and unsystematic, which means that it is not a result of the evolution of legal rules. In order to reach some world legal standards, South-East European countries tend to adopt regulatory concepts and normative patterns which originally belong to legal systems of developed countries. However, foreign laws do not necessarily fit basic principles of a national legal system. Automatic adoption of common law rules can cause disharmony in domestic legal system. Legal standards set in developed countries are compatible with overall social conditions, but cannot be successfully enforced in developing countries. Therefore, normativity and reality are in conflict if the adoption of high legal standards and regulatory concepts does not match the social conditions. This can have negative consequences on the efficacy of a legal system and legal security.

[51] Опширније: Маја Станивуковић, Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама..., стр. 72. и др.

Universal and regional legal standards are certainly goals to be achieved. However, this should be done gradually and thoroughly. The gap between West and East Europe is sometimes impediment for implementation of desirable modifications of a legal system.

However, differences among South-East European countries are less, especially among former members of the ex-Yugoslav federation, due to the fact that they have similar legal tradition and systems. Also, there are strong historical ties and necessity to cooperate in many areas, which certainly affect the legal domain. Therefore, divergent processes should be prevented in order to preserve the common legal core. Sub-regional harmonization of private law would certainly help these countries come closer to European integrations.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.179-174

Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ТАЧКЕ ВЕЗИВАЊА ЗА КОМЕРЦИЈАЛНА ПРАВНА ЛИЦА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Сажетак: *У раду се разматрају четири тачке везивања које су од значаја за одређивање меродавног права и надлежности за трговачка правна лица: припадност, место оснивања, седиште и место пословања. Говори се о употреби ових тачака везивања у домаћем међународном приватном праву, а посебно о недостацима домаћих норми о одређивању припадности правних лица (члан 17. Закона о решавању сукоба закона) и седишта правног лица (члан 22. Закона о предузећима).*

Кључне речи: Тачке везивања, колизионе норме, правна лица, седиште, место оснивања, припадност, место пословања

1. Функције тачака везивања

1. Појмови који изражавају повезаност која постоји између одабраног елемента правног односа и државе суда или неке друге државе називају се у међународном приватном праву тачкама везивања. У домаћој теорији за њих се користе и други називи: као што су везна околност, повезница, одлучујућа чињеница, итд. Тачке везивања се користе у вишестраним колизионим нормама *као критеријум за избор меродавног права.* У норми која гласи: "За питања наслеђивања меродавно је право држављанства оставиоца", тачка везивања је држављанство оставиоца и она служи за одређивање меродавног права. Поред функције одређивања меродавног права, исти појмови у међународном приватном праву могу имати и друге функције, као што су одређивање када ће домаћи или страни судови бити надлежни да поступају у споровима са иностраним елементом, одређивање појма странца и одређивање обима примене закона или међународних

уговора. У првом случају тачке везивања служе *као критеријум или основ надлежности* у нормама о директној или индиректној међународној надлежности, у другом *као критеријум за одређивање припадности лица,* а у трећем као *критеријум помоћу којег одређује поље примене прописа* у једностраним колизионим нормама.[1] Нпр. југословенски судови биће надлежни у споровима у којима су обе странке југословенски држављани под условом да тужени има боравиште у Југославији,[2] страним улагачем се сматра правно лице са седиштем у иностранству,[3] одредбе међународног уговора о бесплатној судској помоћи примењују се ако је тражилац овог права држављанин државе уговорнице. Тачке везивања, значи, могу бити саставни елеменат вишестраних колизионих норми, норми о међународној надлежности, о правима странаца и о пољу примене међународних уговора и закона. Једна норма може да садржи само једну тачку везивања или комбинацију више тачака везивања.

2. Врсте тачака везивања

2. Тачке везивања могу бити:

а. - Појмови који изражавају чињеничну или правну везу између лица и територије одређене државе (нпр. држављанство, пребивалиште, редовно и привремено боравиште физичког лица, припадност, оснивање, регистрација, седиште и обављање делатности правног лица);

б. - Појмови који изражавају чињеничну и правну везу између ствари и одређене државе (припадност и регистрација брода или ваздухоплова, регистрација аутомобила, место где се ствар налази);

в. - Појмови који се односе на догађаје и радње који везују правни однос или стање за територију одређене државе (нпр., место извршења деликта, место закључења уговора, место закључења брака, место извршења уговора, итд.);

г. - Воља странака која изричито или прећутно везује правни однос за одређени правни систем;.

д. - Понекад се као посебне тачке везивања третирају и одређена упутства суду, нпр. упутство да примени домаће право или право које је најтешње повезано са правним односом или "боље право", итд.

3. Појмови као што су држављанство, пребивалиште, седиште и боравиште могу да се користе у све четири горе наведене функције. Појмови из друге и треће категорије могу се користити у нормама о међународној надлежности, вишестраним колизионим нормама и нормама којима се одређује поље примене закона и међународног уговора, док не долазе у обзир када су у питању норме о правима странаца. Аутономија воље користи се за утврђивање међународне надлежности и

[1] Види, опширније М. Живковић, М Станивуковић, *Serbia and Montenegro* у едицији: Private International Law, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2001, Chapter 2. Connection, стр. 48-82.

[2] *Закон о решавању сукоба закона* (ЗРСЗ, 1982), члан 46. ст. 3.

[3] *Закон о страним улагањима* (2002), члан 2.

одређивање меродавног права. Коначно, последња категорија примењује се углавном у функцији одређивања меродавног права, мада би могла да послужи и за одређивање судске надлежности.

4. Већина чињеница које стоје у основи појмова из прве и друге групе (пребивалиште, држављанство, место налажења ствари, место регистрације) подложне су променама током времена, па су и тачке везивања које се на њима заснивају такође променљиве (варијабилне). Изузетак је једино место налажења некретнине. С друге стране, већина чињеница из треће групе (догађаји и радње) одиграле су се у одређеном временском моменту, па тачке везивања које их правно дефинишу сматрамо непроменљивим (фиксним). Наведена подела битно утиче на начин тумачења колизионе норме код правних односа који подразумевају одређено трајање.

3. Тачке везивања које се односе на правна лица

3. 1. Држављанство (припадност) правног лица

3. 1. 1. Разлике у односу на држављанство физичких лица

5. По аналогији са физичким лицима, у упоредном законодавству и теорији, сусрећемо се са појмом држављанства правног лица (*nationalité des personnes morales, nationality of legal persons*).[4] Тај појам може да буде од значаја за одређивање персоналног права тог лица или за дефинисање његовог положаја у погледу уживања појединих права.[5]

6. У погледу ове тачке везивања, у југословенској доктрини међународног приватног права постоји прилична терминолошка неуједначеност. Притом, разлике терминолошке природе, будући да избор речи није без значаја, често одају и различите ставове аутора у погледу мериторних питања. Конкретно, у случају правних лица, аутори говоре о "држављанству",[6] "националности"[7] или "припадности"[8]

[4] Термин је посебно заступљен у француском правној литератури. У енглеским уџбеницима користе се и појмови пребивалишта (*domicile*) и боравишта (*residence*) правног лица. У нашем праву помиње се пребивалиште правних лица у члану XIII Уговора о трговини и пловидби између Краљевине Југославије и СССР (1940).

[5] Y. Loussouarn, Revue Trimesterielle de droit commercial (1959), стр. 246.

[6] В. нпр. Б. Благојевић, *Међународно приватно право*, Научна књига, Београд, 1950, стр. 234 и даље; О. Станковић, В. В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд, 1996, стр. 90.

[7] Види, нпр. Д. Митровић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том други, Београд 1978., Службени лист СФРЈ, стр. 40; М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Студентски информативно-издавачки центар, Ниш, 1994, 199

[8] Види, нпр. Т. Варади, *Међународно приватно право*, Форум, Нови Сад, 1990, стр. 189. Поједини аутори употребљавају оба термина ("припадност" и "националност") као синониме: види, нпр. М. Јездић, *Међународно приватно право*, Научна књига, Београд, 1980, стр. 141; М. Пак, *Приручник за примену међународног приватног права*, Службени лист, Београд, 1974, стр. 52.

правних лица, покушавајући тако да изабраним термином укажу на мању или већу појмовну дистанцу од концепта држављанства физичких лица. У Закону о решавању сукоба закона употребљава се термин "припадност" (чл. 17), али у неким двостраним уговорима које је наша земља закључила помиње се и појам држављанства правног лица: тако у конзуларној конвенцији са Ираком, израз "држављанин" означава и "правно лице које има држављанство односне државе у складу са њеним законима",[9] а у конзуларној конвенцији са Италијом, израз "држављанин" означава и "свако правно лице и друга тела установљена на територији једне или друге Високе стране уговорнице према њиховим законодавствима".[10]

7. Несумњиво је да ове две категорије нису исте: с једне стране, за разлику од држављанства физичких лица, готовог појма управног права, држављанство правних лица не постоји као административно констатована чињеница, већ се у утврђује од стране судства посредством других тачака везивања (места оснивања, седишта правног лица, места пословања и критеријума контроле правног лица). С друге стране, национална јуриспруденција користи појам држављанства правног лица једноставно зато да би указала на постојање везе између одређене државе и правног лица и неће утврђивати ту држављанску везу према праву односне стране државе (као што је то случај са држављанством физичког лица), већ ће то чинити према критеријумима које домаће право предвиђа за утврђивање домаће или стране припадности правног лица. При том су законодавци појединих држава слободни у избору наведених тачака везивања. Коначно, држављанство правног лица има другачији правни значај од држављанства физичког лица. Физичким лицима није потребно држављанство да би постојала као физичка лица, док правним лицима правни субјективитет, тј. својство правног лица и правну способност, може дати само нека држава,[11] која се, онда, у већини правних система истовремено сматра државом којој то правно лице припада, чији је држављанин.[12] Тек када јој одређени правни поредак на основу испуњења формалноправних услова и критеријума које сам предвиђа, призна својство домаћег правног лица, та организација може претендовати на признање и у другим државама. Значи да, често, потрага за "правом држављанства" правног лица, уствари, представља потрагу за правом које даје правном лицу статус субјекта права.

---

[9] Види, члан 1. ст. 1. т. 17. Конзуларне конвенције између СФРЈ и Ирака (1980); слично решење садржи и члан 1. ст. т. 12. Конзуларне конвенције између СФРЈ и Турске (1968).

[10] Види, члан 1. ст. 1. т. 3. Конзуларне конвенције између СФРЈ и Италије (1960). В. такође сличну одредбу садржану у члану 2. ст. т. 4а. Конзуларне конвенције између СФРЈ и Уједињеног Краљевства (1965)

[11] О. Станковић, В. В. Водинелић, *op. cit.* стр. 91.

[12] "У том погледу, треба имати на уму, да су, за разлику од физичких лица, трговачка друштва креатуре права и то, на садашњем ступњу развоја комунитарног права, креатуре националног права. Она постоје само захваљујући националном законодавству различитих држава које одређује услове њиховог оснивања и функционисања"(*In that regard it should be borne in mind that, unlike natural persons, companies are creatures of the law and, in the present state of Community law, creatures of national law. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorportation and functioning*.). Европски суд правде у случају *Daily Mail (Case no. 81/87 R v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex p. Daily Mail and General Trust plc* [1988] ECR 5483.

8. Држављанство правних лица сматра се застарелом повезницом у области сукоба закона.[13] Ретке су државе које га данас користе као тачку везивања за одређивање персоналног права правног лица.[14] Знатно чешће, оно се примењује у материји права странаца. Поред тога, околност да се ради о домаћем правном лицу, предуслов је и за пружање дипломатско-конзуларне заштите. Међутим, у нашој доктрини једнодушно се заступа становиште, засновано на циљном тумачењу члана 17. ЗРСЗ, да је управо право припадности правног лица, оно право које је меродавно за статусна питања правнога лица.[15] Изричите одредбе у закону о томе нема, изузев оне, према којој је право припадности одређено у складу са чланом 17, меродавно за страначку способност страног правног лица у грађанском поступку пред домаћим судом.[16]

3. 1. 2. Утврђивање припадности правног лица као тачке везивања за одређивање меродавног права

9. Данас постоје две главне, међусобно супротстављене теорије у погледу утврђивања припадности правног лица за потребе утврђивања права меродавног за његов статус – теорија стварног седишта и теорија оснивања (инкорпорације).[17] Треба нагласити да се ове теорије, по правилу, односе на утврђивање меродавног права за статус комерцијалних правних лица (предузећа, корпорација), а не и некомерцијалних (нпр. удружења грађана, установе, државни органи и сл.). По првој теорији (*theorie du siège réel, Sitztheorie, teoria della sede effetiva, the "real seat" theory*[18]), правна лица припадају држави у којој имају стварно седиште (центар управљања) и да би постојала, морају испуњавати све формалне услове

[13] S. Rammeloo, *Corporations in Private International Law*, Oxford University Press, 2001, стр. 28.

[14] Са изузетком, рецимо, Грађанског законика Шпаније из 1889. године измењеног Уредбом са законском снагом од 31. маја 1974. године, члан 9, параграф 11. и Закона о регулисању односа међународног приватног права Румуније од 22. септембра 1992. године, члан 41.

[15] М. Пак, *Међународно приватно право*, Научна књига Београд 1986, стр. 266; Т. Варади, *op. cit.* стр. 188; М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар закона о међународном приватном и грађанском процесном праву*, Номос, Београд, 1991, стр. 63.

[16] Члан 79. ст. 4. ЗРСЗ.

[17] S. Rammeloo, *op. cit.* стр. 11. При том, већина правних система, као што смо рекли уопште не помињу припадност, односно, држављанство правног лица, већ директно користе седиште или место оснивања као тачке везивања за одређивање меродавног права за статус правних лица. Заступнице теорије седишта у Европи су: Немачка, Аустрија, Белгија, Француска, Португалија и Италија, а заступнице теорије места оснивања: Уједињено Краљевство, Холандија, Ирска, и Швајцарска, а у нешто модификованој форми и Данска, Шведска и Финска.

[18] На енглеском језику термин *seat* (седиште) до недавно није био познат у правној терминологији – у право Уједињеног Краљевства уведен је тек приликом имплементације Бриселске конвенције о надлежности и извршењу судских одлука 1982. године. Термин стварно седиште се најчешће преводи као "*head office*", док се термин статутарно седиште преводи као "*registered office*" Види, нпр. нацрт Четрнаесте Директиве Савета ЕУ о премештању статутарног или стварног седишта трговачког друштва из једне државе чланице у другу *(Fourteenth Council Directive on the Transfer of the Registered Office or the* De Facto *Head Office of a Company from One Member State to Another*). Види, такође, Rammeloo, стр. 39 и 72.

које се у тој држави постављају за оснивање и функционисање правног лица. [19] То значи да се стварно седиште правног лица по овој теорији, по правилу, мора поклапати са местом оснивања, односно са седиштем које је наведено у акту о оснивању или статуту. Премештање стварног седишта из државе оснивања у другу значи промену држављанства, која аутоматски повлачи за собом и промену персоналног статута. У основи теорије стварног седишта налази се схватање да оснивачи, власници и управа предузећа немају аутономију воље у погледу одређивања меродавног права, већ морају да се повинују захтевима оног права са којим је правно лице у најближој вези – тј. права државе стварног седишта.[20] Главни недостатак ове теорије је непрецизност појма "стварног седишта" и проблеми који се јављају са утврђивањем седишта мултинационалних компанија у савременим условима глобализације.

10. По другој теорији (*theorie du siège statutaire, Gründungtheorie, teoria della sede statutaria/dell'incorporazione, the incorporation theory*), правно лице припада држави по чијим је законима основано, без обзира на то где му се налази стварно седиште, имовина или центар пословања. Ова теорија представља израз схватања да у овој области треба признати аутономију воље, односно да лица која оснивају корпорацију имају право да бирају по којим правилима ће се статусна питања те корпорације регулисати.[21]

11. Неки теоретичари покушавају да помире ова два приступа. Поменућемо овде само теорију *Überlagerung* коју је поставио немачки теоретичар Ото Сандрок угледајући се на америчко право.[22] Он предлаже примену права државе оснивања на питања оснивања и на спољне односе компаније. Међутим, ако компанија нема стварно седиште у држави у којој је основана, њени повериоци, акционари и трећа лица могу се позивати на примену принудних одредаба државе у којој се налази стварно седиште компаније.

12. Домаћа норма која важи за одређивање *припадности правних лица* која се налази у Закону о решавању сукоба закона развијала се под очигледним утицајем наведених теорија. Овај закон у члану 17. прописује начин на који се одређује *припадност* правних лица, користећи притом *renvoi* приступ, уз комбинацију критеријума места оснивања и стварног седишта правног лица. Припадност правног лица одређује се по праву државе по коме је оно основано; међутим, уколико оно има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано и по праву те друге државе има њену припадност, сматраће се правним лицем те државе. Ово решење дало је повода различитим тумачењима у доктрини. Према једном, то практично значи да ће се припадност правних лица ценити по прописима државе у којој је оно основано само уколико се у тој држави истовремено налази и његово стварно седиште.[23] Друго тумачење, које се прилично разликује од

[19] Ibidem.
[20] *Ibidem*, стр. 11.
[21] *Ibidem,* стр. 16.
[22] O. Sandrock, *Sitztheorie, Überlagerungstheorie unde der EWG-Vertrag: Wasser, Öl und Feuer*, (1989) RIW стр. 50.
[23] М. Рочкомановић, *op. cit.* стр. 35.

претходног, полази од критеријума које установљава члан 17. и анализира њихов однос:

- ако правно лице има стварно седиште у земљи по чијем је праву основано, ако, дакле, оба критеријума указују на исту земљу, онда правно лице има припадност те државе;
- ако стварно седиште правног лица није у држави по чијем је праву основано, односно ако те две тачке везивања указују на различите државе, превагу добија једно помоћно мерило – околност да ли према нормама земље у којој правно лице има стварно седиште, оно припада или не припада тој земљи. Ако по праву земље стварног седишта правно лице има њену припадност, сматраће се да припада тој држави; ако по праву земље стварног седишта правно лице не припада тој држави, превагу добија опет прво мерило, те ће се сматрати да правно лице припада оној држави по чијем је праву основано.[24]

13. Према трећем тумачењу, треба разликовати да ли је правни лице основано по праву земље која усваја критеријум стварног седишта или по праву земље која прихвата теорију инкорпорације (оснивања). Анализом могућих случајева, указује се на начине утврђивања припадности правног лица, при чему се посебно истиче да у одређеним ситуацијама домаћи суд треба да утврђује садржину страног права (када проверава став државе стварног седишта у односу на питање припадности правног лица), као и да у одређеним случајевима правно лице неће имати припадност ниједне државе, те неће имати ни својство правног лица (када је основано у земљи која прихвата теорију седишта, а његово стварно седиште се налази на територији земље која прихвата теорију инкорпорације).[25].

14. Различита доктринарна тумачења члана 17. ЗРСЗ показују да законодавац није на најсрећнији начин формулисао концепт припадности правних лица.[26] Настојањем да успостави равнотежа између два мерила, места оснивања и стварног седишта правног лица, да се узме "најбоље од оба света", као да је остала отворена дилема у погледу коначног опредељења за једно од њих. Такође, законодавац није прецизирао где се налази "стварно седиште" правног лица, него је то питање оставио за регулисање другим прописима. Негативне последице тога су, прво, да ће, заиста, у одређеним случајевима домаћи суд морати да утврђује садржину страног права да би одредио припадност правног лица, и друго, да је остало без директног одговора питање када се једно правно лице сматра домаћим. Наравно, југословенско правно лице ће бити свака организација која је основана у облику који предвиђа југословенско право, која је испунила све формалности за оснивање које предвиђа наше право и која има стварно седиште на територији наше земље. Међутим, ако би Југославија била та "друга држава" у којој правно лице има стварно седиште, иако у њој није основано, могли бисмо се основано запитати да ли по праву Југославије такво правно лице има југословенску припадност? Ни у

[24] Т. Варади, *op. cit.* стр. 190.
[25] М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *op. cit.* стр. 64.
[26] М. Живковић, М. Станивуковић, *op. cit*. стр. 109.

Закону о решавању сукоба закона, нити у другом југословенском пропису не може се наћи експлицитан одговор на питање,[27] какве су правне последице у случају да правно лице основано у иностранству премести своје стварно седиште на нашу територију, као што није регулисано ни питање, да ли је могуће премештање стварног седишта домаћег лица у иностранство, без ликвидације тог правног лица и какве су правне последице тог чина на припадност датог правног лица.

15. У нашем предратном законодавству постојале су веома јасне одредбе о припадности трговачких друштава које су биле садржане у Трговачком законику Краљевине Југославије[28]:

> *"Припадност*
> § 501
>
> 1) Трговачко друштво, чије је седиште уговором другара или правилима одређено у месту ван Краљевине, у смислу ове главе припада држави у којој му је то седиште.
>
> (2) Кад се, у случају става 1, седиште друштва не налази у Краљевини, оно ипак важи као домаће, када се из места у Краљевини стварно управља његовим предузећем, као и када се оно бави производњом, а сва или највећи део његове производње врши се у Краљевини. Докле се оно не саобрази, према своме облику, наређењима овог закона, Министар трговине и индустрије обуставиће му пословање у Краљевини и одредити му рок, у коме се има саобразити. Ако се друштво не саобрази у том року, Министар ће наредити ликвидацију оног дела предузећа, који се налази у Краљевини. За ликвидацију сходно вреде, према облику друштва, наређења овог закона.
>
> (3) Трговачко друштво, чије седиште није одређено уговором другара или правилима, важи да припада држави, у којој се налази место, из кога се стварно управља његовим предузећем."

3. 1. 3. Утврђивање држављанства правног лица за потребе одређивања права странаца

16. Поред тога што понекад служи за признавање својства правног лица, односно правног субјективитета и за одређивање меродавног права за статусна питања, држављанство (припадност) правног лица може бити од значаја и за одређивање могућности стицања и уживања одређених приватних права која су ограничено доступна странцима. У том случају поред наведених критеријума (стварног

[27] У теорији је изнет став да је седиште правног лица у Југославији довољно да би оно имало југословенско држављанство. Види, О. Станковић, В. В. Водинелић, *op. cit.* стр. 90.

[28] Службене новине бр. 28/X 1937. бр. 245 – LXXIV. Основа за овај закон био је предпредлог трговачког закона за бившу Краљевину Србију, који је у суштини био превод и компилација одредаба немачког и аустријског трговачког закона. Види, Др. Антун Рувен, *Трговачки закон*, Загреб, 1939. године. Предговор.

седишта и места оснивања) за утврђивање припадности правног лица користе се често и други показатељи, а посебно главно место обављања делатности и критеријум контроле (тј. држављанства оних лица која врше пресудан утицај на одлучивање у датом правном лицу). Примера ради, Уговор о оснивању Европске заједнице предвиђа слободу пословног настањивања за држављане држава чланица.[29] За потребе овог члана, "трговачка друштва и предузећа која су основана у складу са прописима једне државе чланице, и која имају своје регистровано седиште, своју главну управу или главно место пословања унутар Заједнице, изједначена су у примени одредби овог поглавља са физичким лицима, држављанима држава чланица".[30]

17. Наведимо и један пример за примену критеријума контроле. Шведски закон из 1916. године са изменама и допунама од 1975. године, којима је ограничено стицање некретнина у Шведској од стране странаца, примењује се и на шведска правна лица која су у целини или делимично под страном контролом. Да би једно шведско правно лице било ослобођено обавезе да прибави одобрење надлежног органа за стицање некретнине, мора да испуни одређене строге захтеве који се тичу власништва над његовим капиталом: уколико се ради о ортаклуку, ниједан партнер не сме бити странац, акционарско друштво не сме имати деонице на доносиоца, а ако се деонице издају на име, статутом мора бити предвиђено да странци не могу стећи више од 20% деоница.[31] Слично, али мање разрађено решење било је садржано у ранијем југословенском Закону о страним улагањима од 1994. године са изменама и допунама од 1996. године. У смислу тог закона страним лицем сматрало се, између осталих, и предузеће у коме је учешће страног капитала веће од 51% и предузеће које је страно лице основало у Југославији.[32] Насупрот томе, нови Закон о страним улагањима (2002) не користи критеријум контроле, већ се ослања само на седиште правног лица. Ако је седиште у иностранству, правно лице се се сматра страним улагачем.[33]

18. У нашој доктрини заступљено је схватање да у случају када се у неком законском тексту регулишу права странаца или права страних правних лица, а не одређује се посебан појам странца,[34] припадност правног лица треба одређивати према критеријумима усвојеним у члану 17. ЗРСЗ. Рецимо, када треба применити одговарајуће одредбе Закона о основама својинскоправних односа (1996) које регулишу могућност да страна физичка и правна лица стекну право својине на некретнинама у Југославији, појам страног правног лица, требало би одредити комбинацијом критеријума места оснивања и седишта. Међутим, постоје и друге могућности. У овом случају, било би, можда, ближе економској реалности трети-

[29] Члан 43. Уговора о оснивању ЕЗ.

[30] Члан 48. Уговора о оснивању ЕЗ.

[31] M. Bogdan, *Restrictions Limiting the Right of Foreigners to Acquire Real Property in Sweeden*, Rabels Zeitschrift für ausländische und internationales Privatrecht, No. 3/1977, стр. 563.

[32] Члан 2. *Закона о страним улагањима* (1994/1996).

[33] Члан 2. *Закона о страним улагањима* (2002).

[34] За разлику, нпр. од претходно наведеног *Закона о страним улагањима* који садржи аутономан појам страног улагача.

рати стицаоца некретнине на домаћој територији као страног улагача и сходно применити одредбу Закона о страним улагањима, која се приликом дефинисања правног лица као страног улагача, ослања на критеријум седишта.

3. 2. Место оснивања правног лица

3. 2. 1. Појам места оснивања

19. Место оснивања правног лица, слично као место рођења физичког лица, најчешће није случајно и није изузетак да правно лице буде тесно везано за ону државу у којој су обављене правне радње неопходне за његово оснивање. Видели смо да се помоћу места оснивања одређује припадност правног лица, а на основу тога и његов персонални статут, али место оснивања може имати и значај самосталне тачке везивања за одређивање меродавног права. Нпр. швајцарски Закон о међународном приватном праву предвиђа:

> "(1) За друштва меродавно је право државе у којој су основана, ако испуњавају услове публицитета или регистрације које то право предвиђа, или ако таквих услова нема, када су основана по закону дате државе.
>
> (2) За друштво које не испуњава ове услове, меродавно је право државе из које се тим друштвом стварно управља."[35]

20. Термин место оснивања понекад се поистовећује са *местом регистрације*, с обзиром на то да је по праву већине држава један од услова за настанак комерцијалног правног лица и његова регистрација у трговачком или судском регистру. Уколико су поједине етапе оснивања обављене у различитим државама (нпр. уговор о оснивању предузећа склопљен је на територији Швајцарске, али су при томе поштована правила нашег права о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу и то друштво је регистровано код нашег суда), онда ће се државом оснивања сматрати она у којој су се прво стекли сви законски услови за настанак правног лица. Другим речима, овде је, пре свега, реч о држави *по чијим законима је правно лице основано*, а не о оној на чијој територији је потписан оснивачки акт.

21. С обзиром да се у актима о оснивању правног лица обично мора навести и седиште правног лица, које се уноси у регистар, често се уместо места оснивања са истим значењем говори о *регистрованом седишту* или о *статутарном седишту*. Регистровано седиште се не мора увек поклапати са стварним седиштем.

[35] Члан 154. Швајцарског Закона о међународном приватном праву (1987). Види, превод овог закона у књизи М. Живковић, *Међународно приватно право, националне кодификације*, Службени гласник, Београд, 1996.

3. 2. 2. Значај места оснивања у југословенском међународном приватном праву

22. Код нас се место оснивања веома ретко користи као самостална тачка везивања (изузетно нпр, код одређивања појма резидента по новом Закону о девизном пословању (2002*)*. Најчешће је сусрећемо у комбинацији са седиштем, као што је случај у члану 17. ЗРСЗ и у многим двостраним уговорима.[36] Ипак, има неколико наших двостраних уговора који предвиђају да се правна и пословна способност правног лица цени искључиво према праву државе оснивања.[37]

3. 3. Седиште правног лица

3. 3. 1. Појам седишта

23. Правни појам седишта (нем. *Sitz,* фр. *siège,* итал. *sede,* енгл. *head office*) од великог је значаја за правна лица. Као што смо видели, седиште се користи у међународном приватном праву за одређивање припадности правног лица ради утврђивања меродавног права и права странаца, а у многим државама служи непосредно као тачка везивања за одређивање персоналног права правног лица.[38] Затим, оно је одлучујући фактор за одређивање међународне надлежности када су у питању правна лица. Помоћу седишта правног лица одређује се у нашој земљи појам спољнотрговинског промета: то је "промет робе и услуга између предузећа и других правни лица са седиштем у СРЈ и страних правних и физичких лица, који се врши на основу уговора закључених у складу са домаћим прописима и међународним уговорима.[39] Домаћи законодавац се на седиште ослања и у другим гранама унутрашњег права, а не само у међународном приватном праву. Тако нпр.

[36] Поједини двостраних уговори који садрже одредбе о признању правних лица друге државе уговорнице, давању националног третмана тим лицима, или третмана најповлашћеније нације и праву приступа пред домаће судове, предвиђају кумулативно критеријуме места оснивања и седишта правног лица у једној од држава уговорница Тако, на пример, члан 6. ст. 1. Уговора о трговини и пловидби између Краљевине СХС и Албаније (1926); члан 1. ст. 3. Уговора о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФРЈ и Алжира (1982); члан 2. Конзуларне конвенције и о настањивању између Краљевине СХС и Француске (1929); члан 3. Уговора о трговини и пловидби између Краљевине СХС и Грчке (1927); члан 3. Уговора о трговини и пловидби између Краљевине Југославије и Холандије (1930); члан 4. Уговора о трговини и пловидби између ФНРЈ и Јапана (1959); члан 10. Уговора о трговини и пловидби између ФНРЈ и Швајцарске (1947).

[37] Примену права државе оснивања правног лица предвиђају члан 18. ст. 2. Уговора између СФРЈ и ЧССР о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима (1964) и члан 21. ст. 2. Уговора између ФНРЈ и Румуније о правној помоћи (1960).

[38] Ово правило у одсуству изричите законске норме важи у немачкој судској пракси (Види, von Bar, *Internationales Privatrecht,* C. H. Beck, München, vol. II, 1991, стр. 450); у Француској, на основу члана 1837. Code Civil (види Derruppé, *Droit international privé, Mémentos, 12e édition, Dalloz, 1997,* стр. 52); у Аустрији, на основу члана 10, Савезног закона о међународном приватном праву; у Грчкој, на основу члана 10. Грађанског законика, итд.

[39] Члан 6. *Закона о спољнотрговинском пословању* (1992).

према Закону о парничном поступку, за суђење у споровима против правних лица опште месно надлежан је суд на чијем се подручју налази њихово седиште; на основу Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, надлежност суда за спровођење стечајног поступка (како међународна тако и месна) одређује се према седишту дужника;[40] на основу Закона о облигационим односима, када место испуњења обавезе није одређено, нити се може одредити на основу околности, сматра се да обавезу треба извршити у месту у коме је дужник (ако је правно лице) имао своје седиште у време настанка обавезе;[41] новчане обавезе испуњавају се у месту у коме поверилац има седиште.[42]

24. Седиште предузећа према Закону о предузећима (1996), налази се у месту у којем оно обавља своје пословање, а ако обавља своје пословање на више места, сматра се да је седиште у месту где се налази седиште управе предузећа.[43] Треба сматрати да је овом одредбом одређен појам *стварног седишта* у нашем праву. Овакво решење није уобичајено у упоредном праву, јер, за разлику од закона већине других земаља,[44] наш закон даје предност месту обављања послова, уместо центру управљања, у случају да су ова два места раздвојена.[45] Закон о предузећима дозвољава могућност да седиште предузећа буде у неком месту у коме предузеће уопште не обавља делатност, али само уколико то предузеће обавља делатност у више места, док је у случају када предузеће обавља делатност само у једном месту то искључено[46], што такође није конзистентно ни сврсисходно. Из начина на који је одредба формулисана може се закључити да предузеће може имати увек само једно седиште. Седиште се утврђује оснивачким актом и статутом и уписује се у судски регистар.[47] Предузеће може променити седиште одлуком органа одређеног оснивачким актом; тим актом може се предвидети да је за промену седишта потребна сагласност оснивача.[48]

25. У доба мултинационалних компанија и глобалног бизниса, проблем одређивања стварног седишта правних лица постаје све тежи и компликованији.[49] Где је стварно седиште нпр. у случају када је управа компаније децентрализована и распоређена у више земаља, како одредити ранг листу најважнијих органа

[40] Члан 8. и члан 160. *Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији* (1989).

[41] Члан 319. *Закона о облигационим односима* (1978).

[42] Члан 320. *Закона о облигационим односима* (1978).

[43] Члан 22. *Закона о предузећима* (1996).

[44] Види нпр. Аустрија, члан 10. *Савезног закона о међународном приватном праву*; Немачка – *Verwaltungssitz (von Bar, op. cit.).*

[45] Види, насупрот томе решење из чл. 48. ст. 2 ЗПП: "За суђење у споровима против правних лица опште месно належан је суд на чијем се подручју налази њихово седиште. У случају сумње, као седиште сматраће се место, где се налазе њихови органи управљања". Решење усвојено у *Закону о предузећима* супротно је ставовима домаће теорије. Види нпр. О. Станковић, В. В. Водинелић, *op. cit*, стр. 90: "Седиште је оно место где се налази средиште делатности и управљања организације, а у случају сумње, место где се налази руководство организације".

[46] М. Васиљевић, *Коментар закона о предузећима*, Удружење правника у привреди СР Југославије, Београд 1996, стр. 36.

[47] Члан 22. став 2. *Закона о предузећима* (1996).

[48] Члан 24. став 1. и став 2. *Закона о предузећима* (1996).

[49] S. Rammeloo, *op. cit.* стр. 14.

управљања (нпр. скупштина, управни одбор, генерални директор), ако су они лоцирани у различитим државама, како поступити у случају када је производни погон или рудник у једној држави, а управни одбор се састаје у другој, итд? Судска пракса у развијеним земљама принуђена је да трага за одговорима на ова и слична питања.

26. Седиште предузећа које се наводи у оснивачком акту и статуту назива се *статутарно седиште* (енгл. *registered office,* фр. *siège statutaire,* нем. *Satzungssitz,* итал. *sede statutaria)* и најчешће се поклапа са стварних седиштем. Често се законодавством државе у којој се оснива предузеће прописује да његово (стварно) седиште мора бити у тој држави. Тако је било нпр. у Краљевини Југославији: "Седиште друштва мора бити у Краљевини и мора се налазити у месту, из кога се стварно управља друштвеним предузећем."[50] Међутим, законодавства неких земаља (нарочито земаља које су прихватиле теорију инкорпорације, али и других) допуштају да се стварно седиште предузећа премести у другу земљу, без последица по правни статус тог лица. Поред тога, стварно седиште се може фактички преселити из земље у којој је оно основано у неку другу земљу, без доношења формалноправних аката о томе (нпр. ако се управа предузећа састаје у некој другој држави, а не у оној у којој се налази седиште одређено статутом).

3. 3. 2. Значај седишта у југословенском међународном приватном праву

27. Седиште правног лица често сусрећемо као тачку везивања у нашем праву:

- *стварно седиште* може бити од значаја за одређивање припадности (националности) правног лица, у комбинацији са местом оснивања;[51]

- право седишта је меродавно за правну и пословну способност правног лица на основу двостраних уговора о правној помоћи са Мађарском и Пољском[52];

- за одређивање меродавног права за садржину уговора уговора, релеватно је *седишт*е *правног лица које обавља карактеристичну обавезу у уговору*, под условом да странке нису другачије уговориле, и да не постоји јача веза са неким другим правом;[53]

- дужниково седиште важи као тачка везивања за одређивање меродавног права за једнострани правни посао;[54]

- седиште правног лица у Југославији представља основ опште међународне надлежности нашег правосуђа у грађанским и трговачким стварима;[55]

---

[50] §187 *Трговачког закона Краљевине Југославије*.

[51] Члан 17. ЗРСЗ.

[52] Члан 23 ст. 2 Уговора између СФРЈ и Мађарске о узајамном правном саобраћају (1968) и члан 20. ст. 2. Уговора између ФНРЈ и Пољске о правном саобраћају (1960).

[53] Супсидијарна тачка везивања из члана 20. ЗРСЗ и члана 186. *Закона о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају* (1998).

[54] Члан 26. ЗРСЗ.

[55] Члан 46. ставови 1, 4. и 5. ЗРСЗ.

- југословенски судови су искључиво надлежни за вођење поступка стечаја и ликвидације правног лица које има седиште у Југославији;[56]

- многи закони користе критеријум седишта, да би одредили неко правно лице као страно, или "страног резидента" – поред већ поменутог Закона о страним улагањима, који помоћу седишта одређује појам страног улагача;[57] Закон о порезу на добит предузећа Србије (2001) одређује да је *резидент обвезник* у смислу тог закона "правно лице које је основано или има седиште стварне управе и контроле на територији Републике".[58]

- према Конвенцији о трговини и пловидби са Шпанијом (1929) – друштва која имају своје друштвено седиште на територији једне стране имаће слободан приступ судовима друге стране уговорнице;[59]

3. 4. Место пословања правног лица

3. 4. 1. Главно место пословања

28. Комерцијална правна лица оснивају се ради вршења делатности којом се остварује добит.[60] Због тога је место пословања, односно, обављања делатности једне привредне организације веома важан фактор везивања правног лица за територију државе. Делатност те организације може бити сконцентрисана само у једној држави (истој у којој је та организација основана и у којој је седиште њене управе, или различитој), а може бити дислоцирана на територију више држава, или се, периодично или стално премештати са територије једне на територију друге државе (нпр. привредне организације које се баве међународним превозом). Уколико се главнина послова обавља у једој држави, то место се сматра *централним местом пословања* (*principal place of business, l'ogetto prinicipale dell'impressa*) дате организације. Наведена чињеница може бити довољна да би се та држава сматрала државом стварног седишта, [61] а самим тим може значајно утицати и на одређивање припадности тог лица и меродавног права за његов статус. [62] Чак и у оним државама у којима центар управљања, а не место пословања, има одлучујући значај приликом одређивања стварног седишта, чињеница да је сва делатност привредног

[56] Члан 160. ст. 1. *Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији* (1989).

[57] Члан 2. *Закона о страним улагањима*.

[58] Члан 2. став 2. *Закона о порезу на добит предузећа Републике Србије* (2001). Исту дефиницију садржи и члан 4. ст. 1. тачка 1. савезног *Закона о основама пореског система* (1996).

[59] Члан 3. Конвенције о трговини и пловидби са Шпанијом (1929).

[60] О. Станковић, В. В. Водинелић, *op. cit.* стр. 83.

[61] Види дефиницију седишта прихваћену у нашем *Закону о предузећима*, бр. 23.

[62] Нпр. по члану 25. став 1. *Законика о међународном приватном праву Италије*, "На друштва, удружења, фондације и друге јавне и приватне организације, упркос томе што немају карактеристике удружења, примењиваће се право државе на чијој територији је обављено њихово оснивање. Међутим, примењује се италијанско право ако је седиште управе у Италији и ако је главна делатност поменутих организација лоцирана у Италији. "

друштва лоцирана у једној држави, иако се управа налази у другој, може бити пресудна за закључак суда да се стварно седиште ипак налази у првој држави.[63]

3. 4. 2. Пословна јединица

29. Предузећа основана у једној држави могу пословати на територији друге државе а) непосредно и самостално, б) преко друштва-кћери (филијале – енгл. *subsidiary,* фр. *filiale,* нем. *Tochtergesellschaft,* итал. *filiale*), или в) преко подружнице (представништва) које су основали на њеној територији. Основна разлика између пословања преко филијале и преко подружнице, је у томе што филијала има посебан правни субјективитет, док је подружница само пословна јединица која нема својство правног лица, већ улази у састав правног лица које ју је основало.[64] У жаргону Европске уније право на обављање привредне делатности самостално или путем оснивања предузећа и трговачких друштава у другим државама назива се правом настањивања (*the right of establishment*) и представља једно од основних права гарантованих оснивачким уговорима. [65] У оквиру тога, помиње се примарно пословно настањивање (*primary establishment*), које обухвата право на непосредно и самостално обављање делатности и оснивање трговачких друштава на територији других држава чланица и секундарно пословно настањивање (*secondary establishment*), које обухвата право на оснивање филијала, представништава и заступништава на територији других држава чланица. Међутим, енглеска реч *establishment* (фр. *etablissement*, нем. *Niderlassun*g, шп. *establecimento*, а у енглеском често још и *place of business*) осим што означава пословно настањивање, има још једно важно значење. Она такође представља скупни назив за све организационе облике кроз које се право на пословно настањивање, односно обављање делатности на територији једне државе, може остварити, и у том значењу највише јој на српском одговара превод *место пословања* (евентуално, *пословни настан, пословно*

[63] Види, нпр. одлуку Савезног суда Немачке (BGH) од 21. марта 1986. године, BGHZ 97, 269. S. Rammeloo, *op. cit.* стр. 179.

[64] Види нпр. члан 48. Споразума о стабилизацији и придруживању између Републике Хрватске и Европских Заједница (2001): "Друштво кћи" некога трговачког друштва значит ће трговачко друштво на које прво друштво има превладавајући утјецај. (ц) "Подружница" некога трговачкога друштва значит ће мјесто обављања пословне дјелатности која нема правну особност и која у свом појавном облику има својство трајности, као што је продужетак друштва матице, која има пословно водство и материјално је опремљена за обављање послова с трећим особама тако да оне, иако знају да ће, ако то буде потребно, бити у правној вези с тим друштвом матицом чији је главни уред у иноземству, не морају пословати изравно с том матицом већ послове могу обављати у мјесту пословања које је њезин продужетак. "

[65] Види нпр. члан 48. Споразума о стабилизацији и придруживању између Републике Хрватске и Европских Заједница (2001): "Пословни настан" значит ће:

(i) за држављане право започињања господарских дјелатности као самостално запослене особе и право оснивања подузећа, посебице оснивања трговачких друштава на које имају превладавајући утјецај. Самозапошљавање и подузетништво држављана не обухваћа тражење запослења или запошљавање на тржишту рада нити даје права на приступ тржишту рада друге странке.

..... . (ii) за хрватска трговачка друштва односно трговачка друштва Заједнице право започињања господарских дјелатности оснивањем друштва кћери и подружница у Хрватској односно Заједници. "

место, или, једноставно, *пословна јединица*)[66]. Постојање пословне јединице правног лица на територији државе није довољно да би се извео закључак да то правно лице припада датој држави, нити да у њој има седиште, али може бити релеватнан фактор везивања за неке друге категорије. Тако нпр. у нашем праву постојање представништва или заступништва страног правног лица на територији СРЈ услов је за постојање посебне надлежности југословенског суда у облигационоправним споровима покренутим против тог лица, под додатним условом да је обавеза настала у СРЈ или да треба да се изврши у СРЈ.[67] Место пословања релевантно је и за примену две конвенције о међународној купопродаји. Наиме, да би се сматрало да је купопродаја међународна, односно да потпада под одредбе конвенција, место пословања уговорних страна мора бити у различитим државама.[68] Конвенција о застарелости примењује се само уколико су места пословања уговорних страна у различитим државама *уговорницама.* Конвенција о уговорима о међународној продаји, може се, поред тога, применити и у случају када је за дати уговор меродавно право државе уговорнице. Ако једна уговорна страна има више места пословања (пословних јединица), релевантно је место пословања (пословна јединица) која је у најближој вези са конкретним уговором и његовим извршењем.[69] Код нас је аутор званичног превода на српски језик, у овом случају, уместо термина пословна јединица, или место пословања (*place of business*) погрешно употребио термин седиште.[70] Из овога превода би произилазило да правно лице може имати више седишта, што не би било у складу са нашим унутрашњим прописима.[71] Преводиоци на друге језике нису тако поступили. У преводу на немачки користи се термин *Niderlassun*g, на француски *etablissement*, на шпански, *establecimento*, итд.

4. Закључак

30. Анализом тачака везивања које се примењују у југословенском и упоредном међународном приватном праву када су у питању комерцијална правна лица, добили смо шематски преглед тренутне ситуације у овој области и уочили одређене проблеме у домаћим прописима које би требало што пре решити.

31. Један од послова који предстоји стручњацима у области међународног приватног и привредног права јесте прво, да изграде јасне домаће норме о меродав-

[66] Термин „стална (пословна) јединица" користи се у домаћим пореским прописима (види нпр. Члан 4. *Закона о порезу на добит предузећа Републике Србије* (2001), који користи термин „стална пословна јединица". *Савезни Закон о основама пореског система* (1996) у члану 6 користи термин „стална јединица".

[67] Члан 55. ЗРСЗ.

[68] Члан 1. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (1980). Конвенција је ступила на снагу 1988. године.

[69] Члан 10. ст. 1. Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (1980).

[70] Види текстове конвенције на разним језицима на сајту: *http://cisg. law. pace. edu/cisg/text/text. html*

[71] Види горе бр. 23.

ном праву за статус правних лица које би одговарале приликама у којима се налази наша привреда, и друго, да усагласе домаће правне појмове у овој области са појмовима који се користе у праву Европске уније. Закон о решавању сукоба закона донет је у време када се по југословенском закону нису могла оснивати трговачка друштва у приватној својини и када су пословање страних трговачких друштава на територији Југославији и њихов контакт са домаћим привредним субјектима, били строго контролисани путем рестриктивних прописа о страним улагањима и о спољнотрговинском пословању. Због тога није чудно што норма о припадности правних лица која је у том закону предвиђена, не даје одговор на многа питања која се данас постављају у вези са трговачким друштвима у међународном приватном праву. Задатак је стручњака да та норма што пре буде прилагођена новим околностима, или замењена бољим и јаснијим решењем.

Maja Stanivuković, Ph. D.
Associate Professor of the School of Law in Novi Sad

CONNECTING FACTORS FOR CORPORATIONS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Abstract

First part of this article briefly describes basic functions of connecting factors in Private International Law. They can be an element of bilateral conflict rules, which determine the applicable law, or act as grounds of international jurisdiction of courts. They can also play a role in the definition of a foreign or domestic person for the purposes of determining the rights of aliens. Finally, they can constitute a part of rules, which determine the scope of application of statutes or international conventions.

In the next section, two basic classifications of connecting factors are outlined. One divides them on the basis of the element of a legal relationship to which they relate (a) connecting factors related to natural and legal persons, like nationality, domicile, residence, etc; (b) connecting factors related to things, such as their location and registration, (c) connecting factors, which represent events and actions relevant for creation, change, or termination of a legal relationship, (d) autonomy of the parties, and (e) various instructions to the court, which may stand in place of "real" connecting factors, such as the instruction to apply the law of the closest connection, or to apply the law of the forum.

The main, third part of the article, analyzes four connecting factors relevant to commercial legal entities: nationality, place of incorporation, seat, and place of business.

Special attention in this section is given to explanation of the various uses of each of these factors in domestic PIL. The shortcomings of the domestic rules determining the nationality of legal persons from the PIL Code (1982) (Article 17), and the seat of companies from the Law on Enterprises (1996), are pointed out in particular.

The conclusion is, that the domestic PIL rules for corporations ought to be reformed, to be brought in compliance with the changes that the domestic company law has undergone during the last two decades.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.197-219

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

МЕРЕ У ОБЛАСТИ СУДСКЕ САРАДЊЕ У ГРАЂАНСКИМ СТВАРИМА У ЕЗ[1] И РЕГУЛАТИВА О НАДЛЕЖНОСТИ И ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ ПРЕСУДА У БРАЧНИМ СТВАРИМА И СТВАРИМА РОДИТЕЉСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЗАЈЕДНИЧКУ ДЕЦУ ОБА БРАЧНА ПАРТНЕРА (BRUSSELS II)

Сажетак: *У области проучавања нормативне делатности ЕУ која се обавља на основу члана 65 тачка (а) Амстердамског уговора рад се бави двема темама. Први део је посвећен прегледу мера ЕЗ у области правосудне сарадње у грађанским стварима, а други део Регулативи Савета о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу брачних партнера (Регулатива Брисел II) из 2000. године као једној од мера. Извршена је детаљна анализа одредаба Регулативе која у материји са којом се бави има за циљ постављање унификованих правила међународне надлежности судова држава чланица, аутоматско признање пресуда једне државе чланице у другој држави чланици, поједностављивање поступка признања и извршења тих пресуда ради постизања великог степена правне сигурности грађана ЕУ за кога важи слобода кретања.*

***Кључне речи*:** Европска унија, Европска заједница, правосудна сарадња у грађанским стварима, међународна надлежност, признање и извршење страних пресуда, брачне ствари, ствари родитељске одговорности

[1] Уговор о Европској заједници

Претходница – Бриселска конвенција о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године

Изради Бриселске конвенције о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима из 1968. године (у даљем тексту: Бриселска конвенција) приступило се са идејом да она буде свеобухватан инструмент чији би се домашај простирао на све грађанске и трговачке ствари. Појам грађанских ствари требало је да обухвати и породичне и наследне односе. Велике разлике које су се показале међу правима тадашњих шест држава чланица учиниле су да (и) ове материје, ипак, буду изостављене из области примене Конвенције[2]. Интерпретација Бриселске конвенције од стране Суда правде[3] и пракса тог Суда, као и пракса националних судова држава чланица прецизирале су ставове око ових питања.

Тако, на пример, Суд правде је на основу захтева Hoge Raad der Nederlanden (Врховни суд Холандије) у случају C. H. W. против G. J. H. дао тумачење члана 1, 18 и 24 Бриселске конвенције[4] и заузео став по питању "имовинских права која произлазе из брачних односа". Према том ставу, захтев за одређивањем привремених мера ради обезбеђења предаје документа да би се спречила његова употреба као доказа у поступку против мужа а поводом управљања посебном имовином његове жене не спада у домашај Бриселске конвенције, уколико је то управљање тесно повезано са односом који непосредно произлази из брачне везе. Суд се позвао и на став изражен у пресуди De Cavel[5] у коме је речено да тај израз укључује не само имовинске споразуме које за случај брака специјално и искључиво предвиђају национални правни системи одређених држава, већ сваки имовинскоправни однос који непосредно произлази из брачног односа или његовог разврГнућа.[6] Немачки Bundesgerichtshof је у својој одлуци од 28. фебруара 1996. године искључио захтев за повраћај поклона након раскида веридбе сматрајући да не спада у област примене Бриселске конвенције.[7] С друге стране, издржавање је укључено у област примене Бриселске конвенције без обзира на то да је одређено одлуком која је донесена у поступку за развод брака. У прилог овога говори одлука Суда правде донесена 27. фебруара 1997. године у случају Van den Boogaard против Laumen[8]. Ту

[2] Према тачки 1 става 2 члана 1 Бриселске конвенције, она се неће примењивати на "статус или правну способност физичких лица, имовинска права која произлазе из брачних односа, тестамента и наслеђивања", видети текст код В. Ракић-Водинелић, Г. Кнежевић, *Грађанско процесно право Европске уније*, Београд 1998, 238. Статус или способност физичких лица обухвата пуноважност брака, поништај и развод.

[3] Протокол о тумачењу Конвенције о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима од стране Суда правде Европских заједница од 3. јуна 1971. године.

[4] Judgment of the Court of 31 March 1982, C. H. W. V G. J. H., Reference for a Preliminary ruling: Hoge Raad – Netherlands. Brussels Convention – Interpretation of the terms "wills and succession", "rights in property arising out a matrimonial relationship", "provisional, including protective measures" and of Article 18. Case 25/81. European Court Reports 1982 page 01189.

[5] Judgement of 27 March 1979, De Cavel v De Cavel 143/78, ECR 1979, 1055.

[6] Видети белешку под 3.

[7] P. Gottwald, Juristenzeitung 1997, 92-94; видети пресуду на страни www.curia.eu.int/common/recdoc/convention/en/1997/24-1997.htm

[8] Van den Boogaard v Laumen, C – 220/95.

је речено следеће: уколико образложење одлуке која је донесена у поступку за развод брака показује да је одмерена накнада намењена томе да један од брачних партнера обезбеди за себе издржавање или ако је при одређивању висине те накнаде надлежни орган водио рачуна о потребама и приходима сваког од брачног партнера, сматраће се да се одлука односи на издржавање, те као таква спада у област примене Бриселске конвенције. Иста одлука, такође, наводи да се у случају када се одмерена накнада тиче једино расподеле имовине између брачних партнера сматраће се да се она односи на имовинска права из брачних односа и као таква не може да се изврши на основу Бриселске конвенције. Уколико се одлука односи на обе наведене ствари, она се може на основу члана 42 Бриселске конвенције делимично извршити ако јасно показује циљеве којима различити делови служе.[9]

Основ доношења Бриселске конвенције је у члану 220 Римског уговора који намеће обавезу уговорним странама да обезбеде поједностављење формалности за узајамно признање и извршење одлука судова или трибунала унутар Заједнице, а ради јачања правне заштите лица унутар Заједнице. Као предуслов ефективног функционисања економске заједнице схваћена је потреба за стварањем механизма који ће осигурати да одлуке судова сваке државе чланице буду, под одређеним условима, извршаване унутар читаве Заједнице.

Судска сарадња у грађанским стварима

Од усвајања Бриселске конвенције је прошло скоро 45 година и економска интеграција западноевропских земаља пружа данас сасвим другу слику. На ту другу слику је утицало повећање броја држава чланица, али још више модификација Римског уговора. Најпре је Јединствени европски акт (1986)[10] прописао остварење концепта Европеске заједнице без граница и у склопу тога је уведен појам "Европске судске области" ("European judicial area"). Затим је Уговор о Европској унији потписан у Maastrichtu (1992)[11] предвидео као циљ олакшање слободе кретања лица, уз обезбеђивање безбедности и сигурности народа држава чланица путем укључивања одредби о судству (правосуђу) и унутрашњим пословима. Наслов VI је посвећен судској сарадњи у грађанским стварима као области од заједничког интереса држава чланица ЕУ (Члан 29, ex члан K 1, на полицијску и судску сарадњу у кривичним стварима). Уговор о оснивању Европске заједнице (Римски уговор, 1957) после доношења Уговора из Амстердама (1997)[12] у члану 61(c) (ex члан 73i) прописује да ће Савет ЕЗ ради прогресивног успостављања области слободе, сигурности и правде усвојити мере на пољу судске сарадње у грађанским стварима, у складу са одредбама члана 65 (ex 73m). Нови члан 65 Уговора о Европској Заједници (у даљем тексту: УЕЗ) прописује:

[9] Judgement of the Court of 27 February 1997, Antonius van den Boogaard v Paula Laumen, Case C-220/95, European Court Reports 1997, I-01147.

[10] Official Journal OJ L 169 29/06/1987.

[11] OJ C 191, 29/07/1992; Consolidated version OJ C 340, 10/11/1997.

[12] OJ C 340, 10/11/1997.

"Мере у области судске сарадње у грађанским стварима чије се последице простиру преко границе предузеће се у складу са чланом 67 уколико су непоходне за правилно функционисање унутрашњег тржишта, и оне ће обухватити:

(а) побољшање и поједностављење:
- система прекограничног достављања судских и вансудских докумената;
- сарадњу у извођењу доказа;
- признање и извршење одлука у грађанским и трговачким стварима, укључујући одлуке у вансудским стварима;

(б) развијање компатибилности правила која се примењују у државама чланицама а односе се на сукоб закона и надлежности;

(в) уклањању препрека добром функционисању грађанских поступака, ако се покаже потребним путем унапређивања компатибилности правила грађанског поступка који се примењује у државама чланицама."

Главни циљ сарадње у области грађанског права је успостављање боље сарадње међу властима држава чланица а ради олакшавања живота европског грађанина за кога важи начело слободе кретања. Бечки акциони план о начину најбоље имплементације одредаба Амстердамског уговора које се односе на област слободе, сигурности и правде[13] наглашава да је слобода, схваћена као слобода кретања људи унутар Европске уније основни циљ, али тој слободи Амстердамски уговор даје и шире значење од слободе кретања људи преко унутрашњих граница. Подразумева и слободу да се живи у средини у којој се поштује право и слободу да се живи уз свест да носиоци јавних овлашћења користе све што им је појединачно и колективно у моћи да савладају и задрже оне који негирају или злоупотребљавају ту слободу. Томе служе концепти сигурности и правде. Правда се мора посматрати тако да олакшава свакодневни живот људи и да доведе пред лице правде оне који угрожавају слободу и сигурност појединаца и друштва. Овакав концепт обухвата приступ судовима и пуну судску сарадњу међу државама чланицама. Подржавање правосудне сарадње у грађанским стварима представља основу у стварању Европске правосудне области која треба да донесе опипљиве користи сваком грађанину Уније. Главни циљ у овом контексту јесу принципи правне сигурности и једнаког приступа судовима, укључујући и одређивање надлежног суда, јасно одређивање меродавног права, осигурање ефикасног и поштеног поступка, као и ефикасног поступка извршења. Ту спадају још и поједностављивање достављања докумената и информација, коришћење вишејезичних формулара, стварање механизама или мреже за пружање правне помоћи у поступцима који превазилазе границе једне државе чланице.

Након тога хронолошки следе Закључци Европског савета усвојени на специјалном састанку председника држава и влада одржаном 15. и 16. октобра

[13] Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice, Official Journal of the European Communities C 19/1 (23. 01. 1999.)

1999. године у Тампере-у[14]. Инспирисани су идејом да некомпатибилност или сложеност судског и административног система појединих држава чланица не би смеле да спречавају или обесхрабрују остваривање права грађана и предузетника у Заједници, тј. у другим државама чланицама. У том смислу је у тачци 2 речено:

> *"Европска унија је већ поставила за своје грађане главне чиниоце заједничке области просперитета и мира: јединствено тржиште, економску и монетарну унију и способност да се одговори глобалним политичким и економским изазовима. Изазов Амстердамског уговора сада јесте да се обезбеди да уживање слободе, која укључује право слободног кретања кроз Унију, буде под условима сигурности и правде приступачне свима. Ово је пројекат који одговара често израженим интересима грађана и који непосредно утиче на њихов свакодневни живот.*
>
> .....
>
> *5. Уживање слободе захтева једну својствену правосудну област у којој ће људи моћи да се обрате судовима и властима у било којој држави чланици исто тако лако као и у својим сопственим државама. Криминалци не смеју проналазити путеве искоришћавања разлика међу системима држава чланица. Пресуде и одлуке треба да буду поштоване и извршаване у читавој Унији, обезбеђујући основну правну сигурност људи и предузетника. Већа компатибилност и већа усклађеност међу правним системима држава чланица мора да буде постигнута."*[15]

У циљу реализације идеје издвојена су три приоритета за акцију, и то: побољшање приступа судовима, међусобно признање судских одлука и повећање усклађености у области процесног права.

Побољшање приступа судовима

Побољшање приступа судовима подразумева, између осталог, успостављање минималних стандарда који би обезбедили одговарајући степен правне помоћи у прекограничним случајевима унутар Уније. О овој проблематици је издата Зелена књига "Правна помоћ у грађанским ставрима: проблеми с којима се суочава прекогранични парничар"[16]. Доношење специјалних заједничких процедуралних правила у погледу поједностављених и хитних поступака у потрошачким и трговинским споровима мале вредности, у погледу решавања захтева о издржавању и неоспорених захтева, такође, имају за циљ олакшање приступа судовима. Заједнички минимални стандарди треба да важе и у погледу вишејезичних формулара или докумената који би се користили у прекограничним случајевима у читавој Унији, а били би прихватани као пуноважни документи у свим законским процедурама у Унији. Предвиђено је, такође, усвајање правила алтернативних, вансудских процедура за решавање спорова: Зелена књига о алтернативним начинима решавања спорова у

[14] Видети на адреси http://ue. eu. int/jai која је посећена у септембру 2002. године.

[15] Ibidem.

[16] Green Paper "Legal aid in civil matters: the problems confronting the cross-border litigant", COM/2000/0051/final, 9 February 2000.

грађанским и трговачким стварима објављена је 19. априла 2002. године[17]. Комисија је, такође, усвојила Предлог директиве Савета ради побољшања приступа судовима у прекограничним споровима путем успостављања минималних заједничких правила о правној помоћи и другим финансијским аспектима грађанских поступака.[18] У овај контекст спада још и тематика компензације жртвама криминала, о чему је припремљена Зелена књига.[19]

Међусобно признавање судских одлука и пресуда

Међусобно признавање судских одлука и пресуда изражено као начело треба да постане угаони камен правосудне сарадње како у грађанским, тако и у кривичним стварима. Предвиђено је да у грађанским стварима напори треба да буду усмерени на даље смањивање посредних мера, тј. посебних и посредних поступака који још увек постоје код признања и извршења неке одлуке или пресуде у замољеној држави. Најпре би се ти поступци укинули у погледу одлука поводом потрошачких и трговинских захтева мале вредности и у погледу неких пресуда у области породичних ствари, као што су захтеви за издржавање и право посећивања детета. Овакве би се одлуке аутоматски признавале, без икаквих посебних поступака за испитивање сметњи за признање одлука. Тај развој би могао бити праћен и постављањем минималних стандарда за неке аспекте грађанског судског поступка. Начело међусобног признавања одлука би се примењивало и на мере обезбеђења пре почетка парнице, нарочито у погледу обезбеђивања доказа и заплене покретних добара.

На основу горе наведеног, Савет ЕЗ је усвојио Програм мера за имплементацију принципа међусобног признавања одлука у грађанским и трговачким стварима (2001/C 12/1)[20].

Имајући све ово у виду, садашња ситуација показује да су у овом сегменту већ учињени кораци. Мере које су већ предузете или чије се усвајање разматра су следеће:

I У материји надлежности, признања и извршења одлука:

- Регулатива Савета (ЕЗ) о надлежности и о признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима, No. 44/2001 од 22. децембра

[17] Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM (2002) 196 final, 19 April 2002

[18] Proposal for a Council directive to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid and other financial aspects of civil proceedings, COM (2002) 13 final, 18 January 2002.

[19] Gree Paper: Compensation to Crime Victims, COM (2001) 536 final, 28 September 2001

[20] Council Programme of Measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters, 30 November 2001, OJ C 12/1, 15. 1. 2001.

2000. (Регулатива "Брисел I")[21]. Ова регулатива ступа на место Бриселске конвенције од 27. септембра 1968, изузев у односу на Данску. Она поставља заједничке стандарде о надлежности и о извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима, а укључује и одредбе о уговорима које закључују потрошачи као он-лине трансакције. [22]

- Регулатива Савета (ЕЗ) о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за децу оба брачна партнера, Но. 1347/2000 од 29. маја 2000. (Регулатива "Брисел II")[23]. Ова регулатива ступа на место Конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима из 1998. године која није ступила на снагу пре ступања на снагу Амстердамског уговора. Поставља правила о надлежности, аутоматском признању и поједностављеном поступку извршења одлука о разводу, законској сепарацији или поништају брака, као одлука о родитељској одговорности за децу оба брачна партнера а која је донесена истим поводом.
- Комисија је усвојила 3. маја 2002. године Предлог Регулативе Савета о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одоговорности, која би ступила на место Регулативе (ЕЗ) No. 1347/2000 и модификовала Регулативу No. 44/2001 у стварима које се тичу издржавања.[24] Предлог спаја Регулативу Савета (ЕЗ) No1347/2000, Предлог Комисије о родитељској одговорности који је представљен у септембру 2001.[25] и иницијативу Француске о праву на посећивање која је представљена у јулу 2000.[26]
- Комисија је усвојила 18. априла 2002. године предлог за Регулативу Савета усмерену на стварање Европске извршне наредбе за неспорне захтеве[27]. Предлог има за циљ да одлуке донесене на основу неспорних захтева у једној од држава чланица постану извршне у читавој Заједници без икаквих посредних мера у држави чланици у којој се извршење тражи.

[21] Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, Official Journal L 12 of 16. 012. 2001 ("Brussels I" Regulation).

[22] Видети декларацију Савета и Комисије поводом чланова 15 и 73: http:// europa. eu. int/comm/justice - home/unit/civil - en. htm

[23] Council Regulation (EC) No. 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, Official Journal L 160 of 30. 6. 2000.

[24] COM (2002) 222.

[25] O. J. C 332, 27. 11. 2001.

[26] O. J. C. 234, 15. 8. 2000.

[27] European Enforcement Order for uncontested claims (COM (2002) 159 final).

II У материји стечаја 29. маја 2000. године Савет за правосуђе и унутрашње послове усвојио је Регулативу (ЕЗ) о стечајном поступку No 46/2000[28], која је ступила на снагу 31. маја 2001. године.

III У материји достављања докумената, Савет је 29. маја 2000. године усвојио Регулативу (ЕЗ) о достављању у државама чланицама судских и вансудских докумената у грађанским и трговачким стварима, No1348/2000[29]. Предвиђајући начине достављања има за циљ да омогући побољшање и убрзање поступака.

Повећање усклађености у грађанском праву

Повећање усклађености у грађанском праву подразумева израду нових процесних правила, нарочито у односу на такве елементе који треба да обезбеде ефикасну правосудну сарадњу и приступ праву, као што су, на пример, привремене мере, извођење доказа, платни налози, рокови. Већ апострофирани Програм мера Савета за имплементацију принципа међусобног признавања одлука у грађанским и трговачким стварима[30] садржи предлог за усвајање мера које ће потпомагати међусобно признавање, као што су минимални стандарди у погледу одређених аспеката грађанских поступака, ради повећања ефикасности мера за побољшање извршења одлука и ради побољшања правосудне сарадње у грађанским стварима уопште. У овом погледу је Савет 28. маја 2001. године усвојио Регулативу (ЕЗ) о сарадњи између судова држава чланица у извођењу доказа у грађанским или трговачким стварима, No1206/2001[31], као и Одлуку која успоставља Европску правосудну мрежу у грађанским и трговачким стварима (2001/470/ЕС)[32].

У овом контексту помоћних, потпорних мера појављују се и питања *сукоба закона*: Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године[33] у којој су постављени стандарди за ову област, а комисија је покренула консултације о прелиминарном нацрту предлога за регулативу Савета о меродавном праву за вануговорне обавезе.[34]

[28] O. J. L 160, 30. 6. 2000.
[29] O. J. L 160, 30. 6. 2000.
[30] O. J. C 12, 15. 1. 2001.
[31] O. J. L 174, 27. 6. 2001.
[32] O. J. L 174, 27. 6. 2001.
[33] Пречишћен текст O. J. C 27, 26. 01. 1998, p. 34.
[34] Видети http://europa.eu.int-comm/justice_home/unit/civil_en.htm

Регулатива Савета (ЕЗ) о надлежности и признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за децу оба брачна партнера, No 1347/2000 од 29. маја 2000. (Регулатива "Брисел II")[35]

Иако је идеја да се изради Конвенција која би практично представљала проширење Бриселске конвенције из 1968. године на брачне ствари дуго разматрана, тек се 1993. године приступило реализацији пошто је констатовано[36] да је ступање на снагу Уговора о Европској унији отворило нове перспективе за *европског грађанина,* које су показале неопходним да се предузму мере у погледу одређених аспеката *породичног живота грађана.*[37] У току 1994. године приступило се изради Конвенције која акција је резултирала усвајањем Конвенције о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима 28. маја 1998. године.[38] Пошто ова Конвенција није ратификована пре ступања на снагу Амстердамског уговора, њене одредбе никада нису могле да буду примењиване већ је на њено место ступила Регулатива "Брисел II" која је преузела њену суштину.

Предмет Регулативе спада под домашај члана 65 Уговора о оснивању Европске заједнице, а правни основ њеног доношења је у члановима 61(C) и 67(1). За уређење материје надлежности, признања и извршења одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за децу оба брачна партнера одабрана је *регулатива* као инструмент који садржи прецизне, безусловне одредбе које су обавезне и које се примењују директно и униформно, без потребе да их државе чланице преузимају у национално право.[39]

Регулатива "Брисел II" је подељена у шест глава (I – Област примене; II – Надлежност; III – Признање и извршење; IV – Опште одредбе; V – Прелазне одредбе; VI – Завршне одредбе). Прве три главе представљају суштину Регулативе са аспекта циља.

Глава I – Област примене

Члан 1 Регулативе одређује област примене ратионае материае и територијалне границе њене примене. Примењује се на грађанске поступке у стварима развода, законске сепарације и неважности брака (брачне ствари), с једне стране и на грађанске поступке у стварима родитељске одгворности за (заједничку) децу оба брачна партнера када се оне везују за брачне ствари у питању.

Област се, дакле, одређује с обзиром на врсту поступка и с обзиром на ствари које су предмет таквог поступка. Поступак је одређен као "грађански" ради разгра-

[35] OJ L 160, 30/06/2000, стр., 0019-0029., ступила на снагу 1. марта 2001. године.

[36] Састанак Европског Савета који је одржан 10. и 11. децембра 1993. године у Бриселу.

[37] Proposal for a Council regulation (EC) on jurisdiction, and the recognition and enforcement OF judgements in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for joint children, Brussels, 04. 05. 1999, COM (1999) 220 final, 99-0110 (CNS).

[38] OJ C 221 od 16. 7. 1998. str. 27.

[39] Видети стр. 4 Proposal for a Council regulation, као и алинеје 5-7 Регулативе.

ничења са верским поступцима, који се у државама чланицама могу јавити као последица имиграције, као на пример у случају муслиманских и индуских бракова[40]. С обзиром на разлике у правима држава чланица Регулатива изједначава са судским поступцима грађанске *не-судске* поступке, тј. управне, као што и "израз "суд" обухвата све власти које су надлежне[41] у Државама чланицама"[42] у брачним стварима и стварима родитељске одговорности.

Брачне ствари обухватају развод, раставу од стола и постеље и неважност брака и тичу се једино самог престанка брачне везе, док су искључена питања, као што су, на пример, кривица брачних партнера, имовинске последице брака, издржавање[43] или друге акцесорне мере (право на име).[44]

Укључивање ствари које се тичу родитељске одговорности у Регулативу представљало је тежак задатак, пошто у неким државама чланицама одлуке у брачним стварима морају да обухвате и ове ствари, док су у другима те две врсте ствари подвргнуте потпуно другачијим поступцима и, чак, спадају у надлежност различитих органа. Ипак, заузет је став да ствари родитељске одговорности (при том се родитељска одговорност дефинише по праву дотичне државе чланице у којој се родитељска одговорност разматра) спадају под област примене Регулативе у случајевима у којима су везане за брачне поступке када се ови спроводе. У овом контексту се поставило и питање коју децу треба обухватити: биолошку и усвојену децу брачних партнера или такође и тзв. "децу породице" под којима се подразумевају деца једног или оба брачна партнера из претходних веза. Заузет је став да су регулативом обухваћена заједничка деца оба брачна партнера, имајући у виду да се мере родитељске одговорности одређују с обзиорм на тесну везу са поступком развода, законске сепарације или оглашења неважећим брака из кога су деца, док би у пртивном могла да буду повређена фундаментална права оца или мајке који живе у другој држави чланици.

У погледу територијалних граница важења Регулативе став 3 члана 1 одређује да израз "држава чланица" означава све државе чланице ЕУ, осим Данске.

Глава II – Надлежност

Глава II је подељена на одељке који регулишу општа питања надлежности (чл. 2 - 8); испитивање надлежности (чл. 9 – 10); lis pendens и зависне захтеве (чл. 11) и привремене и заштитне мере (чл. 12).

---

[40] Члан 40 регулише положај споразума између појединих држава чланица (Португалија, Шпанија, Италија) и Свете Столице, видети A. BORRÁS, Explanatory report on the Convention, drawn up on the basis of Article K. 3 of the Treaty on Euroepan Union, on Jurisdicition and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters, Official Journal C 221, 16/07/1998, стр. 27-64.

[41] Према финском праву, на пример, ствари које се тичу старања, боравишта и виђења детета могу бити предмет споразума између родитеља, који споразум подлеже одобрењу општинског савета за социјална питања.

[42] Став 2 члана 2 Регулативе.

[43] Издржавање спада у област примене Бриселске конвенције I, тј. Регулативе Брисел I.

[44] Видети код A. BORRÁS, op. cit., стр. 9.

Члан 2 поставља критеријуме (основе) међународне надлежности у стварима развода, законске сепарације и неважности брака судова држава чланица ЕУ. Ти критеријуми су објективни, они су у складу са интересима странака и чине флескибилна правила да би удовољили мобилности појединаца и задовољили њихове потребе[45]. Регулатива не одређује суд опште међународне надлежности, нити прописује хијерархију између прописаних основа. Ово се објашњава *природом* односа који настаје распадом брака када се ситуација у кратком року стално мења. Због тога се основи међународне надлежности описују као објективни, алтернативни и искључиви (набрајање је таксативно[46]).

Објективност значи да судови морају испитати своју међународну надлежност на основу члана 9 и одбити надлежност ако не постоје основи из члана 2: уколико један од брачних партнера покрене поступак у некој од држава чланица чији судови нису надлежни по одредбама члана 2, ти судови се не могу огласити надлежним на основу тога што се други брачни партнер појавио пред судом да би оспорио захтев. Основи надлежности изражавају стварну везу између одређеног/одређених лица и неке од држава чланица. Они су постављени алтернативно, што значи да уврштавање под тачку (а) или (б) става 1 члана 2 не одређује првенство примене. Искључивост значи да су основи међународне надлежности наведени у члану 2 *једини* који се односе на брачне ствари И као такви се једино ти основи могу користити за заснивање међународне надлежности судова држава чланица, алтернативно, без прописивања хијерархије међу њима[47]. Према томе, у брачним стварима су међународно надлежни судови оне државе чланице (чл. 2(а)):

- на чијој територији брачни партнери имају уобичајено боравиште, или
- на чијој територији су брачни партнери имали последње уобичајено боравиште, под условом да један од њих још увек борави тамо (према објашњењу коментатора, ова формулација може да проузрокује тешкоће у случајевима када се један од брачних партнера после слома брака врати у земљу свог домицила или држављанства од пре закључења тог брака, у којој долази до ограничења по алинејама 5 и 6), или
- на чијој територији тужени има уобичајено боравиште (ацтор сеqуитур), или
- на чијој територији у случају заједничког захтева било који од брачних партнера има уобичајено боравиште.

Алинеје 5 и 6 дозвољавају надлежност форум ацторис на основу уобичајеног боравишта у комбинацији са другим елементима, и то:

[45] Критеријуми су постављени тако да се избегне ситуација у којој би се питање пуноважности брака разматрало у поступку поништаја у случају смрти једног или после смрти оба брачна партнера (на пример, као претходно питање у оставинским поступцима, пошто овакве ситуације не спадају у област примене Регулативе; видети код A. BORRÁS, op. cit., 10.

[46] Листа из члана 2 се сматра исцрпном и затвореном.

[47] За разлику од Бриселске конвенције из 1968. године, која је у чл. 16. прописивала да у одређеним стварима судови одређене државе чланице имају искључиву надлежност која ужива првенство над осталим основама надлежности.

- међународно надлежни су судови државе чланице на чијој територији има уобичајено боравиште тужилац (подносилац захтева), уколико је непосредно пре подношења захтева најмање годину дана тамо боравио; или
- на чијој територији има уобичајено боравиште тужилац, уколико је непосредно пре подношења захтева најмање шест месеци тамо боравио и држављанин је те државе чланице[48].
- Тачка (б) члана 2 поставља последњи алтернативни основ међународне надлежности у брачним стварима: то је суд оне државе чланице чије држављанство је заједничко држављанство оба брачна партнера[49].

Члан 3 Регулативе поставља основе међународне надлежности у стварима родитељске одгворности за заједничку децу оба брачна партнера, односно одређује у којим случајевима и под којим условима ће органи државе чији судови су на основу члана 2 међународно надлежни у брачним стварима, бити међународно надлежни и у овим стварима.

Став 1 члана 3 прописује да ће *органи* државе државе чланице чији судови на основу одредби члана 2 одлучују у брачним стварима бити међународно надлежни (и) у стварима родитељске одговорности уколико дете има уобичајено боравиште у тој држави чланици. У објашњењима уз Конвенцију из 1998. године и уз Регулативу се посебно наглашава да ова одредба има за циљ да осигура да и у брачним стварима, и у стварима родитељске одгворности одлучју органи *исте државе*, што, међутим, не значи да су то и *исти* ти органи.

Став 2 члана 3 одређује под којим условима органи државе чланице који одлучују у брачним стварима могу имати међународну надлежност и у стварима родитељске одговорности уколико дете *нема* уобичајено боравиште у тој, већ у другој држави чланици. Ту су прописана два *кумулативна* услова: (а) бар један од брачних партнера мора да има родитељску одговорност у односу на то дете, и (б) брачни партнери морају прихватити надлежност тог суда И та надлежност мора да буде у најбољем интересу детета[50].

У ставу 3 члана 3 је изражен став да у стварима родитељске одговорности не постоји перпетуатио јурисдицтионис, те да ће међународна надлежност органа државе чланице чији орган одлучује у брачним стварима престати: (а) чим пресуда којом се усваја или одбија захтев за развод, законску сепарацију или неважност постане коначна[51], или (б) у случајевима у којима је на дан из тачке (а) одлука у стварима родитељске одговорности још у току, чим одлука у овим стварима

[48] Видети ближе код A. BORRÁS, op. cit., 12.

[49] У случају Уједињеног Краљевства и Ирске уместо држављанства основ је домицил, са значењем које он има у правним системима УК и Ирске.

[50] Видети такође, M. SUMAMPOUW, Parental Responsibility Under Brussels II, in: J. BASEDOW et al, eds., Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr, 2000, T. M. C. Asser Press, The hague, The Netherlands, 729 – 744.

[51] У смислу да се против ње не може уложити никаква жалба или било какав захтев за преиспитивање.

постане коначна[52], или (ц) ако се поступци из тачке (а) и (б) окончају из неког другог разлога, као на пример, због повлачења тужбе за развод или због смрти једног брачног партнера. У овим случајевима међународна надлежност у стварима родитељске одговорности одређује се по националним прописима држава чланица или по одговарајућим међународним конвенцијама.

Члан 4 Регулативе успоставља однос између основа надлежности у стварима родитељске одговорности из члана 3 и циљева Хашке конвенције о грађанскоправним последицама међународне отмице деце из 1980. године, а нарочито са члановима 3 и 16 исте. Одредбом се жели осигурати да у случају отмице деце поводом слома брака, поступак покренут пред судом државе чланице на основу члана 3 Регулативе буде у оквирима које поставља Хашка конвенција, тј. приоритет треба дати одредби њеног члана 16[53], која треба да спречи доношење мера које би модификовале родитељску одговорност пре мего што се донесе одлука о враћању или о невраћању детета.

Одредба члана 5 даје међународну надлежност за противтужбе истим оним судовима држава чланица пред којима је поступак у току на основу чланова 2 – 4, уколико противтужбе спадају под област примене Регулативе.

Имајући у виду могућност да у неким државама чланицама постоји законска сепарације (растава од стола и постеље) члан 6 прописује да су за развод тих бракова надлежни судови држава чланица на основу члана 2, али исто тако и судови оне државе чланице у којој је одлука о сепарацији донесена, с тим да је у погледу могућности конверзије сепарације у развод *меродавно* право те државе чланице.

Члан 7 наглашава *искључиву* природу надлежности прописане одредбама чланова 2 – 6 Регулативе. То значи да у споровима који су покривену регулативом, брачни партнер који има уобичајено боравиште или је држављанин једне од држава чланица, може да буде тужен у другој држави чланици само и једино пред органима надлежним на основима који су прописани одредбама чланова 2 – 6.

Члан 8[54] посвећен је, тзв. "резидуалној" надлежности, и с једне стране поставља границе географске примене Регулативе, а с друге стране успоставља однос између одредбе члана 7 о искључивој надлежности уређене Регулативом и међународне надлежности прописане националним правом држава чланица. Примена националних прописа се врши само у складу са овим чланом. Он покрива ситуације у којима један од брачних партнера има уобичајено боравиште у држави *нечланици* и ниједан од основа међународне надлежности из чланова 2 – 6 не постоји. Тада ће се међународна надлежност одредити по националним прописима дотичне државе чланице[55]. Да би се ова одредба могла применити, морају да буду испуњени следећи услови: (а) подносилац захтева треба да је држављанин државе

[52] Ова одредба не даје места за perpetuatio jurisdictionis, већ осигурава да се започети поступак не прекине, уколико се поступак у брачној ствари оконча раније. Случај из тачке (а) претпоставља да поступак по питању родитељске одговорности није покренут.

[53] Видети Службени лист СФРЈ, Међународни уговори, 7/91.

[54] Ово је члан који одговара правилима о прекомерној надлежности из чл. 3 – 4 Бриселске конвенције из 1968.

[55] Видети о томе код A. BORRÁS, op. cit., 17 – 19.

чланице са уобичајеним боравиштем у другој држави чланици[56], и (б) лице према коме се поставља захтев (1) мора да има уобичајено боравиште *изван* држава чланица и (2) *није држављанин* неке од држава чланица. Ови услови су кумулативни, иначе би Регулатива била примењива.

Главу о међународној надлежности заокружују одредбе о испитивању надлежности, о литиспенденцији и о привременим и заштитним мерама.

Испитивање надлежности по члану 9 се обавља по *службеној дужности* и *аутоматски*, без захтева било које стране. Суд којем је поднесен захтев ће се огласити ненадлежним, уколико установи да он по одредбама регулативе није, а да је суд неке друге државе чланице надлежан. Овом одредбом се желео избећи да се странке, користећи се алтернативно постављеним основима из члана 2 обрате суду државе чланице који би примењујући своје колизионе норме применио законодавство које би за странке било повољније.

Члан 10 испитује допуштеност поступка, односно гарантује право одбране. Уколико се тужени не појави пред судом, надлежни суд ће *обавезно* прекинути поступак. Прекид траје онолико дуго, колико је потребно да се докаже да је туженибио у стању да благовремено прими писмено којим се покреће поступак, или да су у том циљу предузете све неопходне мере. Благовременост достављања се цени по стандарду по којем тужени мора имати довољно времена да припреми своју одбрану[57].

Члан 11 регулише литиспенденцију и зависне захтеве. У ставу 1 је садржано традиционално правило да би се избегле паралелне тужбе и могућност доношења дивергентних одлука у истим стварима: уколико је поводом истих ствари, које спадају у област примене Регулативе (брачне и ствари родитељске одговорности), и истих тужбених захтева између истих странака поступак покренут пред судовима различитих држава чланица, суд пред којим је поступак *касније* покренут, *прекинуће поступак по службеној дужности.* Овај прекид може да траје до успостављања надлежности суда пред којим је *раније* покренут поступак.

Став 2 члана 11 односи се само на *брачне* ствари и дугује своје постојање разликама између националних права држава чланица у погледу дозвољенсоти развода, законске сепарације и неважности бракова.[58]. Таква ситуација доводи до тога да и у случајевима када спорна ствар и тужбени захтев *нису* исти, два захтева између истих странакла стварају "лажни лис пенденс" који омогућује примену правила о литиспенденцији. Одредба става 2 *не* обухвата ствари родитељске одговорности.

Став 3 одређује последице ситуације у којој суд државе чланице пред којим је поступак *раније* покренут успостави надлежност: (а) суд државе чланице пред ко-

[56] Принцип асимилације по коме се изједначавају држављани држава чланица.

[57] Став 2 члана 10 предвиђа да се уместо става 1 применивати одредбе Регулативе Савета (ЕС) No 1348/2000 од 29. маја 2000. године о достављању судских и вансудских аката у грађанским и трговачким стварима у државама чланицама.

[58] Видети детаљно код A. BORRÁS, op. cit., 21, par. 52 – 57: тешкоћу представља, на пример, да је у Шведској и Финској једини начин престанка брака развод, те се по тим правима не може прогласити брак неважећим, што има последице у односу на дејства престанка брака.

јим је поступак покренут касније одређиће се надлежности у корист првог, и (б) пошто се тај суд *одрекне* надлежности, странка која је поднела захтев овом суду, може исти захтев поднети суду пред којим је поступак раније покренут и који је успоставио надлежност[59].

Одредба последњег члана ове главе даје овлашћење судовима држава чланица да предузимају привремене и заштитне мере. Карактеристика члана 12 јесте да се мере предузимају (а) у односу на лица и имовину на територији одређене државе чланице; (б) предузимају се у вези са стварима које спадају у област примене Регулативе; (в) предузимају се у складу са националним правом територијалне државе чланице; (г) предузимају се у хтиним случајевима; (д) суд дотичне државе је овлашћен да их предузме и ако је на основу Регулативе суд неке друге државе чланице међународно надлежан за меритум спора. Овако предузете мере престају да важе када суд државе чланице надлежан по Регулативи донсе одлуку у датој ствари и та одлука буде призната (извршена) по одредбама регулативе.

Глава III – Признање и извршење

Ова Глава садржи правила о признању (Одељак 1) и извршењу (Одељак 2) пресуда у барчним стварима и стварима родитељске одгворности.

Појам *пресуде* која може да буде предмет признања и извршења одређен је у члану 13. Пресуда за циљеве Регулативе означава: (1) развод, законску сепарацију или неважност брака који су изречени од стране *судова* држава чланица, као и пресуде које се односе на родитељску одговорност брачних партнера а које су донсене поводом наведених поступака у брачним стварима, без обзира на *назив* који пресуда може да има (декрет, наредба или одлука). У вези са овом дефиницијом је постављено питање да ли пресуда подразумева само одлуку којом се удовољава захтеву (позитивна одлука) или укључује и негативне одлуке, тј. оне које одбијају захтев за развод, сепарацију или поништај брака. С обзиром на циљ регулативе, који се састоји у олакшавању признања и извршења, заузет је став да пресуда подразумева само *позитивну* одлуку. С тим у вези, међутим, треба напоменути да је у стварима родитељске одговорности одлука за једног родитеља позитивна, а за другог негативна по природи ствари, те су такве одлуке обухваћене појмом пресуде. (2) Одредбе ове главе се односе и на трошкове поступка који се спроводе по Регулативи. (3) За циљеве Регулативе, и документи који су издати, или су регистровани као аутентични инструменти и који су извршни у једној од држава чланица, као И нагодбе одобрене од стране судова у току поступка и које су извршне у држави чланици у којој су закључене, подобне су за поступак признаја и извршења по одредбама Регулативе.

[59] Видети пример наведен у објашњењима код A. BORRÁS, op. cit., , стр. 22, пар. 57.

Одељак 1 – Признање (чл. 14 – 20)

У погледу признаја пресуде донесене у једној од држава чланица усвојен је принцип *аутоматског* признања у другој држави чланици, што значи да признање не изискује никакав посебан поступак (члан 14/1). Најважније дејство аутоматског признања јесте да се не захтева никаква процедура у циљу ажурирања књига грађанских стања у једној држави чланици на основу пресуде о разводу, сепарацији или неважности брака донете у другој држави чланици. За ове сврхе је довољно да је пресуда *коначна*, тј. да се против такве пресуде по праву државе у којој је донесена не може уложити жалба. Овакво признање се не сматра судским признањем већ је изједначено са признањем ради уписивања у књиге грађанских стања.

Признање или одбијање признања пресуде о престанку брачне везе[60] може да тражи свако ко има интерес за то (јавни тужилац, на пр.), а ко има такав интерес, одредиће меродавно национално право (државе у којој се тражи признање, односно одбијање признања). О признању се може одлучити не само као о главном питању, већ и као о претходном.

Разлози непризнања пресуда садрани су у члану 15 Регулативе и формулисани су као сметње признању, посебно у односу на пресуде о разводу, законској сепарацији и неважности брака и посебно за пресуде о родитељској одговорности. Ово раздвајање се објашњава с једне стране тиме да ове пресуде могу да буду донешене од стране различитих органа, а с друге стране различтим циљевима процедуре у једној и у другој ствари.

Члан 15/1 поставља следеће сметње признању пресуда у брачним стварима:

(а) Пресуда се неће признати ако је признање очигледно супротно јавном поретку државе у којој се тражи признање. Због разлика у супстнацијалним правима држава чланица у овом домену и бојазни оних од њих у којима су услови за развод брака лакши да њихове пресуде неће бити признаване од стране држава чланица у којима су услови тежи, регулативе садржи ову класичну сметњу за признање страних пресуда. Истовремено су, међутим, постављене и гарантије у циљу уског тумачења ове сметње, и то: (I) одредба члана 19 не дозвољава испитивање стране пресуде по меритуму; (II) одредба члана 18 не допушта не-признање стране пресуде из разлога што држава признања на основу истих чињеница *не би* изрекла развод, сепарацију или неважност брака; (III) одредба члана 17 не допушта приговор јавног поретка поводом правила о међународној надлежности из регулативе.

(б) Пресуда се неће признати ако је донесена због изостанка туженог, уколико он није правилно и благовремено обавештен ради припреме своје одбране, осим ако се утврди да је тужени несумњиво прихватио пресуду (на пример, закључујући нови брак).

[60] Видети члан 1 Регулативе о области примене.

(в) Пресуда се неће признати ако је она неспојива са пресудом која се односи на исте странке донесене у држави признања, без обзира на то да ли је ова друга донесена пре или после пресуде чије се признање тражи[61].

(г) Пресуда се неће признати ако је неспојива са другом пресудом између истих страна која је донесена у другој држави чланици или у држави *нечланици*, и то (i) раније од пресуде чије се признање тражи, и (ii) испуњава услове за признање у држави чланици у којој се признање тражи[62].

Члан 15/2 прописује сметње за признање пресуда у стварима родитељске одговорности. Те су сметње, с обзиром на природу и остељивост ствари родитељске одговорности другачије формулисане и захтевају од суда признања темељнији приступ. Нарочито је значајна обавеза уважавања најбољег интереса детета као идеје водиље приликом одлучивања о признању или непризнању конкретне пресуде. Сметње су формулисане на следећи начин:

(а) Страна пресуда се неће признати, ако би њено признање било очигледно супротно јавном поретку државе чланице у којој се признање тражи, с тим да се при томе мора водити рачуна о најбољем интересу детета. Ово значи да ће се признати страна пресуда чак и ако је она супротна јавном поретку државе признања, уколико обезбеђује најбољи интерес детета.

(б) Страна пресуда се неће признати ако је она донесена, а да детету није омогућено да, супротно основним принципима процедуре државе чланице у којој се признање тражи, буде саслушано[63]. Уколико је пресуда донесена под овим околностима због хитности, ове нису сметња признању. Детету се мора дати могућност саслушања у складу са правилима која се примењују у држави чланици у којој се признање захтева, а ови морају укључивати правила Конвенције о правима детета из 1980. године.[64].

(в) Страна пресуда се неће признати ако је донесена због изостанка тужене стране[65].

(г) Страна пресуда се неће признати на захтев било ког лица које тврди да она вређа њено/његово право родитељске одговорности, а донесена је а да таквом лицу није омогућено да буде саслушано у ствари.

[61] Ако се у држави А донесе пресуда о сепарацији, а у држави Б пресуда о разводу: (а) признање пресуде државе А о сепарацији ће се одбити у држави Б због неспојивости са пресудом у држави Б о разводу, али (б) признање пресуде о разводу државе Б се неће одбити у држави А, јер развод није неспојив са пресудом о сепарацији државе А, већ може да претходи разводу, видети ближе код А. BORRÁS, op. cit., стр. 27, пар. 71.

[62] Код постојања пресуде о разводу државе нечланице А, после које следи пресуда о сепарацији државе чланице Б, држава чланица Ц ће одбити признање сепарације због тога што пресуда нечланице А испуњава услове за признање развода у држави (и по условима) државе чланице Ц, те је каснија сепарација неспојива са ранијим разводом. Видети детаљно код А. BORRÁS, op. cit., стр. 28, пар. 71.

[63] Видети ближе код А. BORRÁS, op. cit., стр. 28, пар. 73.

[64] Видети нарочито члан 12 Конвенције.

[65] Видети горе, код услова признања пресуда у брачним стварима.

(д) Страна пресуда се неће признати ако је неспојива са *каснијом*[66] пресудом по питању родитељске одгворности донесеној у држави чланици у којој се признање тражи, или

(ђ) Страна пресуда се неће признати ако је неспојива са *каснијом* одлуком по питању родитељске одгворности донесеној у другој држави чланици или у држави *нечланици* у којој је уобичајено боравиште детета, под условом да каснија одлука испуњава услове за признање у држави чланици у којој се признање тражи.

Иако Регулатива не дозвољава контролу надлежности суда порекла одлуке, због одредбе члана 8 о резидуалној надлежности, чланом 16 се уређује још једна сметња признању и извршењу пресуде донете у другој држави чланици. Овај члан предвиђа могућност да се пресуда донесена против туженог који нема уобичајено боравиште у некој од држава чланица, нити је држављанин једне од њих не призна, уколико је суд, истина, засновао надлежност на основу члана 8 по својим националним прописима, али су те основе надлежности различите од оних који су предвиђени члановима 2 – 7. Оваква заштита од прекомерне надлежности судова држава чланица је могућа, међутим, само на основу посебног споразума о признању и извршењу пресуда између државе чланице и треће државе.

У склопу правила о признању и о аутоматском признању коначних одлука треба навести и одредбу члана 20 која даје *овлашћење* суду државе уговорнице у којој се тражи признање пресуде друге државе уговорнице да *прекине* поступак, уколико је против пресуде уложена редовна жалба.

Одељак 2 – Извршење (чл. 21 – 31)

Овај одељак уређује потребу егзекватуре у случајевима када пресуду донесену у једној држави чланици треба извршити у другој и успоставља заједничка минимална правила у том погледу, која ће заузети место националних правила, као и конвенцијске режиме појединих држава чланица. У поступку егзекватуре: (а) суд надлежан по одредбама Регулативе, (б) на захтев заинтересоване стране, (в) треба да донесе одлуку о подобности за извршење пресуде у држави у којој се признање тражи, (г) а та могућност се може одбити само на основу разлога навдених у одредбама чланова 15, 16 и 17 Регулативе.

С обзиром на ограничену област примене Регулативе и аутоматско признање одлука у брачним стварима (што укључује и ажурирање књига грађанских стања) правила о извршењу су потребна само у односу на вршење права роитељске одговорности за децу оба брачна партнера. Када се издејствује егзекватура примена

[66] Ове пресуде треба да су донесене касније, пошто се раније пресуде узимају у обзир код пресуда везаних за брачне ствари. Циљ је да се избегне контрадикција између пресуде донесене, на пример, у другој држави чланици о разводу и о старању о детету и пресуде државе форума којом је оспорено очинство.

Регулативе престаје, а саме мере извршења се предузимају по националном праву државе која је установила подобност за извршење стране пресуде.

(а) Члан 22. Регулативе одређује који су судови појединих држава чланица међународно надлежни за поступак признања (по одредбама члана 14/3) и извршења страних пресуда (стварна надлежност)[67]. Такође се одређује и месна надлежност локалних судова у погледу захтева за извршење. То су, у првом реду судови надлежни по уобичајеном боравишту лица према коме се извршење тражи, или судови надлежни по уобичајеном боравишту било ког детета којих се захтев тиче. Ако се ни једно од тих места не налази у држави чланици у којој се извршење тражи, надлежност локалних судова се одређује по месту извршења.[68] Регулативе прописује, међутим, обавезу подносиоца захтева да одреди адресу за достављање писмена у области суда коме је захтев поднесен, или, пак, именовање пуномоћника ад литем (члан 23/2).

(б) Под страном која је заинтересована за подношење захтева подразумева се не само брачни партнер или деца, већ и органи јавне власти (на пример, јавни тужилац) ако је то дозвољено по националним прописима одређене државе чланице.

(в) Надлежни суд по захтеву за извршење (признање) одлучује "без одлагања", иако Регулатива не поставља конкретан рок, пошто такви рокови не постоје у пракси судова. [69] Поступак егзекватуре је унилатералан, ех парте, у коме лице против кога се дозвола извршења тражи *није овлашћено* да у овој фази поступка подноси било какав приговор на захтев (члан 24/1).

(г) Захтев за извршење се може одбити само по разлозима који су одређени у члановима 15, 16 и 17 Регулативе, а пресуда се ни у ком случају не може испитивати по меритуму (члан 24/3), тј. суд не може преиспитати мере које се односе на старање о деци.

С обзиром на неконтрадикторну природу поступка дозволе извршења приликом доношења одлуке о захтеву (члан 24/1), а да би се испоштовало право одбране, Регулатива даје право жалбе лицу против кога је захтев постављен, у случају да се дозволи извршење, али исто тако и лицу које је тражило извршење. Жалба се подноси надлежном жалбеном суду (члан 26/2) у року од месец дана од дана достављања одлуке. Ако страна против које је извршење дозвољено има уобичајено боравиште у некој другој, а не у оној држави чланици у којој је донесена одлука, рок подношења жалбе износи два месеца од дана достављања било њему лично, било на адресу његовог боравижта (члан 24/5). Поступак по жалби пред међународно надлежним судом је контрадикторан[70]. Другостепена одлука се може напасти само пред касационим или другим врховним судовима (члан 27).

[67] Видети члан 22/1 Регулативе.

[68] Видети члан 22/2 Регулативе.

[69] Видети Proposal for a Council Regulation (EC) on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility for Joint Children, COM (1999) 220 final, стр. 23 и члан 24/1 Регулативе.

[70] Видети код A BORRÁS, op. cit., стр. 33, ПАР. 92.

Паралелна ситуација горњој јесте она када се егзекватура *одбије*. У том случају подносилац захтева за дозволу извршења такође има право да изјави жалбу међународно надлежном суду (члан 26/2), а лице против кога се извршење захтева биће позвано пред жалбени суд, с обзиром на контрадикторност поступка пред жалбеним судом (члан 26/4). Рок за подношење ове жалбе није одређен, што значи да тражилац извршења то може да уради када то сматра неопходним, а све да би се пружила шанса да пресуда донесена у једној држави чланици добије егзекватуру да би остварила свој природан циљ[71]. Пресуда по овој жалби, такође, подлеже касацији.

Што се даљих питања поступка егзекватуре тиче, дозвола извршења може да се да у погледу читаве пресуде, а може се тражити и делимично извршење (члан 29); подносилац захтева бесплатну судску помоћ у држави у којој се тражи егзекватура (члан 30); исти ће бити изузет од обавезе полагања кауције на основу чињенице да је страни држављанин или да нема уобичајено боравиште у држави у којој се тражи дозвола извршења (члан 31).

Одељак 3 – Заједничке одредбе (чл. 32 – 35)

Одредбе овог одељка имају за циљ да омогуће спровођење у живот одредаба једне од централних глава – Главе III – ове Регулативе. Оне одређују документе које треба поднети ради спровођења поступка признања и извршења (чланови 32 – 33), поступање у случају да се потребни документи не поднесу (члан 34), одредбу о одсуству потребе легализације или других формалности приликом подношења потребних докумената (члан 35).

Глава IV - Опште одредбе (чл. 36 – 41)

Општим одредбама су регулисана питања хијерархије између регулативе и конвенција које међу државама чланицама уређују питања из области Регулативе (члан 36/1), положај Финске и Шведске с обзиром на чланство у Конвенцији о међународноприватноправним одредбама о браку, усвојењу и старатељству из 1931. године (члан 36/2), однос Регулативе према одређеним мултилатералним конвенцијама (чланови 37 - 38), споразуме између држава чланица који ће имати за циљ олакшавање примене Регулативе (члан 39), положај уговора са Светом столицом (члан 40), проблем држава са нејединственим правним поретком (члан 41).

Глава V – Прелазне одредбе (чл. 42)

Регулатива прописује у члану 42 да ће се њене одредбе примењивати само: (1) на поступке који су покренути (2) на документе који су састављени или регистро-

[71] Ibidem.

вани као веродостојне исправе, и (3) на поравнања која су одобрена од стране неког суда у току поступка спроведеног *након њеног ступања на снагу.*

Пресуде које су донесене после ступања на снагу Регулативе, али у поступку који је покренут пре њеног ступања на снагу, признаће се и извршити у складу са одредбама Главе III, ако је надлежност заснована на одредбама које су у складу са одредбама било Главе II Регулативе, било са одредбама конвенције закључене између државе чланице порекла одлуке и државе чланице у питању и која је била на снази у време започињања поступка (члан 42/2). Ова одредба значи да суд дотичне државе чланице мора да испита надлежност суда државе порекла која није могла да буде испитана на захтев туженог у држави порекла на основу одредаба Регулативе.

Глава VI – Завршне одредбе (чл. 43 – 46)

Праћење остваривања Регулативе ће се одвијати на основу члана 43, сваких пет година почев од 1. марта 2006. године путем подношења извештаја Европском Парламенту, савету и Комитету за економска и социјална питања од стране Комисије. У случају потребе, извештај ће обухватити и предлоге за измене.

Регулатива је ступила на снагу 1. марта 2001. године и она је у целини и директно примењива у свим државама чланицама, осим Данске (члан 1/3) у складу са Уговором о оснивању Европске заједнице.

Bernadet Bordaš, Ph. D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad

MEASURES IN THE AREA OF JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS WITHIN EUROPEAN COMMUNITY TREATY AND THE EC REGULATION ON JURISDICTION AND THE ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS IN MARITAL AFFAIRS AND MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY FOR CHILDREN OF BOTH SPOUSES (BRUSSELS II)

Abstract

Article 65 of the EC Treaty envisages measures, which will be taken in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, in order to enable the proper functioning of the internal market. These measures should include the improving and simplifying the system for cross-border service of judicial and extra-judicial documents, cooperation in the taking of evidence, the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases; promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction; eliminating obstacles to the good functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States. In order to achieve these goals, during the last three years a whole series of activities have been undertaken as well as the preparations for the writing and adoption of a number of documents.

Among the first to be adopted was the Council Regulation on the jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in marital affairs and matters of parental responsibility for children of both spouses, dated May 29, 2000, which came into effect on March 1, 2001. Its particular importance is that it is one of the first EC documents which regulate the segment relating to the area of marriage and parental responsibility, in civil matters, which was omitted from the scope of application of the Brussels Convention on the jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters in 1968, as a consequence of differences among the laws of member states and the sensitivity of the matter itself, but which was necessary for the realization of the concept

of the unimpeded functioning of the internal market and the principle of free movement within the European Community.

As part of wider measures, the Regulation realizes provides for the unification of rules on international judicial jurisdiction of Member States, as well as the concept of automatic recognition of judgments in marital affairs, which include divorce, legal separation and marriage annulment. This automatic recognition means that there is no need for separate proceedings, so that a judgment concerning marital affairs brought in one Member State can be directly entered in the civil status records of the other Member State. For this purpose, it is only necessary that the decision be final.

Since automatic recognition is not considered the same as judicial recognition, the Regulation issues uniform rules on recognition and enforcement of judgments in marital affairs and matters of parental responsibility for children of both spouses as well as a simplified, uniform enforcement procedure.

Due to the limited scope of the Regulation application, the EC moved to prepare supplementing and amending documents in order to have sensitive parental responsibility issues more comprehensively regulated, so to include the right to visitation, as was done by the proposal of the Council Regulation on the jurisdiction and recognition of the enforcement of judgments in marital affairs and matters of parental responsibility of May 3, 2002.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.221-230

Др Даница Попов, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

УПОРЕДНО ЗАКОНОДАВСТВО О ШТЕТАМА НАСТАЛИМ УСЛЕД ПРЕКОМЕРНИХ ИМИСИЈА

Сажетак: *У упоредном праву је уобичајено да се утврђују границе у вршењу права својине. Сметње изазване имисијама, које потичу са једне непокретности, морају подносити власници суседних непокретности, уколико оне не прелазе одређену месно уобичајену меру и не наносе им знатнију штету.*

Власник непокретности дужан је да се уздржава од радњи којима се отежава искоришћавање суседних непокретности, насталих услед испуштања дима, гасова, непријатних мириса, чађи, буке, отицања отпадних вода итд, преко мере која је уобичајена имајући у виду природу и намену непокретности као и месне прилике. Имисије које потичу са суседног земљишта, морају се подносити, под условом да не проузрокују знатну штету. Забрањено је вршење штетних утицаја који потичу са једне непокретности, инсталирањем посебних уређаја, за које није прибављена дозвола надлежног државног органа.

Власник земљишта погођеног имисијама које прелазе месно уобичајену границу има право на захтева престанак имисија и њихово свођење на уобичајену меру, а накнаду штете која му је проузрокована, само у оном делу који прелази обим оних имисија које се морају подносити.

Уколико имисије потичу од неког индустријског постројења које обавља такву делатност на основу дозволе државног органа, не може се захтевати престанак такве делатности већ само накнада штете.

Кључне речи: прекомерне имисије, суседско право, месне прилике, природа и намена непокретности, знатна штета, индустријска постројења, дозвола државног органа, накнада штете.

Под имисијама се подразумевају утицаји који потичу са једног земљишта проузрокујући штету суседном или неколицини суседних земљишта, а последица су испуштања гасова, паре, непријатних мириса, топлоте, буке, потреса и сл. Ови утицаји су материјалне природе и могу се опажати, јер се према нашем праву, за разлику од неких страних (на пример, швајцарског), не може захтевати правна заштита од идеалних имисија. У случају имисија ради се о преношењу матерајних немерљивих честица посредним или непосредним путем са једног земљишта на друго, а изазвани су људском делатношћу или механичким постројењима. Имисије (inponderabilije) могу бити различите природе. Поред материјалних честица (гас, пара, непријатни мириси, чађ, бука, итд), у страној судској пракси се са имисијама изједначавају штете које изазивају инсекти, глодари и слична жива бића.

Имисије које се преносе природним путем са једног земљишта на друго сматрају се неадекватним - прекомерним само ако проузрокују знатну штету власнику или кориснику другог земљишта било тиме што оштећују ствари које се на том земљишту налазе, умњују његове приносе и вредност земљишта, било тиме што проузрокују штету лицима која на њему бораве. Незнатне штете се морају подносити само уколико се крећу у границама месно уобичајених начина коришћења земљишта.

Правним нормама којима се регулишу суседски односи (суседско право), утврђују се границе у вршењу права својине, одн. сметње изазване имисијама, које мора подносити власник једне непокретности, а које потичу са друге непокретности.

Имисије се могу класификовати на различите начине. Према једном мишљењу имисије се могу поделити на: позитивне, негативне и идеалне.[1]

Позитивне имисије су оне које су последица неких активности као што су: испуштање дима, чађи, непријатних мириса, буке, потреса, испуштања отпадних вода, топлоте, хладноће, светлосних ефеката итд. Негативне имисије су везане за проблеме сађења, сејања или грађења које потичу са суседове непокретности. Идеалне имисије су последица неких иматеријалних утицаја који имају за последицу смањење вреености суседовог земљишта.

Постоји подела имисија на директне и индиректне.[2]

Директне имисије су оне код којих је радња предузета на једној непокретности, а усмерена је на суседову непокретност, а праћена је неким уређајима. Директне имисије су законом забрањене. Индиректне имисије су оне код којих се штетан утицај на суседову непокретност врши посредним путем. Индиректне имисије могу бити дозвољене и недозвољене. Дозвољене су оне које отежавају коришћење друге непокретности, али не прелезе меру која је уобичајена с обзиром на природу и намену те непокретности и на месне прилике и битно не сметају наменском иско-

[1] *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 227.

[2] Б. Визнер, *Коментар Закона о основним власничко-правним односима*, Загреб, 1980, стр. 66.

ришчавању друге непокретности. Недозвољене су оне имисије које отежавају коришћење друге непокретности, а прелазе меру која је уобичајена с обзиром на природу и намену те непокретности и с обзиром на месне прилике. Недозвољене индиректне имисије су у нашем праву законом забрањене. Допуштеним индиректним имисијама се изузетно сматрају и оне код којих коришћење туђе непокретности прелази меру која је уобичајена с обзиром на месне прилике, али су проузроковане поседним уређајима чија је примена одобрена од стране надлежних органа (на пример, одобрено је коришћење неког индустријског постројења и сл.)

Закон о основама својинско-правних односа, из 1996. године, у члану 5. забрањује недозвољене имисије на следећи начин:" Власник непокретности дужан је да се при коришћењу непокретности уздржава од радњи и да отклоња узроке који потичу од његове непокретности, којима се отежава коришћење других непокретноасти (преношење дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода и сл.) преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатна штета.

Без посебног правног основа забрањено је вршење сметњи из става 1. овог члана посебним уређајима."

Овим чланом се одређују границе у вршењу права својине. Право својине не може се вршити на штету друге или других суседних непокретности. Власник земљишта дужан је да се приликом коришћења својом непокретношћу уздржава од радњи и да отклони негативне утицаје које потичу са његове непокретности, а угрожавају или отежавају коришћење суседне или друге непокретности. Власник земљишта је у интересу добрих суседских односа дужан да води рачуна не само о својим интересима него и о интересима власника сусдне непокретности. Законом о основама својинско-правних односа се пружа заштита власницима непокретности од штета насталих услед прекомерних имисија, док се јавноправних прописима о заштити човекове средине штите сви грађани од штетних имисија.

Међутим, овим чланом Закона о основама својинско-правних односа, ограничава се и право власника суседног земљишта да се брани од штетних утицаја који потичу са друге непокретности, а не проузрокују знатннију штету или штету која прелази меру која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике. Значи, месно уобичајене утицаје и оне штетне утицаје који су незнатни и којима се наноси незнатна штета морају се подносити и морају их трпети сви власници земљишта.

Вршење сметњи, тј. штетних утицаја са једног земљишта на друго забрањено је уколико се врши посебним уређајима, за које није прибављена дозвола надлежног државног органа.

Власник земљишта погођеног имисијама које прелазе месно уобичајену меру има право на накнаду штете која му је проузрокована, али само у оном делу који прелази обим оних имисија које се морају подносити.

Негаторном тужбом може се захтевати престанак имисија које потичу са суседовог замљишта и њихово свођење на подношљиву меру. Али уколико имисије потичу од неког фабричког постројења или другог предузећа које је овлашћено да

обавља такву делатност на основу дозволе државног органа, не може се захтевати престанак такве делатности већ само накнада штете.

Проблем недопуштених имисија се у области грађанског права, обично на генералан начин регулише грађанским законицима, с тим што се за поједине видове недопуштених имисија доносе посебни закони. Ти закони о забрани загађивања ваздуха, земљишта вода итд. спадају у домен управног и кривичног, ређе грађанског права. На међународном плану донет је низ билатералних и мултилатерарних споразума који имају за циљ заштиту човековог окружења од прекомерних имисија које потичу од индустријских постројења.

Већина грађанских законика проблем прекомерних и штетних имисија регулише у деловима који се односе на суседска права, ограничавајући права власника једног земљишта интересима других власника.

У немогућности да се прикажу сви правни извори који се односе на ову проблематику, ми ћемо дати приказ и анализу одредаба о забрани од недозвољених имисија садржаних у неким значајнијим грађанским законицима.

Према члану 650, **Француског грађанског законика,** предвиђено је следеће правило: "Законик намеће власницима разне обавезе једних према другима независно од макаквог уговора".

У члану 1370, наводи се: " Неке обавезе настају без икаквог уговора ни од стране оног који се обавезује ни од стране онога према коме се обавезује.

Једне настају ауторитетом самог закона, друге личном радњом онога који постаје обавезан.

Прве су обавезе настале независно од воље као што су оне између власника суседа или обавезе тутора и других управитеља који не могу одбити понуђену им функцију.

Обавезе које настају личном радњом обавезанога потичу или из квази-контракта или из деликата или квази- деликата ".

Онај ко проузрокује имисије дужан је да их смањи на подношљиву меру, док погођено лице није у обавези да предузима било какве радње да смањи имисије које потичу са суседовог земљишта. Француска теорија и судска пракса одбијале су примену "theorie de la preoccupation" јер би то довело до неправичних резултата. Према теорији превенције власник земљишта са којег се одашиљају имисије на суседно земљиште је у положају да онемогући норнално коришћење суседовог земљишта. Он је у могућности да изградњом фабрике суседне земљишне парцеле оптерети квази-службеношћу и да власници или корисници ових земљишта никада више немају слободу да земљиште користе по својој вољи већ да буду принуђени да се за сва времена одрекну одређеног облика коришћења свог земљишта. То би био посебан вид приватне експропријације без икакве накнаде.[3]

Иако су француски сидови били једногласни у одбијању примене "*theorie de la preoccupation*" колебали су се дуго времене да ли због првенственог права употребе јееног земљишта треба оштећеном лицу смањити захтев за накнаду штете проузроковане имисијама. У одговору на ово питање све до 1968. године правила

[3] Mazeaud, *Lecons de droit civil*, 4 izdanje, II knjiga, Paris, 1963, стр. 1344.

се разлика између отклоњивих и неотклоњивих имисија. Ако је имисија отклоњива, па је одређено лице са чијег земљишта је она проузрокована криво што имисија није била смањена, погођеном лицу треба платити пун износ претрпљене штете. Ако је имисија неотклоњива, пошто је предузеће раније настало, жртви се може проговорити да је непажљиво поступила када је и поред знања за имисије остварила своју намеру иако се од имисија не може одбранити. Захтев за накнаду штете се у таквим случајевима смањује узимајући у обзир кривицу жртве.

Од оваквог става одступио је Касациони суд у пресуди од 2. фебруара 1968. одбијајући обавезу да се против неотклоњивих имисија погођено лице у одређеном обиму треба само да заштити, па стога треба да буде смањен његов захтев за накнаду.[4]

Иначе о границама толеранције имисије француска судска пракса полази од објективног критеријума, док је само лична угроженост због неадекватне имисије без значаја.

Према **Италијанском грађанском законику** из 1942. године: "Власник земљишта не може забранити имисије дима, топлоте, испарења, шумова и сличне утицаје који потичу са суседног земљишта, ако они не прелазе нормалну сношљивост узимајући у обзир услове положаја. При примени овог правила судови морају ускладити захтеве производње са потребама власништва. Мора се повести рачуна и о првенству одређеног начина употребе".[5]

За разлику од Италијанског грађанског законика који изричито наводи случајеве штетних имисија, **Грађански законик Републике Пољске** из 1964, садржи генерално правило које гласи:" Власник непокретности је дужан да се при вршењу свога права уздржава од сваке радње којом би се отежавало коришћење суседних непокретности преко мере која је уобичајена с обзиром на друштвено-економску намену непокретности и на месне прилике".[6]

У **Швајцарском грађанском законику** из 1907. године садржано је следеће правило:" Свако је обавезан при вршењу права својине као и при обављању обртничке делатности на свом земљишту, да се уздржи свих претераних утицаја на својину суседа.

Забрањени су нарочито сви штетни и неоправдани утицаји, с обзиром на положај и својства земљишта и с обзиром на месно уобичајену употребу, путем дима или чађи, несношљивих испарања, буке или вибрација".[7]

Поред ове у Швајцарском грађанском законику садржано је и посебно правило о одговорности власника непокретности које предвиђа да се против таквог власника може поктенути захтев за отклањање штетеили за заштиту од претеће

[4] Cass. civ. 1. ere ch. 20. 02. 1968. одбио је да учини одговорним Juglart i du Pontavice и да због њихове кривице смањи захтев за накнаду иако су погођени своју стамбену зграду изградили до зида једне фабрике не предузимајући никакве посебне мере изолације на граничном зиду према фабрици од које се шире имисије у облику потреса и ларме. Цитирано према Д. Стојановић, Д. Поп Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1980, стр. 42.

[5] Италијански грађански законик, члан 844.

[6] Пољски грађански законик, члан, 144.

[7] Швајцарски грађански законик, члан 684.

штете, као и захтев за накнаду штете. Према члану 679, овог Законика: " Ако неко буде оштећен тиме што би власник непокретности прекорачио своје право својине или би му претила опасност штете, тада он може да постави захтев за отклањањем штете или за заштито од претеће штете као и захтев за накнадом штете".

Швајцарска правна теорија и судска пракса су заузели став да се у случају штете од прекомерних имисија против влсника непокретности осим постављања захтева за забраном вршења неоправданих штетних утицаја може поставити и захтев за накнадом штете, чији домашај не би требало да обухвати само накнаду имовинске штете коју трпи суседна непокретност него и накнаду штете коју трпе физичка лица и друге ствари. [8]

На основу члана 684. Швајцарског грађанског законика, судија ће после обостране оцене интереса најчешће наложити имитенту да имисије путем подесних заштитних мера сведе на подношљиву меру која одговара месној употреби. У случају да се претерани утицаји не могу на други начин отклонити судија ће такав начин коришћења земљишта потпуно забранити.[9]

Грчки грађански законик из 1940. године, проблему имисија посвећује неколико чланова. Према члану 1003. "Власник једног земљишта, обавезан је да трпи довођење дима, пепела, мириса, топлоте, шумова, потреса и других сличних утицаја који долазе са другог земљишта, ако то коришћењу његовог земљишта битно не штети, или је проузроковано таквим коришћењем које је за земљиште места у коме се налази и оштећено земљиште уобичајено".

Члан 1004 гласи." Власник земљишта је овлашћен да забрани да се на суседовом земљишту поставе или држе уређаји, уколико од њиховог постојања или коришћења се са сигурношћу могу предвидети противправни утицаји на његовом земљишту".

Овај превенитвни захтев који треба да спречи настајање штете за суседе, условљен је, код уређаја који су одобрени од стране државног органа, тек од момента настанка штетних имисија (члан 1005.).

Аустријски грађански законик, у новелираном тексту, садржи следећа правила:" Власник једног земљишта може суседу забранити да са свога земљишта пушта на земљиште првог власника воду, дим, гасове, топлоту, задах, звук, потрес и слично утолико уколико то прелази уобичајену меру према месним приликама и уколико то знатно шкоди месно уобичајеном искоришћавању земљишта".[10]

У § 364/а предвиђен је следећи случај :"Ипак, ако је оштећење проузроковано рударским предузећем или влашћу одобреним предузећем на суседном земљишту на начин који ову меру прекорачује, онда је држалац земљишта само овлашћен да судским путем тражи накнаду нанесене штете и када је штета проузрокована околностима на које се није обраћала пажња при поступању власти".

---

[8] Hans-Ulrich Muler, *Der privatrechtliche Scut` vor Gewasserverunrainigungen und die Haftung*, Zurich, 1968, s. 66-67.

[9] R. Gmur, *Das Schweizeriche Zivilgesetzbuch vergleichen mit dem Deutchen Burgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965. Стр. 124.

[10] Аустријски грађански законик, § 364 став 2.

Из цитираних одредби новелираног, Аустријског грађнског законика евидентна је разлика између прекомерних имисија које потичу са суседовог земљишта, од оних које су последица обављања неке привредне делетности као што су обављање рударске или неке друге индустријске делатности. У првом случају власник земљишта има право да захтева од суседа забрану имисија које прелазе уобичајену меру према месним приликама и које знатно наносе штету искоришћавању земљишта, а у другом случају, не може да тражи забрану рада рударског или другог индустријског постројења, него може судским путем захтевати накнаду штете од прекомерних имисија које се нису могле предвидети у време оснивања оваквих предузећа. Ово правило "представља израз компромиса постигнутог између власника земљишта и растуће индустрије".[11]

Захтев за накнаду штете у оваквим случајевима, ступа на место *actio negatoria* и он претпоставља каузалитет, али се не захтева ни кривица ни противправност.

У **Немачком грађанском законику**, новелирани тектст § 906 из 1959. године установљено је следеће правило:" Власник једног земљишта не може да забрани преношење гасова, паре, непријатних мириса, дима, чађи, топлоте, ларме, потреса и сличне утицаје са неког другог земљишта уколико такав утицај не шкоди или небитно шкоди коришћењу земљишта.

Исто би то важило уколико би настало оштећење искоришћавањем другог земљишта на начин уобичајен у том месту и не би се могло спречити техничким мерама које би се могле захтевати од ових корисника. Ако власник треба да трпи неки утицај, тада може да захтева од корисника другог земљишта одговарајуће намирење у новцу, ако је утицајима преко очекиване мере онемогућено месно уобичајено коришћење његовог земљишта или знатно смањен принос са њега.

"Преношење путем посебних направа није допуштено"

Овом одредбом Законика је био знатно ојачан положај индустријских предузећа у Немачкој јер штете које они проузрокују својим имисијама трећим лицима, месно уобичајеним коришћењем земљишта, погођена лица морају да подносе. Овај повлашћени положај индустријских предузећа био је још више потврђен 1900, године доношењем Gewerbeordnunga, према чијем се § 26, од власника уређаја који је добио одобрење за рад не може захтевати прекид рада уређаја, већ највише постављање заштитних уређаја који искључују будућа оштећења или захтев за накнаду штете.[12]

Захтев за одговарајуће намирење у случају штетних имисија које потичу са суседовог замљишта се у немачкој правној теорији и пракси од новелираног § 906, назива "грађанскоправни захтев за учињену жртву" (*burgerlich - rehtlicher Aufopferungsanspruch*) или "суседскоправни захтев за учињену жртву" (*nachtbarrechtlicher Aufopferungsanspruch*). [13]

---

[11] Љ. Милошевић, *Штете од шкодљивих материја и питање накнаде тих штета*, Београд, 1972, стр. 73.

[12] Д. Стојановић, Д. Поп Георгиев, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1980, стр. 38.

[13] H. Hubmann, Der *burgelichreichliche Aufopferungsanspruch*, "Juristenzeitung", No. 16, 1958, стр. 491.

На основу овог правила лице које је погођено имисијама насталим са суседовог земљишта услед индистријских делатности није могло да тражи престанак такве делатности подизањем негаторне тужбе, него је могло да добије одговарајућу накнаду на име "учињене жртве" у општем интересу.

У случају надокнаде штете " за учињену жртву" није се надокнађивао пуни износ штете коју трпи лице услед имисија са суседовог земљишта, него само правична накнада. У прилог оваквог схватања накнаде штете у виду правичне накнаде изјашња се и наше право. Према једној судској одлуци[14] за штету коју су претрпела 33 оштећена лица услед имисија које потичу из Борског рудника, ттеба да се досуди правична накнада, а не потпуна штета. Већи број погођених власника путем вансудског поравнања са Рударско-топионичарским басеном "Бор", прихватио је знатно нижу накнаду од стварно претрпљене штете, полазећи од чињенице да од друштвено корисне делатности рудника и сами остварују користи.

"Сличан став изражен је и у већем броју судских одлука у којима се судови путем аналогије позивају на примену Закона о експропријацији. Основ за овакво становиште судова представља и одредба чл. 17. Став 2 Закона о рударству, која предвиђа да ће се посебним законом регулисати питање накнада штете која нужно настаје за време и по престанку рударских радова на већој површини или се наноси већем броју лица услед слегања земљишта, јамских пожара, поплава и других догађаја проузрокованих рударским радовима. Околност да предвиђени посебан закон није донет, основано је упутила судове да путем аналогије примењују одредбе Закона о експропријацији, које регулишу утврђивање правичне накнаде за експроприсане непокретности".[15]

Захтев за "учињену жртву" има за циљ да поравна интересе између онога ко врши имисије које се не могу спречити и власника или корисника погођеног земљишта. Власник или корисник суседног земљишта који трпи имисије нема право на негаторну тужбу, јер се не ради о неовлашћеном узнемиравању јер је изазивач имисија одлуком надлежног државног органа добио дозволу за рад који доводи до емитовања гаса, топлоте, отпадних вода и сл. Власник или корисник треба да буде обештећен, јер штетне утицаје који долазе са суседног земљишта није у стању да спречи, али није дужан ни да трпи преко граница подношљивости. Чињеница је да земљиште које је угрожено од имисија губи на квалитету, па тиме и на вредности захтев за обештећење, треба да укључи и у себи и ову чињеницу смањења вредности угроженог земљишта. Висина накнаде се израчунава према тренутној мери недозвољених утицаја и после исплаћеног намирења власнику или кориснику угроженог земљишта се не може поново захтевати јер обухвата у себи и и штете које ће настати у будућности према нормалном току ствари.

У нашој судској пракси се накнада одмерава према критеријумима који се примењују у случају експропријације. Погођеном власнику се не исплаћује накнада за изгубљену добит. У овом случају треба применити и принцип изравнавања

[14] Окружни суд у Зајечару, П. 1269/69.

[15] М. Јовановић, *Грађанскоправна заштита човекове средине у судској пракси*, "Архив за правне и друштвене науке", 1974, 2, стр. 239.

добити са штетом (*compensatio lucrum cum damni*). Накнада је само онда одговарајућа, ако се код њеног обрачунавања има у виду и корист коју је од суседских имисија имао власник погођеног земљишта. [16]

Закључак

У већини грађанских законика проблем штета које настају услед прекомерних имисија регулише се нормама које се односе на суседска права. Овим одредбама се ограничавају права власника непокретности у вршењу свог права својине у интересу осталих власника на одређеном простору. Имисије које потичу са једног земљишта се морају подносити уколико не прелазе одређену меру. Имисијама се не може изазивати знатнија штета за суседне непокретности. Обично се критеријум за утврђивање подношљивих имисија одређује према месним приликама.

Ако су штете изазване прекомерним имисијама, а преносе се природним путем на суседне непокретности, незнатне, морају се подносити. За случај да имисије прелазе мере које су уобичајене за природу и намену непокретности на одређеном подручју (месно уобичајене имисије), негаторном тужбом може се захтевати престанак сметњи и њихово свођење на подношљиву меру.

Власници непокретности за штете изазване имисијама које потичу од индустријских постројења или других правних субјеката, који за свој рад поседују дозволу надлежног државног органа, не могу судским путем захтевати престанак такве делатности која изазва прекомерне имисије, него само накнаду штете.

Посебним законима јавноправног карактера се одређују границе у обављању делатности које изазивају прекомерне имисије. Овим законима се штити човекова средина од загађивања ваздуха, воде, земљишта, прекомерне буке, вибрација итд.

[16] Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1991, стр. 198.

Danica Popov, Ph. D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad

COMPARATIVE LAW ON THE HARMS OF EXCESSIVE EMISSIONS

Abstract

In most of the jurisdictions there are limits on exercising the right to property. A real estate owner must refrain from activities by which the use of other real estate is being impeded through the emission of excessive: gasses, vapors, smoke, heat, noise, the draining of waste water, etc. Neighboring real estate owners must endure such harmful effects if and only if they do not exceed the limit of usual endurance, taking into account the nature and purpose of such real estate, as well as local conditions.

The property owner who is affected by emissions exceeding the set limit, has the right to request a stop of emissions and their reduction to regular levels; he is also entitled to damages, but only for the amount which exceeded the allowed volume of emissions.

If the emissions originate from some industrial plant, within the activity allowed by a state authority, one cannot request a cessation of such activities, but can simply seek damages.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.231-249

Др Магдолна Сич, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

НАЧИНИ СВОЈИНСКЕ ТРАНСФОРМАЦИЈЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ДРУШТВЕНО РАСЛОЈАВАЊЕ – РИМСКО И ДАНАШЊЕ ИСКУСТВО.

Сажетак: *Предмет овог рада је разматрање проблема везаних за присвајање обрадиве земље. С обзиром на то да је реч о добру којег има само у ограниченој количини, у погледу могућности његовог стицања, посебно је изражен интерес владајућих друштвених слојева од најстаријих времена до данас. Имајући у виду с једне стране искуство Римске империје (као пример античког начина уједињења разних народа под окриљем Рима), а с друге стране искуство Мађарске државе у постсоцијалистичком периоду, желимо да укажемо на начине присвајања земље као и на њихове последице у погледу друштвеног раслојавања у различитим друштвеним условима: 1. у условима првобитне акумулације земље; 2. у условима економске кризе и опште декаденције друштва, као и 3. у садашњим условима приватизације. Поред тога, желимо да укажемо и на оне проблеме, који се у погледу стицања земље јављају у данашњим условима уједињења, тј. уласка у Европску унију.*

Кључне речи: аграрно питање, Римска империја, друштвено раслојавање, Европска унија

Велике друштвено политичке промене повлаче за собом промене и у својинским односима, а то доводи до промена и у друштвеном раслојавању. У бившим социјалистичким земљама, услед промене друштвеног система, процес денационализације и приватизације приведен је углавном крају, а и у нас је у току. На ову унутрашњу својинску трансформацију врши утицај с једне стране, процес уједињења Европе, а с друге светски процес глобализације. Искуство Римске империје је старо и добро познато искуство обједињавања разних народа под јединстве-

ном управом, стога може да нам укаже на неке законитости у својинској трансформацији, као и на неке проблеме и питања, која се поводом тога и данас постављају.

Приватизација, тј. претварање друштвене или државне својине у приватну, са аспекта појединих учесника у процесу приватизације, представља начин стицања својине, али је истовремено и прерасподела добара, која доводи до битних последица у друштвеном раслојавању. Термин приватизација је модеран термин савременог друштва, тако да га разматрајући римско искуство нећемо користити.

На овом месту ћемо говорити само о начинима стицања земље. Савремени човек окренут стицању разних материјалних добара знатне тржишне вредности, као да је заборавио једну стару истину, да је **земља, пре свега она обрадива, од највеће вредности, јер је има само у ограниченој количини**.

Прво ћемо указати на неке проблеме расподеле обрадиве земље у старом Риму, а затим на она питања која се постављају данас у вези ове расподеле, излажући искуство Мађарске државе и проблеме који се у њој јављају у вези припрема за улазак у Европску унију.

I Искуство Римске империје

У Риму је земља била основни извор богатства, од које је зависио и друштвени положај човека, као и његово учешће у вршењу власти. Говорићемо, о начинима расподеле земље у Риму, о могућностима појединих друштвених група да стичу својину на земљи, као и последицама до којих је ова политика расподеле довела, не само у погледу даљњег друштвеног раслојавања, него и дубљих политичких последица, као и о неким мерама које је римско друштво предузело у циљу спречавања претеране акумулације материјалног богатства од стране појединаца.

Ова питања ћемо посматрати издвајајући два битна периода римске историје, у којима су услови стицања богатства били баш супротни:

1. Период првобитног присвајања материјалних добара у периоду републике, у периоду највеће територијалне експанзије Рима;
2. Период велике економске кризе и декаденције римског друштва у доба домината, када се имовинска диференцијација јавила, можда у још изразитијем виду него у периоду првобитног присвајања добара.

1. Првобитно присвајање земље у току периода републике

У доба оснивања града Рима, добра, а према томе и земља, припадала су римским генсовима (родовима), али према традицији већ је Ромул поделио свакој породици (консорцијуму, фамилији) окућницу у површини од 2 југера (пола хектара) земљишта. Ова земља је била подељена по принципу гентилске припадности. Породице су добиле земљу тамо где им је кућа већ била подигнута, пратећи

принцип "*Superficiei solum cedit*"[1]. За рат организован римски народ је и приликом освајања нових територија пратио принцип присвајања добара по гентилској припадности, с тим што су старешине генсова (који су чинили сенат, чији чланови су временом бирани из истих породица), од којих је настала тзв. гентилска аристократија, имала највећи удео у присвајањима. Плебејци, који се сматрају новонасељеним становништвом, морали су се посебно борити да би добили земљу за настањивање у Риму, а касније и за учешће у ратном плену. Имовинска диференцијација која се одвијала између чланова римских генсова, али и богаћењем појединих плебејаца, око 530. године довела је до реформе краља Сервија Тулија. Ова реформа је базирана на подели становништва према богатству (према имовинском цензу), и на реорганизацији војске и скупштине према принципу да они који су најбогатији, они сносе и највеће терете рата, према томе, требало би да имају највећи утицај и у вршењу власти. Имовински ценз, који је, према Момзену, био заснован доста дуго само на величини земљишног поседа[2], био је основ сврставања Римљана у разреде, с тим што су разреди са највишим цензом имали одлучујућу реч на центуријатској скупштини.[3] У овом првобитном римском друштву богатство је било основ не само права него и обавеза служења заједници у рату и миру. Из овакве концепције је израсла расподела земљишта и у касније освојеним областима у току римске републике.[4]

У периоду републике од последњих година IV века пре н. е. до 272. године пре н. е. читаво Апенинско полуострво, од Арна и Рубикона до Калабријске области подпало је под непосредну власт или барем под доминацију Рима.[5]

Два првобитна начина присвајања земље одузете од покорених народа била су: *ager occupatorius* и *ager datus adsignatus*. Извори указују на то да су окупацијом земљу стицали патрицији, а асигнацијама плебејци.[6] О окупацији земљишта од стране патриција нам говори Ливије:

> "Нобили захватају поседе на државном земљишту и уколико не буде подељено пре него што не узму, ту неће бити места за плебејце."[7]

---

[1] "Земља прати надградњу". И. Пухан, *Superficies solo cedit*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 3-4/1953, стр. 332 – 340.

[2] Питање јесте, да ли је основ имовинског ценза у то време само величина земљишта, јер су Римљани у најстарије време били првенствено сточари. G. Luzzatto, *Ekonomska povijest Italije*, Zagreb, 1960, str. 37. Луцато наводи да у време реформе Сервија Тулија припадници најнижег реда нису имали већи посед од два југера, посед припадника четвртог, трећег и другог разреда кретао се између 5 и 20 југера, а само су припадници првог разреда имали веће поседе од 20 југера.

[3] Ливије, 1, 42, 43.

[4] М. Милошевић, *Аграрно законодавство римске Републике*, магистарски рад, Београд (дактилографисан), 1978, стр. 18 – 29.

[5] Луцато, нав. дело, стр. 42. о новоприпојеним подручјима износи следеће податке:

година	окупирана земља	савезне земље
350 год пре н.е.	око 31000 км2	3010 км2
338	6000	5000
300	8100	19400
272	25000	105000

[6] F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979, str. 26 – 27.

[7] Ливије, 6, 5, 4; такође: 4, 48, 2-4; 51, 6.

У припојеним подручјима Римљани су по правилу један део оставили староседелачком становништву, обично 1/3, понекад и 2/3 земљишта, али не недостају ни примери, када је цело подручје било конфисковано и претворено у земљу римске заједнице *(civitas),* у тзв. *ager publicus*. Претварањем освојене земље у јавну својину римске заједнице спречавали су неконтролисано захватање (окупацију). Од тада је земља под контролом сената давана у закуп уз минималну закупнину сенаторском аристократском слоју.

С обзиром на то да су плебејци били искључени из наведене поделе, њихови захтеви за доделу земље добили су облик предлога аграрног закона – *rogatio agraria*. Сматра се да је у периоду економске беде плебејаца, између 486 и 367. године пре н. е., било око 22 углавном неуспешних предлога аграрних закона. Први веома смео предлог Спурија Касија био је да се земљи одузетој од Херника додаје *ager publicus* коју су већ захватили патрицији и да се подели на једнаке делове између плебса и латинских савезника. Овај предлог је био одбијен, а Касије, по престанку мандата био је убијен[8]. Једини законски предлог овог периода који се односио на одузимање и поделу поседа патриција у корист плебејаца је *Lex Icilia de Aventino* из 456. год. пре н. е. Овим законом земља на Авентину одузета од патриција била је додељена плебејцима по парцелама за кућу и башту[9]. Касније, глад за земљом беземљаша била је ублажена оснивањем колонија. Према традицији, прву колонију Остију основао је још краљ Анко Марције, али је то постало пракса у IV веку пре н. е. На ово указује и чињеница да од 367 год. пре н. е. до 196. год. пре н. е. познат само један аграрни пројекат. У колонијама насељени беземљаши добили су земљу и постали су земљорадници и војници који су обезбеђивали превласт и одбрану Рима.[10]

Док су патрицији, првенствено припадници сенаторског реда, захватали велике површине *ager publicus*-а (према Ливију, 6, 35, 4 – 5 у време доношења Закона Лициниија и Секстија 367. године пре н. е. неке породице би имале и веће поседе од 500 југера)[11], парцеле додељене појединачним асигнацијама на основу аграрних закона и приликом оснивања колоније биле су незнатне површине. До Другог пунског рата највеће парцеле додељене беземљашима нису прешле површину од 7 југера.[12]

За време и после пунских ратова земља ситних поседника је пропадала услед ратова и услед увоза јефтиног жита. Један део ситних поседника се због ових разлога пристао "добровољно" на продају свог поседа велепоседнику[13]

---

[8] Ливије, 2, 41, 1-2.

[9] Ливије, 3, , 31, 1; 32, 7; Дионизије, 10, 32, 2-4.

[10] T. Frank, An Economic History of Rome, Baltimore, 1927, str. 51 и 64. циљ оснивања колонија види у конституисању хомогене војске грађана, јер додељивањем земље у својину, таквим сопственицима ће одбрана државе бити и у личном интересу.

[11] Овај податак се сматра спорним, видети, Т. Франк, нав. дело, стр. 48 – 50; као и De Martino, нав. дело, 26 – 28.

[12] Детаљније сам о томе писала у чланку, *Ситни посед у Риму*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1-3/1995, стр. 174 – 186.

[13] Н. А. Машкин, *Историја старог Рима*, Београд, 1978, стр. 174.

С обзиром на то да је земља на Апенинском полуострву заједно са осталим основним средствима за производњу: робови, теглећа стока и сеоске земљишне службености, спадала у *res mancipi*, она је могла бити прибављена само од стране римских грађана *(cives)* или оних становника који су добили посебну привилегију закључивања правних послова по правилима *ius civilea (ius commerci),* јер су само они могли да обаве на ваљани начин манципацију или инјурецесију, начине које је *ius civile* предвидело за стицање својине на *res mancipi*. На овај начин земљиште у Италији било је сачувано за римске грађане. Списак грађана је водио и контролисао цензор, и грађанин је био обавезан од најстаријих времена установљавања имовинског ценза да под заклетвом пријави своју имовину. Овакве спискове касније су сачињавали и приликом оснивања колонија, а почев од Августовог времена почињу да шире на целу територију царства ради равномерне наплате пореза.[14]

Поред куповине, а ради спајања поседа, ситним поседницима претила је и грамзивост велепоседника. Познати су случајеви шикане, избацивања силом, уништавања усева као и разних других метода економског и ванекономског приморавања малих сопственика да напусте имања и да их предају богатим суседима. Према Салустију:

"Војсковође тријумфатори само са неколико људи деле плодове, а у исто време очеви и деца војника бивају терани са огњишта ако по несрећи за суседе имају богатог и моћног човека."[15]

После пунских ратова преовладали су средњи поседи[16], затим пашњаци-латифундије[17], а било је и пространих необрађених површина земљишта. Новозапочета колонијална политика, међутим, није дала жељене резултате. Сматра се да је до стварања латифундија захватањем најбољих земњишта од стране нобила и до пропадања ситног поседа у највећој мери дошло у средишњем и јужном делу Апенинског полуострва[18]. На пропадање ситног поседа указују подаци о постепеном смањивању броја слободних грађана који су поседовали одређени земљишни ценз: 164. год. пре н. е. 337. 457 грађана поседују земљу; 159. год. . пре н. е. 328. 316; 147. год. пре н. е. 322. 000, а136. год. пре н. е. 317. 933. грађана.[19]

Нобили су се противили додели земље на захтев плебејаца из економског и политичког разлога. Из економског разлога стога што асигнација вршена на народну иницијативу угрожавала њихову могућност окупације, а то су иначе сматрали својом старом привилегијом. Политички разлог је био страх нобила да би

[14] О евиденцији земљишта писала сам у: A modern telekönyv megjelenésének előményei (Претече модерних земљишних књига) који је објављен у књизи : Ingatlan-nyilvántartás (Evidencija nepokretnosti) у уредништву Ј. Салме, Нови Сад, 2002, стр. 112 – 158.

[15] *Sal. Bel. Jugurth*, 41, 8 – 9. Такође, *Horatius, Odae*, 2, 18; *Appianus, De bellis civilibus*, 1, 7.

[16] E. Maróti, Az itáliai mezőgazdasági árutermelés kibontakozása (Настанак италске пољопривредне производње), Будимпешта, 1981, стр. 23 и даље. Према Маротију средњи, тзв. вила посед је био величине од 100 – 200/240 југера где се помоћу рада робова производила роба намењена тржишту. Према најновијим ископавањима у Јужној Етруријe је постојао већ крајем трећег века пре н. е., а у Лацију и Кампанији се јвила у првој половини другог века пре н. е.

[17] Мароти, нав. дело, стр. 30.

[18] Машкин, нав. дело, стр. 163.

[19] Подаци су узети из, Машкин, нав. дело, стр. 162.

увеличавањем територије настањене римским грађанима били срушени темељи дотадашње римске *civitas* типа град-држава. Оснивање колоније није било противно њиховим интересима јер се одвијало под контролом сената.

У првој половини другог века пре н. е. претили су већ устанци робова и широки покрети слободне сиротиње. Стога се и међу нобилима јавила идеја о нужности земљишне реформе. Гај Лелије је сачинио предлог аграрног закона, али то није смео да предложи скупштини. Он је стога добио надимак – Мудри.

Тиберије Грах је био много смелији. Предложио је, да се ограничe површине окупиране земље на тај начин да патер фамилијас може имати 500 југера за себе и по 250 југера на одрасле синове, али тако да ни једна породица не поседује више од 1000 југера. Вишак би се одузео уз посебну накнаду, затим би био подељен на парцеле од по 30 југера и давао би се беземљашима на наследно коришћење, без права отуђивања и уз обавезу плаћања дацбине. Циљ аграрног закона био је, да се обнови слободно сељаштво ради уздизања борбене способности римске војске. Мада је овај предлог наишао на отпор сенаторске аристократије, био је ипак прихваћен. Комисија која је спроводила закон била је, међутим, веома спора. У међувремену Тиберије Грах је био убијен, али је његову политику наставио његов брат Гај, додајући основном предлогу још неколико нових. Сви ови предлози су задирали у основне интересе сенатора, па је и он био убијен. Ипак, реформе браће Граха су дале и одређене резултате. Број ситних поседа је почео да расте: 136. године пре н. е. било је 317. 933, а 125. године пре н. е. 394. 736 лица уписаних у цензз[20]. Само спровођење реформе је, међутим, било споро, и у међувремену је донето неколико закона којима је његова ефикасност умањена, а на крају је *Lex Agraria* донет 111. године пре н. е. потврдио приватну својину свим поседницима који су по разним основама већ поседовали земљу. Тиме је озаконио постојеће стање и за убудуће забранио окупацију преосталог италског земљишта. *Lex Agraria* је истовремено обновио и евиденцију непокретности, јер се по овом закону нови власници уписују у цензорски списак. Поводом тога је Ливије Друз, наводно 99. год. пре н. е., рекао: "убудуће е се моћи делити само блато и ваздух".[21]

Маса пропалих ситних поседника, некадашњи чувари демократије је на овај начин постала градски плебс, који је своје гласове продавао патрицију који би га издржавао.

Овај период се завршава диктатурама, грађанским ратовима, преласком на добровољачку плаћену војску, као и новом прерасподелом земље као последицом грађанских ратова[22]. С обзиром на то да је републиканско уређење у првом веку пре н. е. запало у озбиљну кризу, општа аграрна борба није више започета. Многи који су изгубили свој посед у Италији селили су се у колоније у провинцијама. По брзој романизацији западних провинција, сматра се, да је њихов број био велик.

Онај процес који се раније одвијао у Италији, на исти начин се ширио и на провинције. Један део земљишта је остављено староседеоцима, а од одузетих су

[20] Машкин, нав. дело, стр. 193.

[21] Машкин, нав. дело, стр. 203.

[22] На пример, у Етрурији, као и на територији великих градова Лација и Кампаније извршена је конфискација земљишта ради оснивања колонија за око 100. 000 Сулиних ветерана.

највећи део захватили императорови поседи и поседи аристократије, док су на преосталом делу основали колоније. Према Плинију:

"Латифундије су упропастиле Италију, па шта више и провинције" *(Latifundia perdidere Italiam, immo vero et provincias nostras.)*[23]

2. Имовинска диференцијација за време опште декаденције римског друштва

После грађанских ратова прешло се на нови облик владавине на монархију (мада још доста дуго само у прикривеном виду). Циљ који је Октавијан Август поставио себи и налагао и својим наследницима на престолу, био је да се империја сачува у постојећим границама. Тежило се истовремено и обједињавању управе на целој територији под контролом цара. Већ је сам променио традиционалну територијалну поделу царства и Рим је поделио на 14, а Италију на 11 региона[24]. Наредио је премер земљишта (сачињавање катастара) за целу територију, као и попис становништва[25] Циљ је био да се утврди постојеће поседовно стање и да се одреде порези. У току периода републике није постојао јединствен, прави катастар, мада су његове претече присутне у случају оснивања колонија, асигнација, као и премера *ager publicusa*. Премер и класификација земљишта започета у време Августа сматра се завршеним тек у доба Трајана.[26]

У доба принципата није било више места за окупацију земљишта, тако да је основ стицања постала куповина. У Италији је понуда била већа од потражње. Цареви су се забринули због пропадања слободних сељака и напуштања Италије. То су покушали да спрече разним мерама: конфискацијом и расподелом земље беземљашима, куповином од стране царства ради оснивања колонија, оснивањем алиментационог фонда, забраном емиграције, помагањем повољним кредитирањем, обавезивањем припадника сенаторског реда да уложе барем трећину свог богатства у земљу у Италији. Све ове мере нису дале очекиване резултате, него су такође погодовале концентрацији земљишта.[27] Излаз је пронађен у преласку на обраду земље путем рада колона – закупца.[28] С обзиром на то да у току принципата није било толико освајачких ратова овај период нам је познат као период римског мира тзв. *pax Romana.*

После, у трећем веку нове ере, започета велика криза, која се оцењује првенствено као економска, узрокована је и праћена и другим околностима као што су: тешкоће очувања граница, војна анархија, а самим тим и политичка нестабилност,

[23] Плиније, *Nat. hist*. 18, 35.

[24] Сматра се да су ови региони сачувани до данас.

[25] Вилемс, *Римско јавно право*, Београд, 1898, стр. 509. Поред навођења богате литературе позива се и на следеће изворе*: St. Luc. Evang*. 11, 1; *Cassiod. Var*. III, 52; *Isid. Orig*. V, 36.

[26] F. De Martino, *Soria della costituzione Romana*, том. IV/2, str. 824. old.

[27] M. Rostovtzeff, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, vol. 1. Oxford, 1966, стр. 358 – 359.

[28] Д. Стојчевић, *Од римског роба до колона*, Анали Правног факултета у Београду, 1961, стр. 129 – 136; А. Ромац, *Стварање феудалних односа и римско постклaсично право*, Докт, дис. (дактилографисано), Београд, 1963, стр. 99. и даље.

нарасли трошкови војске и све разгранатије администрације, надирање варвара, стални ратови. Све ове околности указују на хаотично стање у тадашњем царству, које је поново довело до промена и у постојећим својинским односима.

Један од мера предузетих ради осигурања финансијских средстава за плаћање војске и чиновничког апарата увео је већ Диоклецијан својом порезком реформом названом *capitatio-iugatio*. С обзиром на то да је катастарски премер земљишта у царству већ био завршен за време цара Трајана, сада је ову евиденцију требало контролисати и обновити и прилагодити захтевима новог јединственог пореза. Спорно је, у којој мери је то урађено још за време Диоклецијана, али да се радило на томе видимо на основу закона његовог следбеника на престолу, Константина великог. С обзиром на то да је основица одређивања пореске стопе с једне стране била величина и квалитет земљишта, а са друге и број обрађивача – колона, да би ово стање остало стално, цар Константин је наследно везао колоне за земљу (C. Th. 5, 17, 1 из 332. год.). Други проблем је био везан за евиденцију промене власника, тј. пореског обвезника. Да би се ова промена могла пратити цар Константин је обавезао купца да одмах пријави свој новоприбављени посед у цензорски списак *(censualibus paginis),* који су касније звали и *publicis libris* (јавне књиге) и да на овај начин преузме пореску обавезу (C. Th. 11, 2, 2 из 391. год.). Касније би ово значило и контролу стицања земљишта ради спречавања изигравања забране ступања у патроциниј, као и сношења пореске обавезе од стране велепоседника. Ове забране су изигравне посебним договором између купца и продавца о томе да пореска обавеза и даље терети продавца[29]. Поред ових тешкоћа, сталну јединствену евиденцију, а и наплату пореза онемогућили су и чести ратови као и бекство становништва.

Посматрајући целу територију царства постао је главни проблем напуштање земљишта и недостатак радне снаге. Овај проблем постао је општи од средине трећег века, а због варварских инвазија, био је посебно изражен у западном делу царства[30]. Томе су временом у све већој мери допринели и порески терети, који су услед привилегија и избегавања плаћања од стране велепоседника, погађали ситне поседнике и сиромашне поданике царства.[31] Није више вођена борба за доделу земље беземљашима (могућност да се на демократски начин избори за доношење аграрних закона фактички је престала највероватније већ за време грађанских ратова пр-

[29] M. Kaser, Das Römische Rechtsgeschichte, Göttingen, 1967, том. 2, стр. 200.

[30] На пример, нешто касније после Константинове смрти, према једном службеном податку, у самој Кампанији, која је била најплоднија и најнастањенија покрајина Италије 52. 842 југера земље била су или поплављена или напуштена услед недостатка радних руку. На Истоку је било такође широких необрађених простора. На пример у Антиохији у Јулијаново време од 60. 000 југера 3000 била су напуштена.

[31] О проблемима наплате пореза и мерама које је царство предузело ради спречавања избегавања плаћања, као и о ставу које је царство заузело поводом сношења јавних обавеза писала сам у: Законске мере за обезбеђење наплате пореза у кризним временима позног римског царства, Правни живот, Копаоничка школа природног права, тематски број – Моћ и немоћ права – Београд, број. 10/ 1998, том II, стр. 725 – 741; као и у Fides e debitum publicum – indulgentiae reliquorum nella etá postclassica Romana, саопштењу поднетом на IX међународном колоквијуму романиста који је одржан у октобру 2002. године у Новом Саду.

вог века старе ере, а формално крајем првог века нове ере, јер се после скупштине нису сазиване), сада су широке народне масе водиле борбу за одржавање своје голе физичке егзистенције. Ситни и средњи посед био је изложен свим незгодама рата, одметништва, притисцима порезника. Велепоседници су много лакше пребродили ратне и кризне ситуације. Њихова привреда је постала самодовољна, а против варвара и одметника бранила их је сопствена војска. Велепоседи су постали затворене привредне целине снабдеване значајним привилегијама нарочито на Западу[32]. Њихови поседи су се услед кризне ситуације чак знатно повећали, добровољним уступањем средњих и ситних поседника, стварањем тзв. патроцинијарних односа[33], али често и насилним одузимањем и припајањем парцела ситних поседника. Салвијан *(De Gubern. Dei*, V, 10) се стога пита:

"С малих поседа њихових мичеш своје суседе, са имања и из дома ближње своје. Зар ћеш ти једини населити земљу?"

Временом осиромашени ситни поседници су у све већој мери прелазили у колоне, или су продавали себе и чланове своје породице велепоседницима "да би избегли претећу смрт од глади" (*Nov. Val*, XXXIII), други су се дали у одметништво[34], или би пребегли варварима.

Увећавање и осамостаљивање велепоседа била је веома опасна појава за царство. Цареви су законом прописаним казнама покушали да спрече даље ширење патроцинија[35], и с обзиром на то да су сиромашни људи најчешће у уговорном односу били у положају дужника, са низом мера су покушавали да заштите дужника[36]. Поред тога, увели су и неке општије социјалне мере.[37] Све ове мере су предузете ради заштите тзв. општег интереса *(utilitas publica),* тј. очувања царства. На Западу осамостаљени велепоседи, варварски народи и црква су, међутим, имали и своје посебне интересе, а општи интерес царства нису могле да прихвате као свој ни осиромашене широке народне масе.[38]

На Истоку било је покушаја да се оживи ситни посед, или да се напуштена земљишта обрађују на основу дугорочног закупа земље (емфитевза) уз обавезу плаћања закупнине *(canon).* На Западу ситни посед није обновљен ни после формирања ранофеудалних варварских држава. Пратећи некадашњи принцип Римљана,

---

[32] Де Мартино, нав. дело, стр. 526.

[33] А. Ромац, *Касноримски патроциниј*, Зборник радова из правне историје посвећен Алберту Вајсу, Београд, 1966, стр. 96.; Д. Стојчевић, *Феудализација римског друштва и законодавство касне римске историје*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 5-6/1974, стр. 834. ; *St. Aug. Civitas Dei*, II, 10; *Salv. De Gubern. Dei*, V, 8.

[34] *Salv. De Guber, Dei*, V, 6: "Шта је друго створило багауде него наша неправедност и непоштење управљача, њихови лоповлуци и пљачке. "

[35] Ромац, нав. дело (Патроциниј), стр. 96. ; Стојчевић, нав. дело (Феудализација), стр. 834.

[36] Детаљније, О. Станојевић, La protezione dei poveri: Influso del cristianesimo o politica antifeudale? Atti del acc. Rom. Cost. VII convegno internazionale, Perugia, стр. 496 – 497.

[37] О овим мерама сам писала у чланку, Социјалне мере у античком Риму, објављен у посебној књизи: Постсоцијалистички модел успостављања модерне правне државе и Југословенско искуство, Нови Сад, 1995, стр. 135 – 142.

[38] О томе сам писала у Legislative Measures for saving the unity of the Late Roman Empire, Revista de Stiite Juridice, Craiova, Nr. 22/2001, стр. 176 – 186.

сада су варвари одузели од староседелаца 2/3 освојене земље. Ову би присвојили углавном варварски краљ и његови дворјани. Тако да је, на пример, у Визиготској краљевини већ крајем петог века постојала забрана закључивања брака између сиромаха и припадника аристократије, а и казне за извршени деликт су биле одређене имајући у виду богатство учиниоца.[39]

II Постсоцијалистичко искуство Мађарске

У погледу разматрања данашњих проблема везаних за присвајање обрадиве земље узели смо пример Мађарске државе из више разлога: пре свега, јер је она превасходно аграрна земља, затим у њој је процес својинске трансформације (денационализација и приватизација) у великој мери приведен крају, а извршене су и анализе постојећег стања ради припреме за улазак у Европску унију.

Овде ћемо се ограничити на разматрање два основна проблема: први је начин стицања и величина поседа, а други заштита земље од иностраног капитала.

1. Денационализација и приватизација у Мађарској

Обрадива земља у Мађарској 1989. године била је коришћена у 14, 9% од стране државних предузећа, у 70, 9% од стране пољопривредних задруга (док су друге источно европске социјалистичке земље приликом колективизације правно задржале приватну својину сељака, у Мађарској, супротно томе, IV. Закон из 1967. године створио је тзв. задружну својину), а у 14, 2% од стране приватних газдинстава (као окућница, башта). По величини, поседи државних предузећа били су у просеку 7500 хектара са око 860 радника, поседи задруга у просеку 3800 хектара са око 380 радника, а 1, 4 милиона приватних газдинстава имала је посед у просечној величини од 0, 62 хектара. Уопштено посматрано, земљишта су се делила на велепоседе (85%) и ситне поседе.[40]

Од земаља, припадника бившем источном блоку шест су денационализацију извршила у виду обештећења у натури, тј враћањем земље. То су: Чешка република, Словачка, Бугарска, Естонија, Пољска и Литванија.[41]

У Мађарској је денационализација земљишта извршена путем накнаде у виду обвезница. Поред тога што на овај начин земља није била враћена некадашњим власницима, они су већином били лишени могућности стицања земље и путем обвезница. Сам начин накнаде је служио интересима владајуће елите. Временски је био развучен (од 1990 – 1996), имао је различите основе, поступак је био дуготра-

[39] M. Brandt, *Srednjovjekovno doba povijesnog razvitka*, Загреб, 1980, стр. 54 i 132.

[40] Податак је узет из, E. Tanka, Föld és elsajátítás (Земља и присвајање), Будимпешта, 1999, стр. 169 – 170.

[41] Танка, нав. дело, стр. 175.

јан, а био је праћен и негативном пропагандом ("коме треба земља?", "заштитићемо задруге" итд.). Поред тога, закон из 1989. године (који је био на снази до доношења закона о накнади) већ је омогућио спонтану приватизацију у корист приватних лица и њихових друштава. Ову могућност је искористила, пре свега, политичка елита. Социолошка истраживања показују да су они који су имали право на накнаду само су у незнатном проценту дошли до обрадиве земље и да је већина земљишта дошла у руке спекуланата.[42]

Елити је било омогућено да за симболичну (а не тржишну цену) дође до најбољих земљишта и то без одређивања максимума: Обвезнице је свако могао да купи за новац. Закон је омогућио споразумну лицитацију, тако да је цена земље по хектару спала на 20. 000 форинти (мање од 100 еура), а својина стечена лицитацијом на основу обвезница била је изузета од максимирања, које је иначе био одређено до 300 хектара. Поред тога развили су и илегалну технику тзв. ţепних уговора, тј на лицитацији учествовао је агент купца обвезница који је усмеравао расподелу земље.

Истраживања показују да нови велепоседници, а ни њихови преци раније нису имали земљу. Већина ових нових земљопоседника је некадашњи председник задруге или аграрни стручњак на руководећем положају. Од потомака некадашњих земљопоседника поседе, али само веома мале, данас има само 68%.[43] Већина пољопривредних радника (око 700. 000) остала је без земље и посла. Док су се борили за опстанак породице, нису могли ни да помисле на могућност да куповином обвезница јефтино прибаве земљу.

Од 1989. године промена сопственика земљишта није евидентирана (по правилу у време друштвене трансформације ова евиденција изостаје), а она и од 2000. године (по Општем пољопривредном попису) тече споро и отежано. Многи нови власници нису евидентирани јер је била предвиђена забрана продаје обвезница у периоду од пет година, а у новије време, услед нагомиланих захтева и спорости поступка. Према истраживањима фактичко поседовно стање сада изгледао овако: 90% обрадиве земље је у рукама 8% велепоседника. И регионална социолошка истраживања указују на преовладавање велепоседа. На пример, од 3200 насеља скоро да и нема таквог где нема најмање 2 – 3 поседа од 100 – 300 хектара у приватној својини. То допуњује и закуп земље. Према томе, распрострањен је велепосед заснован на најамном раду усмерен искључиво на остваривање максималног профита.[44]

С друге стране, остатак земље је у својини 1, 8 милиона грађана. Од њих 57% има парцелу од око 0, 2 хектара. Парцелу од 1 – 10 хектара има 18, 3%, а средње поседе од 10 – 50 хектара, 2, 1%, и само 0, 3% поседује више од 50 хектара земље. То указује на то да се углавном ради о патуљастим поседима[45]. Према процени,

[42] G. Nemes – B. Heilig, Önellátás és árutermelés (Затворено кућна и робна привреда), Szociológiai Szemle, 3 – 4/1996, стр. 162.

[43] M. Andor - T. Kuczi – Nigel J. Swain, Közép-európai falvak 1990 után (Средњоевропска села после 1990 године), Szociológiai Szemle, 3-4/1996, стр. 137 – 140.

[44] Танка, нав. дело, стр. 195.

[45] Танка, нав. дело, стр. 201.

данашњег стања привреде, за издржавање једне четворочлане породице потребна је парцела величине најмање 20 хектара. То значи да од свих породичних газдинстава само 10 – 15% је способно за производњу за тржиште[46]. Према анализи социолога у Источној Европи прави губитник промене система је сељаштво.[47]

Постсоцијалистичке промене оживеле су "првобитну акумулацију капитала" и према Е. Танки, довеле су до највеће кризе модерног друштва, коју он процењује већом и дубљом од светске економске кризе 1929 – 33. године.[48]

Резултати истраживања потврђују историјско искуство, како из времена првобитног присвајања земље, тако и кризних периода историје да долази до неограниченог присвајања добара од стране владајуће елите и до наглог осиромашења масе становништва.

У последње време, од друге половине 1998. године (почев од кабинета Виктора Орбана) чине се напори да се оживи породично пољопривредно предузетништво. Вечита дилема - за или против велепоседа- имајући у виду многобројне негативне последице начина производње на велепоседима (оријентација на стицање профита дугорочно посматрано уништава земљу, непосредни лоше плаћени произвођач /најамни радник/ није заинтересован за производњу, не задовољава потребе развоја околине, као ни функционисања и развоја локалне самоуправе и демократских односа, не поштује правила заштите околине, омогућује неконтролисану примену нове и по човеково здравље недовољно проверене методе производње генетски модификованих производа итд.), решава у корист обраде земље непосредно од стране власника-обрађивача и његове породице, и сматра се дугорочно најбољим начином обраде. Орбанов кабинет породично газдинство сматра основом пољопривредне производње и предузео је обавезу његове посебне потпоре. Потребу пружања помоћи породичном газдинству образлаже чињеницом да су постојећи велепоседи настали уз помоћ претходне велике државне финансијске помоћи, отпустом дугова и неповратним финансијским средствима, сада, да би у таквим условима и породично газдинство могло да буде равноправан привредни субјекат, потребно је пружити помоћ његовом настанку и функционисању. У том циљу су предузете следеће мере:

- а) Законом из 1994. године Аграрна комора Мађарске је формирала мрежу бесплатног стручног саветодавства. То обавља децентрализована организација сеоских газди;
- б) услед уситњености постојећих газдинстава Закон из 1999. године одређује преуређење поседа ради спајања поседа и за то држава издваја посебна средства;
- ц) од 1999. године предвиђена је посебна помоћ за узгој биљака. То је неповратна помоћ кориснику земље величине мин. 1 хектара до макси-

[46] I. Szűcs- B. Csendes – B. Pálovics, Földbirtok politika (Земљишна политика), MTA – AKII. Будимпешта, 1997, стр. 16.

[47] M. C. Maurel, Szocialista örökség, dekollektivizálás, politikai szerkezetváltás (Социалистичко наслеђе, деколективизација, политичке структуралне промене), Társadalmi Szemle, 6/1964, стр. 14. 18.

[48] Танка, нав. дело, стр. 170.

мално 300 хектара површине, ако је земља регистрована и уз поштовање предвиђених додатних услова;

- д) на основу конкурса обезбеђује се помоћ младим предузетницима (до 40 год.) ради оснивања породичног газдинства уз поштовање строгих услова;
- е) даје се потпора формирању цивилних удружења породичних газдинстава (ради обезбеђивања механизације, организације тржишта на велико итд.);
- ф) предвиђена је обнова стручног образовања које би се односило на предузетништво, упознавање са практичним искуствима, маркетингом и менаџментом, као и
- г) формирање Националног земљишног фонда, као посебне правне институције, ради помоћи оснивању рентабилних породичних газдинстава и омогућавања младим образованим предузетницима да дођу до земље или на основу права својине или закупа.[49]

Европска унија такође формулише и остварује у својој политици формирање породичних газдинстава (фарми) и заузима став да: заједница не помаже велепосед заснован на најамном раду (AGENDA 2000).

2. Заштита земље од иностраног капитала

У Европској унији земљишно тржиште је највише регулисано од свих осталих инфраструктуралних тржишта. Ту се остварује дупло владајуће политичко регулисање. Једно је наднационално, тј. заједничка аграрна и земљишна политика Уније, а друго је домаће регулисање, тј. интервенција земље чланице у погледу тржишта земље и коришћења земље. Између ове две струје постоји супротност интереса.

Према заузетом ставу, обрадива земља у Европској унији није предмет слободног тржишта заснованог на понуди и потражњи, него се везује за територију, чини територијални елеменат националног суверенитета земље чланице. Из овог разлога заједничко право тзв. *acquis communitaire* се не односи (проширује се) на земљишне односе (на промет земље, својину над земљом, коришћење земље, заштиту земље и њену управу), а такође ни на уређење основних начела, него се то задржава у надлежности земље чланице.[50]

Ипак, без обзира на овако заузети став, заједничка земљишна политика врши утицај на два начина: Има значај непосредног утицаја чињеница, да Европска унија забрањује својим чланицама да врше дискриминацију на националној основи у погледу припадника грађана Уније, тј. било који грађанин Европске уније треба да ужива исти третман као и домаћи грађанин (забрана дискриминације). Ово правило је образложено слободом настањивања (заснивања радног односа и оснивања фирми од стране њених грађана под истим условима као што је то предвиђено за

[49] Танка, нав. дело, стр. 183 – 185.
[50] Римски уговор – 295. члан EUS.

домаће становништво)[51]. С обзиром на ниску цену земљишта и радне снаге у бившим социјалистичким земљама, ове околности привлаче инострани (првенствено непољопривредни) капитал и истовремено представљају опасност за домаће становништво, које би остало без обрадиве земље и претворило би се у јефтину најамну радну снагу. Досадашње чланице Уније имају већ уређене и устаљене земљишно – својинске односе, према томе, тамо не би дошло до промена.

Други утицај је само посредан, али се процењује као веома значајан. То је структурална земљишна политика Уније. Почев од 1958. године постављен је циљ стварања рентабилних породичних газдинстава. План "Пољопривреда 1980" Сико Маншолта из 1968. године настојао је да помаже овај програм концентрацијом земљишта. Услед промене политике (регионална политика развоја региона, заштита животне средине) од 1988. године наступило је награђивање добровољног стављања земљишта у мировање. Реформа САР из 1992. године мировање земљишта предвиђа као обавезу, која је праћена посебном накнадом. Породично газдинство, тзв. социјална сфера, нема обавезу да остави део земље на мировање и лакше добија финансијску потпору[52]. С овим се жели указати на то да Унија не помаже велепоседа, а са друге стране ни патуљасте поседе.

Услови везани за земљишну политику предвиђени за улазак у Европску унију били би следећи:

Према декларацији из 1993, који је био потврђен касније (Brussels, DOC 97/8) један од четири услова за пријем јесте: да у земљи функционише тржишна привреда. Земља треба да буде превасходно у приватној својини и треба да буде подобна за тржиште. То треба правно да обезбеди евиденција земљишта и хипотеке уређењем земљишних књига.

Друго према Римском уговору забрањује се дискриминација настањивања грађана чланица Уније на територији друге чланице Уније, а то исто се односи и на оснивање фирми.

Треће, забрањује се било какво ограничење кретања капитала изузев ако је то учињено јавно у општем интересу.[53]

Танка ове услове оцењује као неповољне за земље које сада стоје пред капијом Европске уније.[54]

Стручњаци Светске банке такође констатују два услова које земље пре уласка у Унију треба да испуне: један је тржишна привреда а други забрана дискриминације према странцима. С обзиром на то да је правна могућност утицаја Уније на земљишне односе земаља који се припремају за улазак у Унију ограничена, Светска банка може да рачуна само на метаправна средства у креирању земљишне политике ових земаља.[55] Као један од путева утицаја, на пример, наводи се "замка задуживања", јер земља на основу помоћи у виду кредита и других начина финансирања у

[51] EUS 2. поглавље.
[52] Танка, нав. дело, стр. 229.
[53] Савет ЕУ 97/C/220/06
[54] Танка, нав. дело, стр. 236.
[55] Танка, нав. дело, стр. 236 – 242.

својој политици постаје зависна од Светске банке. Сада структуру националне државе разара с једне стране трговина, а с друге потпуна слобода кретања капитала.

Према анализи заменика председника Светске банке, Јозефа Стиглица, брза приватизација у виду шок-терапије није резултирала растом привреде земаља у транзицији, него је довела до присвајања колективних добара од стране "грабљивог капитала" који не улаже у производњу, него настоји на спашавању стеченог у иностраним банкама, а с друге стране, била је праћена масовним отпуштањем радника[56]. Овај проблем отвара такође пут стручњацима Светске банке да понуде своју помоћ и искуство за његово решавање бившим источно европским земљама.

Оцењује се да захтеви Свеске банке одступају од аграрног модела Европске Уније. Као прво, Унија фаворизује породично газдинство и принцип "земља припада обрађивачу", а глобална и либерална светска аграрна политика прокламује принцип: "земља припада ономе ко је купи", при чему мулти и транснационални капитал има најбољу позицију. Национална држава, према томе, не сме да одреди ограничења: правна лица треба да уживају иста права у погледу стицања земље, требало би искључити ризик неосноване експропријације, подстаћи иностранa улагања и њихов ризик свести на минимум[57]. Исти аутори означавају као основе земљишног тржишта: Тржиште функционише путем купопродајних уговора учесника и њима пружаних услуга. То треба да се осигура путем земљишних књига и катастара, тржишне процене земљишног капитала и путем финансијских услуга.

Светска банка Мађарској ради осавремењивања земљишног тржишта предлаже:

а) потребно је убрзати земљокњижну регистрацију приватизоване земље,

б) регулисање својине и промета земљом потребно је допунити следећим:

- обезбедити право својине на земљишту правнм лицима (предузетницима, друштвима),

- треба укинути максимирање земљишне својине,

- треба обезбедити могућност за стицање својине над земљом страним држављанима,

- ради бољег увида у својинске односе потребно је уредити правне оквире пољопривредних задруга, то је потребно и ради промене структуре ових задруга,

- увести мере за обезбеђивање брзе консолидације земљишне својине и промена у погледу величине поседа

- треба развити стратегију за даљу приватизацију преосталих државних газдинстава.[58]

---

[56] J. Stiglitz, Hová jutott a reform: az átalakulás tíz éve (Где је стигла реформа: десет година преображаја), Washington, 1999. приказ M. Csath, A Világbank szine változása (Промене односа Светске банке), Magyar Fórum, 31/1999, стр. 1 и 8.

[57] P. Dale – R. Baldwin, Emerging Land Markets in Central and Eastern Europe, World Bank Workshop, 1999, стр. 1-38.

[58] Cs. Csaki – A. Fock, The Agrarian Economies of Central and Eastern Europe and the Commonwealth of Independent States, An Update on Status and Progress – 1998, The World Bank ECSSD Working Paper No. 13, April, 26, 1999, стр. 1 – 167.

У погледу битних питања ови предлози подударају са ставовима Уније. Стратегијски пољопривредни пројект Мадридске конференције из 1995. године такође предлаже својину правног лица и дозволу страних улагања.[59]

На питање – како сачувати националне интересе, а истовремено избећи колизију са међународним правним правилима, мађарски стручњаци предлажу неколико решења:

Сматрају, да искључењем могућности стицања својине на обрадивој земљи од стране **домаћих и иностраних правних лица** Земљишни закон ни сада, ни касније приликом уласка у Унију, не крши став Савета Европе о забрани дискриминације (Савет Европске Уније 97/C/220/06), нити тумачење Европског суда.[60]

Овај правни пут, тј. искључење правних лица од могућности стицања својине над земљом, као и посебна потпора породичним газдинствима, која је прихваћена у Мађарској, у потпуности одговара националној правној пракси земаља чланица Уније, која такође искључује могућност стицања земље за правна лица[61]. Такође одговара и осталим захтевима Уније у погледу развоја региона, заштите природне средине, демократизације односа итд.

Сматра се такође неопходним спречавање уласка спекулативног непољопривредног капитала (како домаћег тако и иностраног)[62], стварање разних типова велепоседа заснованих на најамном раду, као и илегално прибављање земље путем закупа земље, у циљу спречавања спекулација са земљом која би имала за првенствени циљ не производњу, него увећање имовине (профит). Ово је неопходно имати у виду и због правила Уније о регулисању тржишта и спречавања прекомерне производње, као и расподеле производних квота на различите врсте поседа.

Предлаже се промена правила стицања својине и закупа земље и за физичка лица у смислу:

- максимирања поседа[63],
- постављања захтева у погледу пребивалишта у месту где се земљиште налази у одређеном временском трајању као предуслов за стицање земље,
- организације производње у виду сталног или додатног аграрног занимања,
- аграрна стручна спрема,
- самостално прихватање одговорности за руковођење газдинством.[64]

[59] Танка, нав. дело, стр. 247.

[60] Детаљно образлагање у Танка, нав. дело, стр. 249 – 250.

[61] Танка, нав. дело, стр. 251.

[62] Илегални улазак иностраног капитала у Мађарској омогућује пракса претварања задруга у холдинге и друштва са ограниченом одговорношћу. Странци на овај начин путем улагања стичу већину у овим облицима и уживају разне државне привилегије и помоћи, истовремено се врши и приватизација организована од стране менаџмента ових облика, изигравањем постојећих прописа. Детаљно, Танка, нав. дело, стр. 196 – 200.

[63] Предвиђа се својинско ограничење до 300 хектара по особи. Закон Француске из 1980. године, максимирање одређује у зависности од врсте делатности и географских особина земљишта, на пример, за житарице предвиђа мин. 15 – 40 хектара, а максимум 100 – 150 хектара.

Одговарајуће правно уређење ових мера (које зависи не само од стручности тима, него и од усаглашавања интереса учесника у пољопривреди), сматра се, да би могло да заштити домаћу земљу од иностраног капитала, а то ће бити од посебне важности ако би Брисел одбио захтеве за дерогацију[65] приликом уласка у Унију.

III Закључак

Како првобитно, тако и присвајање обрадивих површина за време опште кризе и губитка територије у Риму, указује на стварање велепоседа. У периоду републике припадници владајуће аристократије су до поседа долазили на основу сопствене припадности овом слоју на једноставан начин, непосредном окупацијом, куповином, или узимањем у закуп уз минималну закупнину. Сиромашни плебејци су остали ван ове расподеле и само су тешко могли да се изборе, користећи скупштинску процедуру, да аграрним законима добију минималне парцеле обрадиве површине. Овај основни начин расподеле већ је тада створио слој веома богате аристократије и масу сиромаха. Овај процес је на исти начин био проширен и на провинције. С обзиром на то да су освајања још трајала, један део беземљаша је нашао спас у исељењу у провинције. Оваква расподела, уз остале проблеме, довела је до опадања пољопривредне производње на територији Италије, до побуне робова и стварања нерадног градског плебса. Излаз је тада пронађен у заинтересовању обрађивача за производњу у виду колоната.

У други, кризни период Рим улази са већ постојећим велепоседима, који су били распрострањени првенствено на Западу. Велепоседник, који је раније већину времена проводио у градовима, сада се селио на свој посед који је био мање изложен нападима. Градове је тада напуштало и преостало становништво (то су императори са знатним закашњењем забрањивали) и преселило се на поседе велепоседника. Велепоседнику су се прикључују и ситни и средњи поседници, услед пропадања поседа или преласком у патрицинијарни однос. То је омогућило велепоседима да се претворе у самодовољну производну јединицу, као и даље стицање прихода и организовање сопствене војске. На Западу је приметно пропадање средњег слоја (где би спадали пре свега: трговци, занатлије, превозници, средњи поседници, нижи царски и градски службеници). Овај слој се у току петог века стопио са слојем сиромаха, тако да су се раздвојила два основна слоја: незнатна мањина *honestiores,* (богатих, часних и угледних) где спадају: цар, његова породица и највиши царски службеници, као и богата сенаторска аристократија тзв. *potentiores;* і *humiliores*, тј. маса сиромаха. Мере предузете ради спречавања овог процеса биле су закаснеле, недовољне, неадекватне и неефикасне.

[64] Танка, нав. дело, стр. 253 – 254.

[65] Приликом преговора поводом пријема нових чланова, у Брислу 1999. године полазећи од захтева (Светске банке) за либерализацију земљишног тржишта, постоје наговештаји за оспоравање дерогационих захтева тј. захтева за заштиту домаће обрадиве земље од иностраног капитала у одређеном временском периоду (на пример, захтев за забрану стицања својине на земљи странцима у року од 10 година од уласка у Унију).

Постсоцијалистичко искуство Мађарске указује такође на стварање велепоседа путем "првобитне акумулације капитала", која доводи до осиромашења масе становништва. Ради ублажавања овог процеса настоји се на помагању рентабилних породичних газдинстава. С друге стране, јавља се и проблем заштите обрадиве земље од иностраног, пре свега, мултинационалног капитала, услед хармонизације права и обавезе испуњавања услова за улазак у Европску унију. Мађарски стручњаци у циљу решавања овог проблема, као заштитну меру, између осталог, предлажу: забрану стицања земље од стране правних лица, како домаћих, тако и иностраних.

Мада у нас овакве припреме још нису актуелне, упознавање са проблемима који постоје у бившим социјалистичким државама, као и мерама за њихово решавање, може да нам послужи као корисно искуство, поготово имајући у виду да су многи од тих проблема присутни већ и сада у нашој земљи.

Magdolna Sič, Ph. D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad

MEANS OF PROPERTY TRANSFORMATION AND THE INFLUENCE ON SOCIAL DIVISIONS - THE EXPERIENCES OF ROME AND TODAY

Abstract

The author of this article discusses the means of usurping arable land and the consequences on social divisions in different social conditions. While keeping in mind the periods of great social and political change in the Roman Empire, the author concludes that just as in the time of the primary usurpation of land, so in the periods of crisis, there tends to be an unlimited usurpation of land by the governing elite leading to a rapid impoverishment of the masses.

Unfortunately, this historical experience is confirmed by that of today. According to research on the results of privatization done in Hungary, the actual status of ownership points to a dominance of large estates (90% of the land is in hands of 8% of the population) on one hand and minute ownerships on the other. Taking into consideration, the fact that during periods of significant change in property relations, deed book records, as a rule, are never accurate, the legal status is not yet in accordance with the actual. The

intention is to alleviate this property situation through the formation and support of family farms.

Accession to the European Union, with its harmonization of laws and obligations to fulfill the anticipated requirements, presents the problem of protection of arable land from foreign, moreover, multinational capital. In order to achieve this goal, Hungarian experts recommend, among other things, to: ban legal entities from acquiring land - be they foreign or domestic.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.251-271

Др Иштван Фејеш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОЛОЖАЈ ПОЛИЦИЈЕ У ПРАВНОЈ ДРЖАВИ - ПРОБЛЕМ КОНТРОЛЕ ПОЛИЦИЈЕ

Сажетак: *Аутор полази од тезе да је у друштву заснованом на идеји људских права и правне државе неопходна изградња механизама контроле полиције због њених бројних и крупних права и широких дискреционих овлашћење. Изградња механизма контроле је само део много шире проблематике реформе и изградње савремене полиције. У веома сложеним условима савременог друштва то је сложен и тежак задатак, који је постао још сложенији чињеницом да се данас већ и безбедност схвата као посебна врста робе која има своје тржиште. Аутор сматра да се најбољи резултати контроле могу постићи рационалном комбинацијом механизама унутрашње и спољне контроле.*

Кључне речи: полиција, безбедност, тржиште, реформа, контрола.

I - УВОД

Ефикасност сузбијања криминалитета захтева координирану активност већег броја субјеката од специјализованих државних органа до грађана и њихових удружења. Међу њима наглашену улогу има полиција. Она је специјализовани државни орган који се стара о заштити друштва од криминалитета, одржавању јавног реда и безбедности одређеног државног поретка. [1] Њена активност треба да буде гаранција неометаног безбедног живота и рада грађана без чега нема демократског развоја и просперитета друштва.

Ради остваривања ових задатака полиција располаже значајним правима и широким дискреционим овлашћењима која се у великој мери односе на људска права.

[1] Алексић-Миловановић, *Криминалистика*, Београд 1994. стр. 40

У савременом друштву који је заснован на идејама људских права и правној држави, неопходно је да се подвргне контроли организација која има тако значајну улогу у друштву и раполаже таквим крупним овлашћењима. Могло би се рећи да контрола рада полиције представља најважнији аспект проблема односа полиције према заштити људских права у правној држави.

Потреба за контролом полиције извире дакле из значаја њених дискреционих права и овлашћења. Она се не оправдава неким а приори неповерењем, сумњичавошћу према полицији, већ се ради о потреби, императиву правне државе.

Ако се пође од тезе да је ефективна контрола полиције могућа тек у правној држави, могло би се поставити питање зашто би тада контрола и била уопште и потребна. Овај парадокс је само привидан, јер институције и механизми за проверавање поштовања и спровођења закона, представљају један од најважнијих елемената правне државе. Контролни механизми су неопходни и како ради настанка тако и ради опстанка правне државе.

Доприносећи транспарентности рада полиције спољна контрола је пут за демистификацију рада полиције и ограничавање могућности да се позивом на неопходну тајност рада прикрива незаконитост поступања.

Quis custodiet ipsos custodes? (А ко ће стражарити над стражарима?) питао се већ римски сатиричар Јувенал (60-140 н. е.) указавши на суштину проблема контроле полиције. Према томе, питање како одредити, које субјекте и какав механизам контроле над радом полиције која је и сама институција друштвене контроле, представља стари проблем, на који се тек у задњих неколико десетљећа почињу формулисати конкретни одговори и уводити и практична решења.

Свакако да је један од најкрупнијих разлога у спором развијању институција контроле у томе да је сваки савремени полицијски систем заснован на компромису супротстављених идеја и потреба: потребом за ефикасним радом полиције и потребом за контролом и ограничавањем њеног рада, да се без преке потребе не меша у права грађана.

Проблем контроле рада полиције сложен је сам по себи а конфузни друштвено-економски односи земаља у транзицији као што је и наша, проблем чине још сложенијим. У овим земљама (а и у многим другим) проблем контроле је само део много ширег проблема реформе полиције у целини. Тај тежак задатак још више компликује чињеница да је и безбедност грађана у савременом друштву постала својеврсна роба, на коју се мање више односе тржишни закони. Код нас се о томе засад мало говори, и то оправдава мало дужи осврт на реформу полиције у тржишним условима безбедности.

У таквим изузетно сложеним околностима треба друштво да дефинише место и улогу полиције и креира механизме њеног надзора и контроле.

II -Тржиште безбедности и реформа полиције

1. Тржиште безбедности

1. Појам безбедности

Много се говори о безбедности грађана али заправо, шта се под тиме подразумева?

Безбедност би се најједноставније могла дефинисати као стање неузнемиреност грађана.[2] То је збирни појам који обухвата заштиту земље од спољних претњи и обезбеђење унутрашњег реда и стабилности.[3]

Безбедност је апстрактан, неопипљив продукт који тангира све грађане и може се помоћу одговарајућих техника упоређивати у погледу достигнутог квалитета између разних земаља, историјских периода и сл. Генерално речено, лоциран је између две крајње тачке: тоталне анархије (безбедност равна нули), и тоталног продукта, потпуне, апсолутне неузнемирености када су и "произвођач" и "потрошач" апсолутно задовољни (недостижно идеално стање коме ваља стремити). Између ове две крајње тачке налази се ниво и квалитет безбедности сваке земље што зависи од бројних економских, историјских и других фактора дате средине.

2. Безбедност као реална друштвена вредност

Реализацијом своје контролне функције, полиција доприноси функционисању друштва. Тај допринос у демократским друштвима и правној држави није само у заштити друштва и његових достигнућа већ у стварању оквира за даљи развој друштва и изградњу демократије. Својим законитим радом ствара и штити могућност оптималног функционисања демократског политичког уређења и његових установа. Ствара услове безбедног развоја демократије и слободе за чланове друштва. Безбедност, у чијем стварању полиција има централну улогу, због тога је реална друштвена вредност која **ствара услове** за настанак других друштвених вредности.

Ако се пође од тога да друштвене вредности задовољавају неке друштвене потребе такође се намеће закључак да је и безбедност друштвена вредност. Успешна борба против криминалитета је задовољење једне сасвим реалне потребе грађана.

3. Објективна и субјективна безбедност

Објективна безбедност је чињеница односно закључак који се заснива на објективним показатељима: статистичким и другим подацима.

Насупрот томе субјективна безбедност је психичка категорија: осећај безбедности код грађана. За мерење овог вида безбедности нема тако егзактних ме-

[2] L. Salgó, Az új tipusú biztonság, Budapest, 1994. стр. 34

[3] L. Salgó, цит. дело, стр 38.

тода као у погледу објективне безбедности (мада и ту треба бити опрезан знајући за релативну вредност судских и других статистика о криминалитету).

Ове две стране безбедности треба посматрати као целину, али оне не морају бити у позитивној корелацији. У неким земљама истраживања су утврдила висок степен субјективне безбедности упркос лошој објективној безбедности (нпр. Холандија), а има и обрнутих примера.

Субјективни, доживљени елементи безбедности остају дуго времена у памћењу грађана и релативно се тешко заборављају односно мењају, насупрот томе објективни показатељи се могу релативно брзо мењати.

4) Безбедност као производ

Безбедност се може посматрати са многих аспеката па тако и са тржишног. У земљама са развијеном тржишном економијом безбедност се често сматра производом, тј. робом специфичног карактера која се "производи" и "продаје" на одговарајућем тржишту**.** [4] Код нас се о безбедности у том смислу ретко говори, па ћемо се укратко осврнути на неке њене аспекте у том погледу.

Безбедност у тржишном смислу је један производ на нивоу апстракције који производи полиција и други субјекти, а потрошачи су грађани и реализује се у крајњој линији у њиховом неометаном животу и раду.

Производ је специфичан између осталог и по томе што га је немогуће остварити на прихватљивом нивоу без сарадње између њених произвођача и потрошача. Због тога је кретање ка већој укључености друштвене заједнице у њено остварење и већа ангажованост полиције у друштву "без сумње апсолутно пожељно ако не и пресудно".[5]

5) Произвођачи и потрошачи на тржишту безбедности

Поред полиције као државног монопола за производњу јавне безбедности на тржишту безбедности јављају се и приватне полицијске организације.

Под приватном полицијом се подразумева скуп различитих субјеката од приватних детектива до великих, мултинационалних, специјализованих организација за заштиту разних објеката, пошиљки и лица, истражне службе великих осигуравајућих компанија, банака итд. Њихов правни статус у појединим земљама зависи од позитивноправних прописа, историјских традиција и си.

Њихова економска снага и положај на тржишту безбедности у значајној мери зависи од економске ситуације и куповне моћи становништва, јер су њихове услуге скупе.

---

[4] Тако Weibrens наглашава да у Холандији али и другим земљама Западне Европе многи полицијски руководиоци воле да се приказују као менаџери а о полицији говоре као својеврсном предузећу које деује на специфичном тржишту. Видети: C. Weibrens, *A rendőrség és a nyilvánosság: Megjegyzések*, у едицији: Vigh-Katona (úr.), Társadalmi változások, bűnözés és a rendőrség, Budapest, 1993. стр. 172

[5] K. W. Masterson, *Планирање полицијске улоге у друштву*, Избор чланака из страних часописа, бр. 1-2/1990. стр. 16 (наслов оригинала: *Projecting the Police role in Society*, The Police Journal, 1/1989. стр. 4-12).

Без обзира на бројне ограничавајуће факторе уочљива је њихова експанзија. У САД број запослених у овим предузећима расте годишње по стопи преко 10% и већ је премашио број државних полицијских службеника. Слична је ситуација и у погледу њиховог буџета. Овакве тенденције су видљиве и у Европској Унији, мада експанзија приватних полиција још није достигла амерички ниво. Потрошачи на тржишту безбедности су грађани, њихове организације, предузећа и бројни други субјекти, заправо друштво у целини.

Безбедност коју производи полиција као државна, монополска организација усмерена је према сваком појединoм грађанину и свако од њих би требало да има у принципу исте могућности за конзумирање овог производа. Но полиција у процесу формирања и дефинирања свог производа полази од просечних друштвених захтева. Не може уважити појединачне прохтеве, који одступају од просечног, било у позитивном било у негативном смислу. Из тих разлога један број грађана неће бити задовољан квалитетом њеног производа. Они своје потребе могу задовољити на тржишту безбедности, коришћењем услуга приватних полицијских организација.

Уочљива је тенденција да се у земљама развијене тржишне економије карактер државне полиције од носиоца монопола државне принуде и извршне власти полако преображава у смеру услужне организације. Та тенденција је све израженија како се једно друштво креће од тоталитарног према демократском уређењу. [6]

6) Тржиште безбедности у тоталитарном и демократском друштву

Екстремне диктатуре настоје остварити тоталну контролу над друштвом. У производњи безбедности поред полиције значајну улогу имају разне војне, полувојне и цивилне организације.

У "меким" диктатурама контролни механизми су нешто слабији али у значајној мери јача њихово деструктивно дејство на личност грађана. Код грађана се развија јака аутоцензура која често прераста у шизофрено стање: грађани нпр. изражавају један став на јавном или радном месту а сасвим други у затвореном кругу. Такво стање постепено еродира цело друштво.[7]

У тоталитарним друштвима произвођачка страна безбедносног тржишта (ако се уопште може говорити о постојању тржишта) је строго монополисана од стране државе и она не трпи никакву конкуренцију.

Упркос високом степену објективне безбедности грађани се ипак осећају угроженим, јер релативно низак ниво криминалитета није резултат добровољног прихватања закона већ високог степена репресије, која драстично ограничава њихова права и слободе.[8]

---

[6] Видети, L Sagló, цит. дело, стр. 49

[7] Видети, L Sagló, цит. дело, стр. 53.

[8] Danos-Tauber, резимирајући мађарска искуства карактеристике тоталитарне полиције виде у следећем:

а) Жели контролисати све и сваког, што доводи до абнормалног раста апарата и броја задатака.

б) Организација је ауторитарна, недемократска. Стручно знање због тога једва да има значаја.

ц) Полиција добија превелик број задатака.

Поред тога тоталитарна држава својим репресивним деловањем потискује рефлекс самоодбране грађана и то има далекосежне последице.

У демократским државама са тржишном привредом, тржишни елемент се испољава и на плану безбедности. Држава гарантује безбедност одређеног нивоа, а грађанин, ако тиме није задовољан, у сагласности са својим потребама и економским могућностима, може користити услуге разних агенција за обезбедење имовине, лица и си. Ради се о услугама које подижу степен безбедности њихових корисника. На тај начин куповином услуга на тржишту безбедности грађанин може задовољити своје потребе. За овакав вид додатне безбедности има простора само тамо где грађанин међу своје свакодневне потребе као и сваку другу робу или услугу прибраја и повишени степен безбедности и то може и да плати.

2. Реформа полиције

У савременом друштву односи постају све сложенији, промене су све брже а криминалитет перманентно расте. У оваквим околностима класичан модел полицијске организације се показује све мање успешним и све мање подобним да одговори на савремене изазове. Реформа полиције је због тога перманентно присутан проблем.

Полиција је део друштва и везује се за друштвене структуре, циљеве и његове вредносне системе. Упркос бројним политичким разликама ипак се може рећи да се све европске земље боре за исте глобалне циљеве: успостављање правне државе, људска права и тржишну привреду.

У процесу реформе полиције приликом одређивања њених задатака морају се имати у виду глобални друштвени циљеви, треба реално сагледати шта полиција стварно ради, за шта је способна тј. шта може радити[9], шта очекује од ње просечан грађанин и какве ресурсе јој стављају на располагање носиоци политичког одлучивања и какву улогу треба да има у процесу "производње" безбедности.

Да би полиција могла реализовати постављене циљеве стално се мора пратити њен рад. Само постојање норми било да су у питању домаћи закони или међународни акти није довољно. Неопходно је да се норме и пракса поклапају.[10] Због тога је неопходно да се у процесу реформе полиције изграде и адекватни механизми контроле.

д) Не уважава принципе правне државе, основне правне гаранције, основна људска и грађанска права.

е) Упркос другачијој европској пракси, обавља и послове државне безбедности

Оваква полиција је већини грађана била антипатична јер није поштовала људска права, агресивно је наступала и кад је било потребе за тим и кад није, грађане је третирала као поданике, бавила се политиком, припадници полиције (бар они са којим су грађани долазили у додир) били су необразовани и у стручном погледу и са аспекта опште културе.

Видети: Danos-Tauber, *A magyar társadalom elvárásai a rendőrséggel szemben*, у едицији нав. у напомени 4 стр. 128.

[9] K. W. Masterson, цит. дело стр. 15

[10] T. Utrainen, *Társadalmi változások, bűnözés es rendőrség*, у едицији нав. у напомени 4. стр 124

Постоје бројне идеје у погледу могућих праваца рефоме.

1. Јачање полиције и ширење њених надлежности надлежности

У оквиру схватања да полицију треба јачати и ширити њене надлежности могле би се заправо разликовати две струје.

а. По једној мишљењу треба **јачати класичан модел професионалне полиције** која има за циљ реализацију кривичног права откривањем кривичних дела и хватањем њихових учинилаца. Одговорном се сматра искључиво за ове послове а све друго је од маргиналног значаја. Организација је строго специјализована, централизована и хијерархијски организована по војном узору. Њени припадници извршавају наређења.

Утицај друштвене заједнице је минимизиран.

Тактика борбе против криминалитета заснива се на пасивном очекивању позива на интервенцију и на обиласке рејона, моторизованим патролама у циљу застрашивања и одвраћања од криминалних дела (реактиван приступ).

На позиве се реагује што брже.

Сваки случај се третира самостално, кад се оконча списи се закључују и даљим анализама нема места. Дугорочна превенција није њен задатак.

Информације неопходне за рад прибавља у првом реду техничким средствима (компјутер, радио, итд.) Због дистанцирања од заједнице, осим од доушника других извора информација нема.

Рад на улици сматра се прљавим, недостојним послом од којег се настоји побећи у неку канцеларију.

Припадник овакве полиције има мало афинитета према потребама заједнице, себе често сматра супериорним у односу на грађанство, што значајно доприноси развоју ауторитативне, конзервативне, полицијске субкултуре.[11]

Заговорници ове идеје наглашавају да полиција има кључну улогу у сузбијању криминалитета и да је због тога неопходно њено техничко и персонално јачање, већа финансијска средства и већа овлашћења. У Западној Европи ови захтеви су све гласнији.[12]

Међутим овај модел крије и одређене опасности. Опремање полиције брзим аутомобилима, компјутерским терминалима у њима, савременим телекомуникационим средствима и си. доводи до нежељених последица: прекидање веза између полиције и грађана. Поучан је у том погледу пример Велике Британије. Од свог оснивања 1829. године полиција је перманентно чинила напоре да придобије благонаклоност и подршку грађана. Драматичне друштвене промене су довеле до тога да од средине XX века техницизирање полиције добија све већи замах. Служећи се комбинацијом технологије и нових начина патролирања полиција је "успела" да се удаљити од грађана, од контаката са њима који су јој традиционално

[11] B. N. Leighton, *Vilsons of Community Policing: Retoric and Reality in Canada*, Canadian Journal of Criminology бр. 1/1991, стр. 485 и сл.

[12] Rawlins-Stanko, *Társadalmi változások, bűnözés es a rendőrség, у едицији нав. у напомени 4. стр. 183.*

осигуравали информације и на тај начин помагали у обављању њених послова.[13] Таква појава је уочена и у другим развијеним земљама (Холандија и др.). Релативно брзо се увидело да због тога модернизација има поред добрих и веома лоших страна. Показало се да побољшање техничке опремљености и повећање броја запослених само по себи није довољно. Неопходно је и јачање веза са грађанима.[14]

Савремена техничка средства представљају велико искушење за полицију. Она је оријентисана на акцију и успех, а коришћење високе технологије, без сумње поспешује рад у неким сегментима полицијског деловања. Омогућава повећани степен контроле, а контрола има магичну привлачну моћ у софистицираним друштвима развијеног света.[15] Она је као дрога: што се више користи потребна је већа доза а зависност је све јача.[16]

Савремена информациона технологија отвара досад невиђене могућности прикупљања података о грађанима. То је ефикасно оружје у борби против савременог криминалитета али отвара и могућности тешких злоупотреба. Због тога је неопходно да се коришћење ових средстава регулише прецизним законима.[17]

Коришћење великих банака података скрива у себи и друге опасности. Једна од њих је доста парадоксална: број информација може бити толико велики да то доводи до неефикасности целог система. Нпр. могуће је, као што се и дешавало, да и починиоци кривичних дела "прођу" кроз мрежу контроле заједно са великим бројем других контролисаних грађана. Са друге стране путем масовне контроле долази у видокруг полиције и широк круг невиних лица.

Контрола и превенција у демократском друштву мора бити ограничена строгим прописима тако да никад не може достићи максимум тј. да се не изврши ни једно кривично дело, јер би то захтевало и тоталну контролу.

б. По другом мишљењу не ставља се нагласак на милитаризацију и техницизирање полиције већ на **ширење делокруга** њеног деловања и на такве послове који не спадају у полицијски домен. Резултат би био "силно проширење улоге полиције у друштву" чиме би она постала "водећи друштвени фактор"[18] у решавању друштвених проблема. Неспорно је да полиција мора бити социјално осетљива да се не би превише удаљила од оних које треба да чува и контролише. Али се не сме

[13] Rawlins-Stanko, *Társadalmi változások, bűnözés es a rendőrség*, у едицији нав. у напомени 4. стр. 183

[14] Rawlins-Stanko, *Társadalmi változások, bűnözés es a rendőrség*, у едицији нав. у напомени 4. стр. 183

[15] Но она не може решити све друштвене проблеме, сиромаштво, незапосленост итд. Неки аутори упозоравају да реаговања на друштвене проблеме у Западној Европи треба примити са резервом јер је по правилу нагласак на полицијској репресији (Rawlins-Stanko, цит. дело стр. 183)

[16] Rawlins-Stanko, цит. дело стр. 183

[17] О неким правним проблемима везаним за прибављање података и откривање извршилаца методом компјутерског претраживања. Видети: И. Фејеш, *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад, 2002, стр. 87-101.

[18] K. W. Masterson, цит. дело, стр. 14.

заборавити да полицајци нису социјални радници и да су за решавање разних социјалних проблема много погодније друге специјализоване агенције.[19]

Оба изложена модела изазивају доста дилема и сумњи и у њиховом основном облику ни један се не чини прихватљивим.

2. Растерећење полиције преношењем дела њихових послова и овлашћења на друге субјекте

Према овом концепту повећање ефикасности рада и одговор на изазове савременог друштва треба тражити у **ослобађању полиције од послова који нису изразито полицијског карактера**, које једнако успешно или чак и успешније могу обављати и други субјекти.

То је неопходно јер се полиција просто "дави" у разним" папирима" (недовршеним предметима, списима, досијеима, молбама и си.) који су највећим делом везани за ову област. Поред многих других негативних последица, овакво стање распирује и огромну бирократију у оквиру полиције.

Полицију би требало ослободити, примера ради, послова око пријава због кривичних дела против имовине, које грађани подносе само зато да би добили потврде које ће приказати осигуравајућим друштвима ради наплате штете. Такви случајеви по Шведском искуству чине око 30% свих кривичних пријава. Требало би укинути условљавање накнаде штете пријавом полицији. Велико растерећење би било ослободити полицију и пријава у вези недозвољених радњи са чековима, кредитним картицама и сл.[20]

У Шведској је нпр. преношење надлежности за наплату мандатних казни због неправилног паркирања и неких других саобраћајних прекршаја на органе локалне самоуправе, полицију ослободило од преко милион предмета годишње.[21]

Даља могућност растерећења је преношење неких послова на приватне предузимаче.

У многим земљама Европске Уније већ је постала традиција да ред на јавним скуповима, чување одређених објеката итд. врше приватне агенције за обезбедење уместо полиције. Ова грана услужне делатности се развила после II светског рата и запошљава велики број лица.

У Европској Унији је уочљива тенденција да се неки полицијски послови пренесу на друштвену заједницу. Многи виде у томе реакцију на централизацију и техницизирање полиције. Ради се заправо о разним формама ангажовања грађана у

[19] Искуства са социјалном полицијом у Норвешкој показала су да она није могла изаћи на крај са друштвеним проблемима у свом рејону. Видети: *J. Jespen, Figyelmeztetés a kritika nélküli együttműködés következményeire*, у едицији навед. у напомени 4. стр. 136

[20] Ови проблеми код нас још вероватно нису толико изразити као у Шведској, али развојем тржишних односа биће их све више.

[21] Размишља се о преношењу контроле скоро целог саобраћаја на ове органе. Видети: J. Jespen, цит. дело стр. 136

очувању јавног реда и безбедности (пројекат "Посматрање комишија" и сл.), као и враћања полиције на улице ради поновног успостављања контаката са грађанима.

Према томе велики део послова које обавља полиција може се пренети без икакве штете у надлежност других државних органа органа локалне самоуправе, банке, асоцијација грађана и разне агенције за обезбеђење, како је то већ и показала пракса у бројним земљама. Растерећењем полиција штеди велики број радних часова и своја техничка средства.

Негативна страна је губљење контаката са грађанима и извора информација.

3. Полиција у заједници (Community Policing)

Концепт "полиције у заједници" (Community Policing) прилази проблемима односа заједница-полиција са аспекта успостављања и одржавања друштвеног мира, гарантовања права грађана и побољшања њиховог осећања безбедности. У интересу реченог полиција треба да пружа одговарајуће услуге. Нагласак је управо на услужном карактеру полицијског деловања. Оно се у суштини не би разликовало од других друштвених услуга: здравства, образовања лтд. Концепт не негира потребу подизања нивоа техничке опремљености, али то не срне бити циљ за себе већ у функцији наведене улоге полиције. Ради се заправо о потреби **промене менталитета** и новог начина прилаза проблемима од стране полиције. Стварање новог имица требало би да приближи полицију грађанима, да јача поверење у њен рад и добије њихову подршку.

У одређивању приоритета у борби против криминалитета одлучну улогу треба да имају редовне консултације са представницима заједнице. У специјалним, за то основаним одборима, или другим телима и представници заједнице и полиције могли би износити своје ставове и захтеве и усаглашавати их. На овај начин заједница може вршити и неки облик контроле над радом полиције.

Са основу прикупљених података полиција треба да буде у стању да предвиди где и који проблеми ће се појавити. Тако се пружа могућност да се на то благовремено упозоре полицајци на терену да би предузели потребне превентивне мере (проактивни приступ). Откривање узрока нарушавања реда и криминалитета у центру је интересовања комуналне полиције. Тактика борбе против узрока ових појава је еластична, може се користити било које средство које уједно побољшава однос између полиције и грађана. Део овакве тактике може бити патролирање пешке, оснивање мини полицијских станица и сл.

Ако је уочени проблем бар делимично решен анализира се урађено као и то у којој мери се одабрани приступ показао добрим, где су пропусти и сагласно томе шта треба мењати.

Нарочит нагласак се ставља на превенцију, на смањење броја прилика за вршење кривичних дела, укључивањем полиције у израду урбанистичких планова, планирање развоја одређених подручја, планирање социјалних и других мера и програма за сузбијање сиромаштва и незапослености која су легла криминалитета.

По концепту "полиције у заједници" приликом запошљавања полицајаца треба имати у виду социјалне и демографске карактеристике датог подручја.

На основу ове концепције треба да се промени и структура полицијске организације. Бројне функције (па и руковођење)се географски децентрализује.[22]

Ресурси се распоређују тако да "прва линија фронта" која је најважнији' део организације, буде снажно подржана. Могуће је и да се припадници специјалних јединица "расеју" на већи број полицијских станица ради помагања прве линије. Наиме, полицајци по концепту "полиције у заједници" треба да располажу више општим него специјализованим знањима јер треба да суделују у решавању бројних и разноврсних проблема у својим рејонима.

Полицајци по овом концепту треба да су релативно добро плаћени и имају углед у друштву. Себе сматрају делом заједнице и настоје да остваре тесне контакте са њом, и то омогућава циркулацију информација на релацији грађани - полиција и обрнуто. Заједница познаје своју полицију а полиција своју заједницу.[23]

Идеја "полиције у заједници" је у експанзији[24] али су присутне одређене тешкоће не мале тежине.

Питање је да ли постоје **праве** заједнице, са заједничким интересима, вредностима и ставовима на којима се базира читав концепт. Све је већа мобилност становништва. У Холандији нпр. грађани не живе у просеку више од 8 година у истом месту.[25] Присутан је нови стил живота, подељеност живота између места становања и радног места, смањивање утицаја организација којима се традиционално приписује улога јачања друштвене кохезије (нпр. црква) итд. У таквим околностима се често не може решити неки проблем једне групе становништва а да се при томе не вређа неки значајан интерес друге групе.

Надаље, било би наивно мислити да постоји могућност повратка на стара "идилична" времена у односима заједница-полиција (тамо где је тога било). Висок степен диференцијације становништва, индивидуализма, индиферентности према општим интересима и интересима других грађана то не омогућава. Овакво стање је пластично описао Мастерсон: "Одвише онога што зовемо "напредак" довело је до значајног смањења сваког стимуланса за укључивање у акције других...злочини се извршавају јавно без икакве интервенције очевидаца, где они који траже помоћ пролазе незапажени, гдје људи умиру јер их други не опажају и не брину за њих и где су људи изабрали да игнорирају опадање квалитета живота на свом подручју живљења".[26]

Може се надаље приметити да је полицајац у тесном односу са грађанима у значајној мери изложен корупцији.

---

[22] Белгијска истраживања су показала да је процес удаљавања полиције од грађана много мањег интензитета код полиције локалних самоуправа него код централизоване државне полиције. Видети: Eliarts-Eis van den Broek; Community Policing in Belgium у: *Dolling-Feltes (ur.), Community Policing Comparative Aspects of Community Oriented Police Work*, Empirische Polizei-Forschung, 5/1992. стр. 160.

[23] B. N. Leighton, цит. дело, стр. 485 и след.

[24] J. Bolyai, *A közösségi rendőrség*, у едицији: Büntetőpolitika, bűnmegelőzés, Budapest, 1994, стр. 112.

[25] Weibrens, цит. дело, стр. 173.

[26] K. W. Masterson, цит. дело, стр. 13.

Треба узети у обзир и огромне тешкоће око промене бирократске, изоловане полицијске организације и нарочито начина мишљења и схватања људи у њему. То је можда најтеже.

4. Могућност реализације концепта "полиције у заједници" у нашем делу Европе

Имајући у виду стање друштвене дезинтеграције, економске тешкоће, драстично раслојавање становништва и тешко наследе прошлости у коме је полиција била један од најважнијих ослонаца политичког система, која је била позвана да спречи сва неконтролисана кретања у друштву, мале су шансе да се концепт комуналне полиције у догледно време реализује у бившим социјалистичким земљама. Партијска држава је у овом региону створила послушни полицијски апарат који је служио њеним политичким циљевима. У надлежност полиције давани су послови који тамо уопште не би требали бити. Њено деловање је мистификовано, сви подаци везани за њен рад проглашавани су тајном, па је и контрола од стране јавности била немогућа. Шиканирање грађана, непотребни агресивни наступи итд. изазивали су неодобравање грађана. Од пропасти ранијег система учињене су крупне промене али су у суштини структура и унутрашњи механизми полиције остали непромењени.[27] Због тога би у овом моменту било можда преурањено дати полицији проактивну надлежност. Везе међу заједницом и полицијом треба свакако јачати али засад без коренитих заокрета од позиције извршне власти у правцу социјалног рада. Најкраће речено у овом делу Европе засад ни друштво ни полиција још нису у ситуацији да реализују модел " полиције у заједници."

5. Каква треба да буде савремена полиција

После свега изложеног намеће се питање каква треба да буде савремена полиција?

То је сложено питање и одговор зависи од многих друштвених, економских, политичких и других чинилаца у свакој појединој средини. Ипак генерално речено савременом се може сматрати полицијска организација која је одговорна не само хијерархијски надређеним органима већ и пред јавношћу и правно, која није организована по војним принципима, која у току рада пружа разне услуге, али јој је у центру пажње ипак сузбијање криминалитета. Најкраће речено, савремена је та полиција која гарантује хумано и праведно поступање са свим грађанима било да се појављују као осумњичени за извршено кривично дело било као жртва, било као грађани који се обраћају за помоћ или разне услуге.

[27] J. Bolyai, цит. дело, стр. 114.

III -Контрола полиције

1. Контрола и надзор

Када се говори о котроли полиције и надзору над њеним радом треба истаћи да се истим појмовима означавају различити механизми и поступци. Треба у првом реду разликовати контролу полицијске политике и надзора над понашањем појединих полицајаца или служби. Котрола може бити спољна и унутрашња, а спољна контрола може бити политичка и грађанска. Грађанску контролу треба означити као надзор.[28]

Ако се у надлежност неког органа даје разматрање глобалних питања у вези са полицијом као институцијом, њених задатака, организацију, финансирање и руковођење тај орган врши контролу рада полиције. Таква контрола би се могла назвати политичком контролом. Таква контрола се најчешће спроводи преко разних тела парламента или владе и тиме се обезбеђује да полиција полаже рачуне заједници за извршавање задатака и дужности који су утврђени законским актима.

Уколико се ради о механизму за обезбеђивања права грађанима да подношењем пријаве због поступака полиције покрене поступак за ефикасно и непристрасно испитивање случаја, тада је реч о надзору поступака по представкама а не о контроли у претходно изложеном смислу. То би се могло назвати грађанским надзором. Такав механизам је одвојен од горе поменутих органа контроле. Но у нашој јавности се често и грађански надзор назива "контролом рада полиције". То је често узрок неспоразума и одбојног става полиције.

Контрола се спроводи и у оквиру полиције(интерна, дисциплинска или хијерархијска контрола), али се органи интерне контроле не баве искључиво питањима кршења радне дисциплине, већ својом делатношћу могу обухватити и поступке полицајаца према грађанима(што је иначе у центру пажње спољног надзора).

2. Унутрашња контрола и спољна контрола

Битна је разлика у ефикасности горња два механизма контроле кад се ради о жалбама грађана. Унутрашња контрола је много мање ефикасна где постоје "претпоставке за постојање сталешке и колегијалне солидарности".[29]

Међутим поверење друштва у ефикасност унутрашње контроле не мора бити резултат само стварног увида у ефикасност унутрашње контроле. Ствар је много сложенија. То поверење је заправо део ширих културних уверења, какви су ставови према власти, оријентација чланова друштва према заједници, последица социјалне хетерогености и других чинилаца.

Однос према власти би се могао изразити као веће или мање поверење грађана у институције власти. Обично се САД узима као пример где постоји распростра-

[28] Б. Бабовић, *Људска права и полиција*, Београд, 1999, стр. 27.
[29] Б. Бабовић, цит. дело, стр. 29.

њено неповерење грађана у инстутуције власти а Јапан и Немачка где је то поверење знатно веће.

Оријентација чланова друштва према заједници може бити изражен као већи или мањи потенцијал за групну самоконтролу, односно као осећај припадности заједници а с друге стране као супротно томе, индивидуализам. Већи потенцијал за самоконтролу водио би ка ефикаснијој унутрашњој контроли, а индивидуализам ка потреби јаче спољашње контроле.

Хетерогена структура друштва (у расном, етничком и другом смислу), може имати мањи степен поверења у институције власти, него у дрштвима хомогене структуре.

На основу тога би се могло рећи да се предност спољној котроли даје у оним друштвима у којима је поред слабе ефикасности унутрашње контроле присутно мање поверење у институције власти, мањи потенцијал за групну самоконтролу и хетерогеност социјалне структуре. Са друге стране предност би се давала унутрашњој котроли тамо где поред добрих резултата те контроле, постоји веће поверење у институције власти, већи потенцијал за групну самоконтролу и хомогеност социјалне структуре.[30]

У полицијској литератури је раширено мишљење да би предност ипак требало дати јачању унутрашње контроле уз задржавање и пажљиво постављену спољну контролу.

Аргументи у прилог оваквом ставу су боља информисаност унутрашњих механизама од спољашњих, темељитији и шири захват путем унутрашње контроле, већа прилагођеност те могућност оштријег поступања према прекршиоцима. Додатни аргумент криминолога је да предност треба дати развоју самоконтроле и неформалних облика контроле уместо застрашивања.[31]

Према томе, развој самодисциплине и механизама унутрашње котроле се сматра најбољом стратегијом за обезбеђење одговорности полицајаца, а систем унутрашње контроле примарним системом контроле.

Спољашња контрола сама по себи може одражавати извесну сумњу у полицију као институцију, и по уверењу полицајаца вређа њихов понос и част и омаловажава професионализам. Овакав став полицајаца, може довести до завере ћутања у погледу грешака својих колега и опструкције рада спољашњих органа контроле. То узрокује даљу недисциплину и опадање поверања јавности у ефикасност унутрашње контроле и иницира јачање спољне контроле. Тако се ствара зачарани круг који се тешко пробија. Због тога је изградња механизама спољне контроле врло осетљив процес и лако може бити контрапродуктиван.

Механизми спољашње контроле треба да делују повезано са унутрашњом контролом, тј. да се ослањају на процесе самоконтроле и механизме одржавања унутрашње дисциплине.

Из реченог би произилазило да би оријентација према већем вредновању унутрашње контроле требало да буде подржана јачањем професинализма,

[30] Б. Милосављевић, *Наука о полицији*, Београд, 1997. стр. 311.
[31] D. H. Bayley, цит. код Б. Милосављевић, цит. дело стр. 312.

системом обуке и других фактора интерне природе. Нарочито треба истаћи значај и улогу едукације полицијског кадра. Адекватан систем перманетне обуке изграђује правилан став према раду и грађанима, ствара свест о неопходности законитог поступања, чувања људских права, штити од негативних елемената полцијске субкултуре и формира механизам аутоконтроле. Нема ефикаснијег механизма контроле од развијене самоконтроле.

На перманатно образовање кадрова у полицији се ставља све већи нагласак и у Србији.

У већини секретаријата у 2002. години реализован је петодневни курс о модерној полицији;бројни куресеви о људским правима, безбедности саобраћаја и сл. а планирани су курсеви о "полицији у заједници"организованом криминалу итд.

Речено ниуком случају не значи да је спољна контрола сувишна, напротив. Унутрашња контрола се не сме оставити без спољашњег надзора као бране против аутономизације полиције.[32]

На неопходност увођења надзора указала је и резолуција УН којом је 1979. г. усвојен "Кодекс понашања за службена лица одговорна за примену закона". Наглашава се да се званични надзор рада полиције мора обезбедити "преко истражне комисије, посебног министарства, јавног тужиоца, правосуђа, омбудсмана, комитета грађана или комбинацијом неколико поменутих органа или преко посебног тела за надзор".

Кодекс је усвојен у форми резолуције, па не подлеже ратификацији и нема правно обавезујућу снагу али одражава став међународне заједнице о неопходности контроле.

У бројним земљама су креирана посебна невладина тела ради контроле полиције независно од политичких утицаја владе или других органа извршне власти.[33]

Сасвим је извесно да се оптимални резултати могу очекивати од комбинације оба вида контроле сагласно нашим приликама.

3. Контрола полиције у Југославији

Скоро све земље у транзицији су конституисале механизме који треба да обезбеде одговорност полиције према друштву и да омогуће надзор над полицијом поступањем по представкама грађана у погледу поступака полицајаца. У неким земљама (нпр, Бугарска) прихваћен је принцип цивилног надзора над активностима Министарства унутрашњих послова, да би се обезбедила контрола цивилног друштва над службама тог министарства.

Важно је питање како устројити полицију као институцију цивилног друштва и правне државе. У том комплексу питање интитуционализоване контроле споља и изнутра има изузетан значај. Статус и рад полиције су само део и слика система власти и од те власти зависи и начин и садржина њене контроле.

[32] Б. Милосављевић, цит. дело, стр. 313.
[33] Детаљније о томе Б. Милосављевић, цит. дело, стр. 319-323.

Противправна поступања полиције због којих се контрола успоставља су универзална појава и резултат су дејства различитих објективних и субјективних фактора.

а. Спољна контрола

У вези спољне контроле у Југославији може се рећи да **нема посебних органа** ни на нивоу Федерације ни на нивоу република, насупрот бројним другм земљама[34] чији би задатак била само контрола рада полиције.

1. У **Ср Југославији** постоје парламентарне комисије и одбори који се баве питањима слободе и права грађана, за представке и жалбе, за одбрану и безбедност у чијој се општој надлежности налазе и питања контроле. Они су органи спољне опште политичке контроле парламента над радом државних органа па и полиције.

На федералном нивоу проблемом контроле полиције могле би се бавити две сталне комисије Скупштине СР Југославије: Комисија за представке и предлоге и Комисија за остваривање права и дужности грађана. Њих заједнички образју два већа Савезне супштине.

Комисија за представке и предлоге "разматра представке, петиције и предлоге које грађани и организације упућују Савезној скупштини и предлаже Већу и надлежним органима мере за решавање питања садржаних у њима, и о томе обавештава подносиоце уколико су то захтевали". (чл. 53 Пословника Већа грађана и чл. 54. Пословника Већа република).[35]

Комисија за остваривање слобода, права и дужности човека и грађанина овлашћена је и дужна је предузимати мере у вези са кршењем људских права. Њен задатак је да:

- "прати остваривање и заштиту слобода, права и дужности човека и грађанина утврђених уставом СРЈ...прати извршавање обавеза које је СРЈ преузела потписивањем и потврђивањем међународних аката о људским правима и слободама, даје мишљење и предлоге за потпуније и ефикасније остваривање и заштиту утврђених слобода и права грађанина;
- разматра предлоге и иницијативе организација изаједница, удружења грађана и појединаца у вези са проширивањем, остваривањем и заштитом људских права;
- прати активност Савезне владе и других савезних органа и организација на међународном плану у вези са уређивањем и заштитом слобода и права грађанина."

Комисија за остваривање слободе, права и дужности грађанина, иако се полиција експлицитно не помиње као кршилац људских права у горе цитираном опису надлежности, овлашћена је и дужна је предизимати мере у случају кршења људских права од стране полиције.

[34] Детаљне приказе за поједине земље видети код Б. Милосављевић цит. дело и Б. Бабовић, цит. дело.

[35] Сл. лист. СРЈ, бр. 43/1994 и бр. 1/1995.

Веће грађана и у Веће република има Одбор за одбрану и безбедност. Они су надлежни, да разматрају законе друге прописе и опште акте из области одбране и безбедности, као и друга питања обављања"контроле Већа над радом Савезне владе и других савезних органа и функционера одговорних Свезној скупштини и друга питања из ових области" (видети чл. 67. Пословника једног и другог већа).

Ако се анализира надлежност ових комисија може се закључиити да се полиција нигде и не помиње нити се истиче обавеза ових комисија да разматрају представке грађана у вези рада полиције. Закључак о њиховој евентуалној надлежности у том погледу се може извући само посредно, тумачењем горе наведених одредаба. Из тога следи да се не ради о специјализованим органима за спољну контролу над радом полиције.

2. Слично је и у погледу **Републике Србије**.

Међу 23 одбора Народне скупштине Србије налази се и Одбор за безбедност и Одбор за представке и предлоге, чија је надлежност одређена на исти начин као и надлежност одговарајућих одбора у федералној скупштини. (чл. 51 и 70. Пословника Народне скупштине Републике Србије).[36] Није дакле изричито одређен орган који који би био надлежан за разматрање представки на рад полиције, нити је предвиђено формирање неког ванпарламентарног тела за спољну контролу.

Нити у СР Југославији ни у Србији **не** постоје посебна **невладина тела** за грађански надзор над радом полиције.

3. У **Црној Гори**, према Пословнику Скупштине Црне Горе[37] постоји Одбор за људска права и слободе. Натегнутим тумачењем чл. 4о Пословника би се евентуално могло доћи до претпоставке да би у надлежности овог Одбора било разматрање представки грађана у вези рада полиције.

У мају 1997. г. усвојен је Закон о савјету безбједности[38] као резултат тадашњих политичких констелација. Савјет је у у суштини инструмент полтичке контроле Службе државне безбедности Полиције. Контролише само овај део а не рад полиције у целини. То се огледа и у саставу Савјета. Чланови су председник Републике, председник Владе, Скупштине, Врховног суда и супштинског одбора за контролу рада Службе државне безбедности. Овакав састав одудара од стандарда састава органа спољне контроле у свету и не обезбеђује контролу рада полиције непристрасно и независно од тренутних политичких интереса.

У исто време кад је формиран Савјет за безбједност формиран је и Одбор за контролу рада Службе државне безбједности, изменом пословника Скупштине Црне Горе. [39]

Одбор је надлежан да разматра предлоге закона и других аката од значаја за "остваривање функције овог Одбора", питања остваривања "слободе и права

[36] Сл. гласник РС, бр. 69/1994.
[37] Сл. лист РЦГ, бр. 30/1996.
[38] Сл. лист РЦГ, бр. 16/1997.
[39] Сл. лист РЦГ, бр. 16/1997.

човјека и грађанина" у раду Службе државне безбједности, као и "појединачна питања евентуалних повреда слободе и права" у раду ове службе.

Кад оцени да је служба својим поступцима угрозила слободе и права човека, Одбор може да захтева информације о томе од државних органа, тела и служби.

Овако формулисана надлежност, бар у декларативном смислу ставља у надлежност једном скупштинском телу да расправља о, појединачним конкретним повредама права и слободе од стране полиције, односно само једног њеног дела. Иако је формулација надлежности Одбора врло опрезна(говори се о "евентуалним повредама") ипак се на званичан начин бар признаје могућност постојања таквих повреда.

б. Унутрашња контрола

-Унутрашња контрола рада полиције у **Србији** је регулисана у виду дисциплинске одговорности. Закона о унутрашњим пословима (чл. 49-58)[40] и Уредбом о дисциплинској одговорности у Министарству унутрашњих послова. [41]

Овим актима је детаљно регулисана дисциплинска одговорност. Њима се утврђује систем унутрашње контроле, одређују органи и ток поступка за утврђивање дисциплинске одговорности.

Наведено је укупно 15 тежих повреда (чл. 50 ЗУП), које се у већини односе на дисциплину а неке могу задирати и у област кршења закона које превазилазе дисциплинске оквире унутар МУП (издавање или извршавање наредбе којима се противправно угрожава сигурност људи и имовине;противправно прибављање личне или материјалне користи за себе илиза другог у вези са радом;свака радња која представља кривично дело извршено на расду или у вези са радом;издавање наређење чије би извршавање представљало кривично дело;прикривање извршене теже повреде радних обавеза и дужности од стране непосредног старешине).

Поступак за утврђивање теже повреде дисциплине, спроводе дисциплински иследник, дисциплински тужилац, Дисциплински суд и Виши дисциплински суд (чл. 53. ЗУП).

За време трајања дисциплинског поступка за тежу повреду радник може бити суспендован.

Поступак је постављен по угледу на кривични поступак.

Претходни поступак спроводи непосредни руководилац, изузев за повреде које су истовремено и кривично дело. Тада је надлежан дисциплински иследник који по службеној дужности истражује све околности (чл. 8. Уредбе). Надлежни старешина, ако на основу овако прикупљеног материјала утврди да постоји основана сумња да је повреда учињена, материјал доставља дисциплинском тужиоцу.

[40] Сл. Гласник РС, б4. 44/1991.
[41] Сл. Гласник РС, бр. 71/1992.

Одлуку у првом степену доноси Дисциплински суд (чланове именује министар унутрашњих послова), а по правним лековима одлучује Виши дисциплински суд (чије чланове именује Влада Републике Србије).

Рад дисциплинских судова је "у принципу јаван (чл. 54 ст. 2. ЗУП), али се јавност може искључити са претреса ако се износе подаци и документи који представљају службену, државну или војну тајну или ако то захтевају разлози морала".

Интерес саме полиције би био да су информације о раду ових органа више доступани, јавности јер би се тиме показало да полиција спроводи закон и у својим редовима.

Поступак за утврђивање лакших повреда дисциплине спроводи и мере изриче министар унутрашњих послова или лице кога он овласти (чл. 51. ЗУП), а претходни поступак спроводи непосредни руководилац (чл. 6. Уредбе).

Закон о унутрашњим пословима не говори о томе ко има право да постави захтев за спровођење дисциплинског поступка (ни у погледу тежих ни у погледу лакших повреда дисциплине) нити о томе да ово право можда припада и грађанима и под којим условима.

Ако би то право било признато грађанима, то би био одређени облик грађанског надзора. За то има иностраних примера. У неким земљама где нема органа спољне контроле полиције, дисциплински орган и имају обавезу да разматрају представке грађана(нпр. Француска).

Позитивна је околност да је дисциплински поступак доста детаљно разрађен.

У **Црној Гори** је систем унутрашње контроле у виду дисциплинске одговорности веома упрошћен.

Закон о унутрашњим пословима[42] чланом 57. прописује да дисциплинске санкције (предвиђене у истом члану) изриче министар за унутрашње послове.

Дисциплински поступак спроводи и предлаже одлуку, дисциплинска комисија коју именује министар.

Радник може уложити приговор само на одлуку о изреченој мери новчане казне или престанка радног односа због одбијања извршења службеног наређења или омаловажавање наређења старешине. О приговору одлучује министар (тј. исти орган који је донео и нападнуту одлуку). Могућност приговора због изречених мера за преосталих 14 повреда дисциплине се не помиње.

Ни у овим приписима у Црној Гори као ни у горе поменутим прописима Србије нема ни речи о представкама грађана у вези са поступцима припадника полиције.

На основу речених можемо констатовати да садашњи прописи у Југославији не предвиђају посебне органе објективне, неполитичке спољне контроле, нити посебна тела за грађанску контролу ("грађански надзор") над радом полиције. У Црној Гори су основани посебни органи али само за полтитчки надзор над једним делом полиције(Служба за државну безбедност).

[42] Сл. лист РЦГ, 24/1994.

Најновијем Федералном законодавству више није страна идеја о оснивању посебних органа за надзор над радом неких државних органа. На федералном нивоу је основан посебан орган за политички надзор службе безбедности. У Закону о служби безбедности СРЈ[43], у посебној Глави VI "Демократска цивилна контрола" (чл. 47-57) предвиђено је да контролу рада ових служби врши Савезна скупштина преко своје посебне Комисије за контролу службе безбедности. У погледу полиције засад нема посебног органа ни за политички контролу.

IV Уместо закључка

Изградња демократског друштва је тешко замислива без контроле полиције. Због тога и код нас треба изградити адекватан систем контроле. То је неопходно и ради придобијања и јачања поверења грађана у полицију, што ће се одразити на њихову спремност на сарадњу и помоћ полицији у обављању њене веома значајне делатности. У крајњој линији то ће допринети и повећању ефикасноти рада полиције.

Постојање контроле од нарочитог је значаја за легитимитет полиције, за изградњу позитивног односа грађана и јавности према њој и њеном раду. Због тога контрола полиције није од користи само за грађане већ и за саму полицију.

Систем контроле треба да се изгради комбиновањем механизама унутрашње и спољне контроле.

Адекватан систем едукације треба да изгради механизам аутокотроле код полицајаца, да створи свест о потреби и оправданости система контроле, да контролу прихвате као сасвим нормалну и оправдану ствар која је у крајњој линији и у њихову корист.

Треба основати посебне органе спољне контроле за контролу полицијске политике и независне органе грађанског надзора, чији чланови морају бити независни. Они за обављање ове функције треба да имају морални интегритет, приврженост поштовању права и добро познавање проблематике, да су независни од политичких структура и партија. Овакав орган треба да именује скупштина и да њој подноси извештај, али тај орган мора бити независтан. Тим органима би требало дати право да разматрају жалбе грађана на рад полиције. Неопходно је предвидети и овлашћења тих органа у погледу предузимања разних мера поводом тих жалби.

[43] Сл. лист СРЈ, бр. 37/2002.

Ištvan Feješ, Ph. D., Associate Professor
Law Faculty of Novi Sad

THE STATUS OF POLICE WITHIN THE RULE OF LAW -THE CONTROL OF THE POLICE

Abstract

The author finds that a society based on the idea of human rights and the rule of law must necessarily have a mechanism for the control of the police, because of its wide discretionary authority. The construction of a mechanism of control is only a part of a much wider problem of reform and creation of a modern police force. In the highly complex conditions of contemporary society, this is a very complicated and difficult task, which has become even more complicated due to the fact that nowadays even the security is considered to be a specific type of good with its own market. In the second part of the work, the author discusses the notion of security, as a specific product, the participants in the security market, etc. The author also points out various possible directions of the police reform. The author pays specific attention to the critique of "Community Policing" and concludes that conditions for its implementation in Yugoslavia have not yet come about.

The third part of the work is concerned with the control of the police. The author studies the system of external and internal control. As an important factor in the mechanism of internal control, the author especially emphasizes the importance of the educational system as a key to the development of a mechanism of auto-control of members of the police force. Only reasonable combination of internal and external control mechanisms can lead to best results. It is followed by the analysis of the situation in Yugoslavia. The author concludes that there are no separate external supervisory bodies, with exception of Montenegro in which such a control exists only as political and only over one part of the police force.

In his final remarks, the author endorses the construction of a police control system in Yugoslavia, with a combination of internal and external control mechanisms.

The author is of the opinion that the auto-control of police officers should be strengthened through an adequate training system.

Specific bodies of external control should be established (including also civilians) which would deal with complaints of civilians regarding the work of the police force, and would have authority to take appropriate steps.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.273-281

Др Снежана Бркић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

УБРЗАНЕ ПРОЦЕСНЕ ФОРМЕ ЗА ФЛАГРАНТНА ДЕЛА УЧИЊЕНА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Сажетак: *У фокусу рада су посебне убрзане процесне форме за флагрантна кривична дела учињена на главном претресу. Анализирају се две такве форме: проширење оптужбе за кривична дела оптуженог учињена или откривена на главном претресу, и усмена оптужба за кривична дела учињена на главном претресу од стране других лица. Разматрају се њихова обележја, услови, ограничења, избор, заштита окривљеноог, као и pro et contra аргументација.*

Кључне речи: убрзана процесна форма, флагрантна кривична дела, главни претрес, оптужба

Према старијим правима флагрантна кривична дела су кажњавана смрћу а њихови учиниоци препуштани суду линча. Савремена права карактеришу унеколико репресивнија овлашћења државних органа, као и стварање посебних убрзаних процесних форми за суђење флагрантним учиниоцима. Можемо разликовати три групе таквих посебних процедура: за флагрантне учиниоце лишене слободе, за флагрантне учиниоце на слободи, и за кривична дела учињена или откривена на главном претресу. У фокусу овог рада биће само ова последња група процесних форми, у чијем склопу постоје два облика**:** а) проширење оптужбе за кривична дела оптуженог учињена или откривена на главном претресу; б) усмена оптужба за кривична дела учињена на главном претресу од стране других лица.

Проширење оптужбе за кривична дела оптуженог учињена или откривена на главном претресу

Обележја

У овим поступцима изостаје фаза истраге, чак и кад би она с обзиром на прописану казну била обавезна.[1] Оптужни акт се подиже на главном претресу, иако тај чин у редовном поступку пада пре главног претреса. Мада је оптужница строго формални акт и у погледу садржине и у погледу форме, она овде може бити и усмено изнета. Даље, изостаје и фаза контроле оптужбе, јер се оптужба не може побијати приговором, нити преиспитивати по службеној дужности.[2]Проширење оптужбе, по испуњењу законских услова, води ширењу главног претреса и пресуде и на ново дело. Иако се суди заједно и доноси јединствена пресуда, процес по проширеној оптужби се сматра новим процесом, тако да бранилац за прво дело није обавезан да се прими одбране и за ново дело.[3]

Услови

а) Учинилац кривичног дела може бити само оптужени. Он се може бранити да је дело учинио неко трећи, али се треће лице не може увлачити у постојећи процес.

б) Дело мора бити учињено или откривено у току главног претреса у заседању.[4] Искључена су, дакле, флагрантна дела учињена за време паузе у судском ходнику или приликом спровођења оптуженог. Новооткривена дела треба да су сазната тек на главном претресу, а не пре тога.[5]

в) Учињено или откривено кривично дело не мора имати никакве везе са првим делом и може се разликовати од њега по врсти, тежини, као и по овлашћењу за гоњење. У већини права долазе у обзир како дела која се гоне по службеној дуж-

[1]Ово за разлику од прве две групе поступака за флагрантне деликте, који су често тако обликовани да искључују она дела код којих је према општим правилима обавезно спровођење истраге (нпр. злочини у Француској).

[2]За разлику од непосредне оптужнице, против које је допуштен приговор.

[3]Тако Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар*, 1995, с. 453.

[4]Нека права изричито предвиђају ове две врсте услова, алтернативно постављене (чл. 342/1 нашег ЗКП; чл. 279 и 263 аустријског ЗКП). Друга права помињу само накнадну оптужбу подигнуту на главном претресу за друга кривична дела оптуженог, из чијег тумачења ипак произилази покривеност обе ситуације, односно како новоучињених, тако и новооткривених дела (тако нпр. тзв. *Nachtragsanklage* у немачком праву, вид. чл. 266 ЗКП).

[5]Нпр. на основу признања окривљеног датог на претресу. Овој процесној форми нема места ако је тужилац знао за то друго кривично дело и пре подизања првобитне оптужбе (тако Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар ЗКП*, Бгд, 1995, с. 453; Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права*, Бгд, 1981, с. 522; C. Bertel. *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien 1984, с. 141; у том смислу је и одлука ВС АПВ Кж. 808/67 од 12.01.1968).

ности, тако и она по приватној тужби.[6] Нека права, међутим, условљавају проширење оптужбе на дела тежа од првог, пристанком оптуженог.[7]

г)Против оптуженог треба да стоје сасвим одређени и озбиљни докази, а не тек неодређене и непоткрепљене сумње.[8] Ово нарочито важи у случају откривених дела на главном претресу. Важно је да се оптужба може одмах формулисати, да за њено утемељење нису потребне претходне припреме[9] и одлагање претреса.

д) За ново дело се мора подићи оптужба на главном претресу.[10] Ова процесна форма, наиме, не представља изузетак од оптужног начела,[11] јер суд не би могао без оптужбе, *ex officio*, проширити главни претрес и пресуду и на новоучињена или новооткривена дела. Оптужба, дакле, мора постојати, имати све законске елементе,[12] а ако је усмена, мора бити забележена у записнику.[13] Изузетак у том смислу је француско право, које у случају преступа учињених на претресу пред *tribunal correctionnel*, омогућава суду проширење претреса на њих и без тужиочевог захтева.[14] Осим тога, подразумева се да дело из првобитне оптужнице још увек стоји, иначе би се потпуно нова оптужба морала одбити, јер није прошла кроз прописани поступак и стала на правну снагу.[15]

ђ) До проширења претреса и пресуде на ново дело долази само у случају саглашавања суда са тужиочевом иницијативом.[16] Веће није везано тужиочевим предлогом, којег мора одбити у случају неиспуњења законских услова, а може га одбити и из разлога целисходности.[17]

е) Савремена законодавства су на различитим позицијама по питању пристанка оптуженог лица, познајући како екстремна тако и мешовита решења. Примера ради, пољско, немачко и италијанско право апсолутно условљавају важност ове процесне форме пристанком оптуженог, док га аустријско захтева само у

---

[6]То произилази из израза „овлашћени тужилац„ који користи наш законодавац (вид. чл. 342/1 ЗКП), или се експлицитно предвиђа (вид. нпр. чл. 263/1 ЗКП Аустрије). Немачко (чл. 266) и пољско право (чл. 345), међутим, помињу само јавног тужиоца.

[7]Тако Аустрија (чл. 263/1).

[8]Тако W. Platzgummer, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*, Wien, New York, 1984, с. 140.

[9]У пољском праву је истакнуто да ће суд одбити проширење претреса на ново дело, ако је потребно да се за њега спроведе претходни поступак. (вид. чл. 345 пољског ЗКП).

[10]Из тога произилази да то друго дело не сме бити предмет раније покренуте истраге или подигнуте оптужбе (C. Bertel, op. cit., с. 141; T. Kleinknecht, K. Meyer, *Strafprozessordnung*, München, 1985, с. 860).

[11]Тако нпр. C. Roxin, op. cit., с. 62.

[12]Тако изричито у Немачкој (чл. 266/2) и у бившој ДДР (чл. 237/2).

[13]С обзиром на чл. 314/2 нашег ЗКП.

[14]Вид. F. Casorla, RIDP 3-4/1995, с. 546-547.

[15]Тако Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар*, 1995, с. 453; С. Бејатовић, op. cit., с. 101.

[16]Немачки ЗКП предвиђа да се судско веће о томе изјашњава посебном одлуком *(Beschluss),* која по својој функцији одговара одлуци о отварању главног поступка (C. Roxin, op. cit., с. 255). Та одлука, без обзира да ли је позитивна или негативна, не може се побијати (K.H. Gossel, op. cit., с. 270).

[17]Тако Т. Васиљевић, *Систем*, с. 522; М. Грубач, *КПП - посебни део,* Бгд, 2002, с. 73. У прилог дискреционе власти судског већа и непотребности образлагања његове одлуке, вид. T. Kleinknecht, K. Meyer, op. cit., с. 861.

случају проширења оптужбе за дело теже од оног у првобитној оптужници.[18]У Француској је пристанак оптуженог неопходан за проширење оптужбе на преступ *(delit)* откривен на претресу пред *tribunal correctionnel*, али не и у случају кад је такав преступ учињен на претресу пред тим судом.[19] Пристанак оптуженог мора бити неопозив, јасан и изричит, а не само просто уздржавање од противљења.[20] Наш ЗКП га не захтева ни у једном случају.

ж) Поменимо, најзад, још неке атипичне услове, с обзиром на њихову ретку заступљеност. Тако италијански процесни закон отвара могућност проширења оптужбе на претресу уколико из тога не произилази штета по брзину поступка,[21] а аустријски ако се може одмах без припрема приступити суђењу.[22] У бившој ДРН је ширење претреса на нова дела било условљено присуством оптуженог.[23] Чињеница је, међутим, да се о наведеним условима фактички може водити рачуна и у оним правима у којима нису експлицирани, у склопу дискреционе процене суда.

Ограничења

Већ је речено да се као новоучињена и новооткривена, могу јавити било која кривична дела. Из њиховог круга су ипак искључена она која су у надлежности другог суда,[24] односно суда вишег ранга[25] или специјализованог суда.[26] У том случају за ново дело суди виши суд, коме може бити поверен и првобитни предмет, о чему одлучује веће.[27] Јединствено суђење за оба дела од стране вишег суда може бити корисно због примене одредби о одмеравању казне за дела учињена у стицају.

Избор

Иницијатива за примену ове процесне форме је на тужиоцу, изузев у Француској, где суд у одређеним случајевима може *ex officio* проширити главни претрес и на новоучињено дело. Тужилац цени целисходност ове форме, и није дужан да је

[18]За Пољску вид. чл. 345; за Немачку чл. 266; за Италију чл. 518/2; за Аустрију чл. 263/1. ЗСКП Југославије из 1929. је у том погледу имао решење идентично аустријском (вид. чл. 266/2).

[19]Вид. F. Casorla, RIDP 3-4/1995, c. 529, 546.

[20]Тако T. Kleinknecht, K. Meyer, op. cit., c. 861.

[21]Чл. 518/2 италијанског ЗКП.

[22]Чл. 263/1 аустријског ЗКП.

[23]Чл. 237/1 ЗКП ДРН.

[24]Тако у Аустрији (чл. 263/2), Немачкој (чл. 266/1) и бившој ДРН (чл. 237/1).

[25]Тако изричито наш ЗКП (чл. 342/3), а систематским тумачењем, позивом на чл. 269, и немачки процесни закон (тако и K. H. Gossel, op. cit., c. 270). Наиме, ако би за суђење новог дела био надлежан суд нижег ранга, нема сметњи да га ипак пресуди виши суд.

[26]Иако овај последњи случај наш ЗКП не помиње, он се подразумева (тако и Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар*, 1995, с. 453). У случају да ново дело повлачи већи бројни састав суда, проширење оптужбе може изазвати и допуну већа или образовање већа уместо судије појединца и враћање претреса на почетак у смислу чл. 311 нашег ЗКП (М. Грубач, *КПП - посебни део*, с. 73).

[27]Чл. 342/3 нашег ЗКП. Према ЗКП из 1976. веће је о томе одлучивало по претходном саслушању тужиоца.

користи ни кад су се стекли сви законски услови.[28] Могућност редовног пута му у сваком случају остаје отворена све до застарелости кривичног гоњења или истека рока за приватну тужбу.

Већ је речено да суд није везан тужиочевим предлогом. Он му неће удовољити ако нису испуњени законски услови, а може га одбити и ако га сматра нецелисходним. Могли бисмо рећи да би интенцији законодавца одговарало прибегавање овој форми кад год јој се не противе озбиљни разлози.[29] Према ЗКП из 1976, одлуку о посебном суђењу за ново дело веће је могло донети само по претходном саслушању странака.

Најзад, у већини права, оптужени је последња инстанца од чијег зеленог светла зависи примена овог поступка.

Заштита окривљеног

За ову процесну форму је карактеристично изостављање установа које у редовном поступку служе преиспитивању основаности тужиочевог захтева пре изношења на главни претрес (истраге, приговора против оптужнице). Осим тога, суђењу се у правилу приступа одмах, што може довести у питање одбрану окривљеног. Због тога сва права отварају могућност прекидања главног претреса ради припремања одбране окривљеног. Један корак даље чине она законодавства која обавезују суд да поучи окривљеног о том праву.[30] Противтежу могућој злоупотреби овог права од стране оптуженог пружа немачки закон, по коме ће суд прекинути претрес на захтев оптуженог само ако он није постављен из очигледне обести или ради развлачења поступка.[31] Још даље је отишао наш ЗКП из 2001. који у сваком случају предвиђа прекидање главног претреса и обезбеђење довољно времена за припремање одбране.[32] Неки закони одређују и рок у коме треба одржати наставак претреса. Тако у италијанском праву одлагање не може бити краће од 20 ни дуже од 40 дана, а оштећени се може позвати у року не краћем од пет дана.[33] До одлагања претреса може доћи и мимо захтева оптуженог, кад суд сматра да је то потребно ради прибављања доказа. Разлог за одлагање претреса, међутим, не може бити тужиочева потреба за припремањем оптужнице,[34] јер је сврха ове форме у брзом реаговању суда у случајевима који су несумњиво зрели за одлучивање. Разуме се да право окривљеног на браниоца мора остати очувано.

---

[28]Тако и Т. Васиљевић, *Систем*, с. 521; М. Грубач, *КПП - посебни део*, с. 73.

[29]То је недвосмислено изражено у новом ЗКП, а произилазило је и из формулације старог ЗКП: ,,веће ће по правилу ... проширити главни претрес,, (чл. 338/1). Наведени израз је први пут употребљен у ЗКП из 1953, и њиме је истовремено имплицирана слобода избора суда у том погледу, која је изгледала да не постоји према редакцији чл. 203/1 ЗКП из 1948 (,,суд ће по оптужби тужиоца која може бити и усмено изнета проширити претрес и на то дело,,).

[30]Тако нпр. у немачком (чл. 266/3), италијанском (чл. 519), као и праву бивше ДРН (чл. 236/2).

[31]Чл. 266/3.

[32]Чл. 342/2 ЗКП.

[33]Вид. чл. 519.

[34]Тако нпр. М. Грубач, *КПП - посебни део*, с. 73.

Pro et contra

Чини нам се да описана процесна форма не изазива нарочите контроверзе. Њено је оправдање у рационалним и криминалнополитичким разлозима. Кад тужилац располаже довољним доказима, непотребно је пролазити кроз оне фазе редовног поступка, чија је сврха већ остварена. Могућност ширења оптужбе на главном претресу штеди органима кривичног правосуђа трошкове (време, материјална средства) претходног поступка, као и главног претреса који би уследио у случају одвојеног суђења. Осим тога, олакшано је одмеравање казне, а због брзине поступка, може се очекивати и њено успешније превентивно дејство. Наиме, извршење дела у судници је израз нарочите дрскости, коју треба предупређивати могућношћу суђења на лицу места.

Угрожавање интереса окривљеног због ефекта изненађења, предупређено је омогућавањем прекида главног претреса ради припремања одбране. Евентуалне приговоре са аспекта пролонгирања и компликовања поступка по првобитном делу, савремена законодавства отклањају предвиђањем дискреционе власти суда у процени случајева који заслужују проширење.

Усмена оптужба за кривична дела учињена на главном претресу од стране трећих лица.

Усмена оптужба за кривична дела учињена на главном претресу од стране других лица

Ово је други облик поступка намењеног суђењу флагрантних деликата учињених на главном претресу, који је за разлику од првог, познат само ограниченом броју законодавстава.[35]

Обележја

И овде изостају истрага и приговор против оптужнице. Оптужба је увек усмена, за разлику од првог облика, где може бити и усмена. Оно што је заједничко за обе процесне форме, је ефекат суђења на лицу места. Разлика је у томе, што се код првог облика ради о спајању поступака, за које се води један претрес и доноси јединствена пресуда, док је овде спајање искључено.[36] Саглашавање суда са тужиочевим захтевом може имати за последицу две могућности: а) прекидање главног претреса и суђење одмах за ново дело; б) суђење за ново дело непосредно након завршетка отпочетог претреса.[37] Кривичним делом учињеним на главном претресу може бити оштећен и судија. Несумњиво је да у том случају он мора бити ис-

[35]Овај облик постоји нпр. у нашем (чл. 301/2) и аустријском праву (чл. 278), где је познат као тзв. *„Inzidentalverfahren„;* у Француској и неким арапским земљама, као што су Египат, Ирак, Либија, Тунис, Либан, Сирија (вид. A. F. Sorour, RIDP 1-2/1985, с. 244).

[36]Вид. М. Грубач, *КПП - посебни део*, с. 74.

[37]Вид. чл. 301/2 нашег и чл. 278 аустријског ЗКП.

кључен од суђења за то дело.[38] Питање је, међутим, да ли он треба да буде изузет и од суђења оног кривичног дела у чијем је току према њему извршено кривично дело. Придружујемо се схватању да би то могао бити разлог само за факултативно изузеће.[39] У аустријском праву правни лек изјављен против пресуде донете у овој форми, нема суспензивно дејство.

Овлашћени тужилац има право избора између редовног поступка и ове посебне форме. Оцена целисходности тога поступка по испуњењу законских услова, припада и судском већу.[40]

Овде није предвиђена могућност давања посебног рока ради припремања одбране, али се подразумева да окривљени има право на браниоца, чије ангажовање може повући одлагање главног претреса.

Услови

а) Учинилац кривичног дела може бити било које лице, осим судије и оптуженог, коме стоји на располагању горе описани поступак.

б) Дело мора бити учињено у току главног претреса у заседању, и у том погледу важи оно што је речено за први облик. За разлику од њега, овај поступак се не примењује на нефлагрантна дела, која су на главном претресу само откривена.

в) Мора бити несумњиво ко је учинилац; неодређене сумње у том погледу нису довољне.[41] Претходно дисциплинско кажњавање тог лица од стране већа због ремећења реда не представља препреку за вођење овог поступка.

г) Дело учињено на главном претресу не мора имати никакве везе са делом које је предмет поступка, и може се разликовати од њега по врсти, тежини, као и по овлашћењу за гоњење. Долазе у обзир како дела која се гоне по службеној дужности, тако и она по приватној тужби.[42]

д) За дело учињено на претресу може се судити у овој форми само ако овлашћени тужилац подигне оптужбу за њега.

ђ) И овде је потребна сагласност суда, али не и оптуженог.

Ако није изводљиво да се учиниоцу кривичног дела одмах суди, предвиђа се обавеза обавештавања надлежног јавног тужиоца, уколико се дело гони по службеној дужности.[43]

Ограничења

Овој процесној форми нема места: а) за дела чији су учиниоци оптужени или судија; б) за дела из надлежности вишег суда, у ком случају се само обавештава

[38]Оштећеност кривичним делом предвиђају као основ обавезног изузећа и наше (чл. 40 тац. 1) и аустријско право (чл. 67).

[39]Тако и Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар*, 1995, с. 50.

[40]Тако и М. Грубач, *КПП - посебни део*, с. 74.

[41]Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар*, 1995, с. 410.

[42]Вид. чл. 301 нашег и чл. 278 аустријског ЗКП.

[43]Вид. чл. 301/4 нашег ЗКП.

надлежни јавни тужилац ради даљег поступања; ц) за кривично дело давања лажног исказа.

У овом последњем случају прибегава се посебном поступку у циљу спречавања недозвољеног утицања како на већ саслушана, тако и на лица која тек треба да дају исказ. Осим тога, ту су редовно потребна даља истраживања, која у случају непосредног приступања суђењу морају отпасти. Код овог кривичног дела, предвиђена је само могућност (али не и обавеза) председника већа да нареди састављање посебног записника о исказу сведока или вештака који се сматра лажним, који ће након потписивања од стране даваоца исказа бити достављен јавном тужиоцу.[44] Исто је и у аустријском праву, с тим што оно предвиђа и могућност лишавања слободе учиниоца и предаје истражном судији.[45] Слично решење у случају озбиљне сумње на лажно сведочење или вештачење предвиђају и она права, која не омогућавају да се за дела трећих лица учињена на главном претресу одмах суди. Тако нпр. немачко право, које такође познаје могућност превентивног лишења слободе учиниоца, а сачињавање записника условљава предлогом јавног тужиоца, који се даље стара о покретању истражног поступка.[46] У кантону Вауд се описаном поступку може прибећи по иницијативи тужиоца или по службеној дужности, а условљен је постојањем озбиљних индиција о лажном исказу. Осим тога, тако ће се поступити само ако сведок односно вештак остане при свом првобитном исказу и након обавезног предочавања од стране суда индиција о његовој лажности, као и кривичне одговорности.[47] Задржано је и право лишења слободе учиниоца. Ново италијанско право, које је укинуло могућност непосредног суђења за дела учињена на главном претресу,[48] овлашћује јавног тужиоца само на лишење слободе таквих лица под општим законским условима, али искључује лишење слободе лица која су на претресу учинила дело давања лажног исказа.[49]

Snežana Brkić, Ph.D.
Assistant Professor of the School of Law in Novi Sad

EXPEDITIOUS PROCEDURES FOR CRIMES COMMITTED DURING THE TRIAL

This article focuses on special expeditious procedures for crimes committed during the trial. Two types of such procedures were analyzed: amendment of the indictment for

[44]Вид. чл. 301/3 нашег ЗКП. Поменути записник има улогу службене кривичне пријаве.

[45]Вид. чл. 277 аустријског ЗКП. Сматра се да хапшење учиниоца оправдава једино опасност од бекства (C. Bertel, op. cit., c. 142).

[46]Вид. чл. 136 RiStBV.

[47]Вид. чл. 351.

[48]Такву могућност је прописивао закон из 1930. у чл. 435 и 436.

[49]Вид. чл. 476 италијанског ЗКП.

crimes of the accused, which were either committed or discovered during the trial; and, procedure for charges raised by other persons for the first time during the trial. The author analyzes the conditions, basic features and limits of these procedures, as well as how to choose the appropriate expeditious procedure and provide adequate protection of the accused. The analysis is followed by *pro et contra* arguments.

These procedures can be easily justified by principles of rationality and crime prevention policy. Not only do they prevent unnecessary expenses for the criminal justice system, but they also facilitate sentencing and efficient crime prevention. The commission of a criminal offense in the courtroom is insolent behavior, which can be successfully prevented by providing possibility to initiate a trial on the spot.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.283-295

Др Драго Дивљак, доцент
Правног факултета у Новом Саду

СТРАНА УЛАГАЊА И ПРИВАТИЗАЦИЈА

Сажетак: *У области страних улагања веома значајан сегмент наше понуде страним улагачима односи се и на приватизацију друштвеног и државног капитала у свим правним облицима привредног организовања. Паралелним одвијањем процеса приватизације, расту и постају израженије наше потребе за страним капиталом.*

За јачање конкурентске способности југословенске привреде у погледу улагања страних лица и њихово учешће у процесу приватизације нужно је осигурати повољну инвестициону климу. Повољност правног дела инвестицоне климе у наведеној области, у првом реду подразумева кавлитетно домаће законодавство, посебно они којима се непосредно утврђује режим страних улагања, а односе на страна улагања и приватизацију. Ново законодавство о страним улагањима, у формалном смислу испуњава већину претпоставки да се може оценити успешним, јер је правносистемски у складу са искуствима напредних земаља у традицији, користи правне стнадарде и терминологију развијених земаља, у основи је усклађен са решењима међународног права и стандардима Европске уније.

Међутим, посматрано са аспекта стимулативности, наше укупно законодавство нарочито не заслужује високу оцену, посебно стога што фактички онемогућава страна улагања путем докапитализације у предузећима која послују са већинским друштвеним и државним капиталом. На основу оваквог приступа, читав један сегмент привреде, и то изузетно бројан и значајан сектор, тзв. друштвене привреде је енемогућен да буде предмет страних улагања. Стављањем у први план и наметањем приватизације као примарног, скоро јединог облика улагања, је битно сужена могућност страних инвестиција уопште, без обзира што се може разумети и намера законодавца.

Кључне речи: страна улагања, приватизација, инвестициона клима, модел приватизације, продаја друштвеног и државног капитала, куповина акција, положај страног улагача, права улагача, подстицаји и олакшице, рестриктивне клаузуле

Убрзан, ефикасан и одржив развој националних економија, као и постизање других пожељних економских циљева у савременим условима није могуће без прилива страног капитала. Он све више постају императив суштинског укључивања у светску поделу рада. То посебно стога што он у себи обухвата тзв. инвестициони пакет, који поред капитала садржи и нову технологију, маркетиншка и менаџерска знања и искуства и приступ тржиштима и финансијским институцијама. Полазећи од тога, 1967. године су у Југославији први пут страним лицима омогућена приватна улагања. У то доба, она је била једина социјалистичка земља у којој су она била дозвољена. Негативан однос према приватном власништву у овим земљама нужно је рађао одбојност према иностраним приватним улагањима. Те деценије и у већини земаља у развоју се, такође, први пут доносе посебни закони о страним улагњима. Начелне неспорне предности за страним улагањима, суочавају се у овим земљама са принципом очувања националног суверенитета и потребом задржавања контроле над тим процесом.[1] Ове земље, посебно осетљиве у контексту њихових природних богастава, задржавају рестрикције у овој области, у сталном покушају да превентивно заштите своје интересе.[2] Јужноамеричком типу правне регулативе је посебно била својствена посебна обазривост према страним улагањима.[3]

Пионирство у овој области, нашој земљи није донело очекиване користи. Страним улагачима није могао одговарати неразумљив и превише сложан правни систем, који је био заснован на искључиво уговорном облику улагања и то на одређено време, без могућности стицања својинских или корпоративних права. У превладавању тог проблема, крајем осамдесетих година омогућена су и трајна страна приватна власничка улагања, али се тада наша земља суочила се са нарастајујућом конкуренцијом, јер се у исто време интензивира законодавна активност у земљама у развоју, која продукује даљну либерализацију режима страних улагања. Исти учинак имају политичке промене у бившим социјалистичким европским земљама.[4]

---

[1] Bello, J. H. -Holmer, A. F., *Dispute resolution in the New World Trade Organization: Concerns and Net Benefits*, The International Lawyer, 1994., vol. 28, Number 4, стр. 1103.

[2] О проблему налажења балнса у овој области: Beveridge, C, Fiona., *Taking Control of Foreign Investment* :A Case Study of Indigenisation in Nigeria, International and Comparative Law Quaterly, april 1991., vol. 40, part 2, стр. 302-305.

[3] То је најчешће подразмевало право земље домаћина да временски ограничи сувласништво страног улагача.

[4] И у таквим, промењеним условима, прилив страних инвестиција достиже износ од око 3 милијарде DEM. Он се се суштински прекида увођењем санкција, иако се он и у овом периоду и даље редовно статистички региструје.

За време нашег одсуства са светског тржишта капитала, услед познатих околности, на универзалном плану долази до даљег смањења ограничења и ширег подстицања страних приватних улагања. Данас се под различитим условима и са малим изузецима, она практитикују у читавом свету.[5] Посебну експанзију имају инвестиције у земље у развоју.[6] Њима се придружује и бивше социјалистичке земље[7], а још више Кина.[8]

Повратком наше земље су међународну заједницу, изнова се актуелизује питање како и под којим условима она може повратити и ојачати своје позиције и постати равноправан учесник и такмац на светском тржишту капитала. То се поставља у оштром виду, и стога што инвеститори, као одговор стално на стално растућу тражњу, постају све захтевнији и врло селективно усмеравају свој капитал. У таквим условима, потреба јачање конкурентне способности земље, посебно у односу на своје природне такмаце, земље у транзицији, постаје императив. .

1. Инвестициона клима

У области страних улагања веома значајан сегмент наше понуде страним улагачима односи се и на приватизацију друштвеног и државног капитала у свим правним облицима привредног организовања. Паралелним одвијањем процеса приватизације, расту и постају израженије наше потребе за страним капиталом. На овај начин приватизација постаје битан сегмент страних улагања, и успоставља однос узајамне међузависности, у ком један процес подстиче други. Државе у којима се у приватизацији отишло најдаље, постају сразмерно привлачније за страна улагања. и обрнуто, страна улагања додатно подстичу приватизацију. Сматра се да су експанзији страних улагања у земљама у развоју и бившим социјалистичким земљама, суштински допринели отворени програми приватизације у тим земљама. [9]

На овај начин, наведене земље, као и Југославија, могу иностраним инвеститорима понудити алтернативу између тзв. сопствене нове инвестиције или учешћа у процесу приватизације. Економски фактори имају пресудну улогу при опредељивању улагача. Недефинисани својински односи и питање враћања национализоване имовине могу бити аргумент против учешћа у приватизацији. Ризици и трошкови учешћа у приватизацији везани за вишак запослених, посебно карактеристични за радно-интензивне привредне делатности, такође су аргумент

[5] Ретки изузеци, као што је Ирак, где су она онемогућена неарпаским инвеститорима, само потврђују наведено правило.

[6] Оне су са 12. милијарди долара из периода од 1980 -1985. година, повећале на чак 70 милијарди, колико су износиле 1995. године. Највећи и део одлази у земље Источне Азије и Латинске Америке

[7] Једну десетину од укупне суме страних инвестиција одлази у у постсоцијалистичке европске земље путем улагања приватних, највише оних тзв. стратегијских инвеститора.

[8] По обиму иностраних инвестиција, који 1995. године достиже 33 милијарде долара, Кина постаје прва земља у у развоју по обиму иностраних инвестиција, а друга на земља на свету по укупном приливу, иза САД.

[9] У периоду од 1985. до 1990. године, приватизација у 70 земаља условила је продају преко 280 билиона долара државне имовине само у земљам у развоју.

против. Преузимање тржишта субјекта приватизације, његовог жига или дистрибутивне мреже је разлог који пресудно позитивно утиче на остваривање страног улагања приватизацијом.

За јачање конкурентске способности југословенске привреде у погледу улагања страних лица и њихово учешће у процесу приватизације нужно је осигурати повољну инвестициону климу. Осим општих економских услова везаних за увођење тржишних механизама привређивања, развој приватног сектора и позитивне економске перформансе, њу чине и политички, културни и други елементи. Интензитет и обим улагања посебно зависи од остваривања начела владавине права и оптималности правне инфраструктуре као целине. Повољност правног дела инвестицоне климе у наведеној области, у првом реду подразумева кавлитетно домаће законодавство, посебно они којима се непосредно утврђује режим страних улагања, а односе на страна улагања, приватизацију друштвених и јавних предузећа и концесије.

Положај страног лица као учесника приватизације је дефинисан и другим релевантним законима који се односе на пословање привредних субјеката, који заједно са напред наведеним чине законодавни сегмент инвестиционе климе. Стога наведени комплекс треба да прати и одговарајуће законодавство о предузећима, трговини, конкуренцији, хартијама од вредности, запошљавању. Оно мора бити измењено и прилагођено међународним стандардима у тој области. Њима треба ефективно да се заокружи подстицајни правни оквир за све облике улагања, који је уобичајен у другим земљама, и то како страних, тако и домаћих лица. У пракси то је значило веће или мање измене дотад постојећег законодавства.

Како и постојећи закони о страним улагањима и приватизацији друштвеног и државног капитала нису могли гарантовати остварење циљева у овој области, исказала се потреба за доношењем нових закона. У законодавном делу правне инфраструктуре, су првенствено реферерентни нови Закон о страним улагањима[10] и Закон о приватизацији.[11] У Закону о концесијама, којем се такође уређује положај страних улагача, они се, ипак, могу постићи, његовом парцијалним изменама и допунама.[12]

За област приватизације друштвеног и државног капитала у друштвеним и јавним предузећима, независно од тога да ли домаће или страно лице учествује у поступку приватизације као купац, примарно меродавним се сматра Закон о приватизацији из 2001. године. По свом карактеру и садржини он је лех специалис за ову област, јер регулише питања услова, начина и поступка приватизације, а тиме у свеукупности и модел приватизације.

---

[10] Закон о страним улагањима из 2002. године, , Сл. Лист СРЈ, бр. 39.

[11] Закон о приватизацији из 2001. године, Сл. Гласник РС. Бр. 38.

[12] Закон о концесијама је у основи прихватљив и одговара стандардима који постоје у међународном праву. Он у суштини, задовољава, те би се могло приступити само његовим изманама, а не доношењу новог. Измене Закона би се превасходно односиле на питања услова давања концесије поступка и начина давања концесије и концесиону накнаду. Највеће измене би обухватиле област поступка давања концесије, који осим принципа јавности, конкуренције и равноправности учесника треба да подразумева и смањење администрације и поједностављење и убрзање поступка концесије.

Са аспекта привлачења страног капитала, као за све друге земље у транзицији изетно је значајно питање избора модела приватизације. Улога страних улагања у подстицању приватизације је у пракси земаља Источне Европе различита, и директно је зависила од законске регулативе и метода приватизације. Просечно око 2/3 свих улазних улагања је везано за приватизацију. У том погледу су предњачиле Мађарска и Пољска.

Не постоји оопштеприхваћени облик приватизације у међународним оквирима. Земље које су регулисале процес приватизације, заснивале су га на различитим принципима и моделима, у складу са специфичностима друштва и националне економије. Не постоје ни јединствена становишта о утицају појединих модела на поспешивање страних уалгања у приватизацији. Досадашња анализе су показале да ваучерски метод приватизације, није охрабрујући за стране инвестивије, нарочито крупније, због присутне дисперзије влаништва. То исти важи и за модел претежно инсајдерске приватизације. Метод приватизације, који није вештачки охрабривао тражњу домаћих инвеститора, сматра се погоднијим. Успех мађарског приступа многи виде у том елементу. То међутим важи само за почетак транзиције. Бржим остварењем процеса транзиције, посебно приватизације, и отварања према светској привреди, последично долази од даљнег охрабривања страних инвестиција, што показује пример Чешке. Главни катализатор страних улагања су управо економске реформе. Њихова улога расте сразмерно брзини остварења реформи економског система и постизању одређеног нивоа економске стабилности и раста.

И унутар једне земље, због сложености и осетљивости материје, стално су изражена настојања за дорадом и изменом једном успостављеног модела. У овом погледу, посебно је илустративна наша земља, у којој је више пута системски мењан приступ проблему својинске трансформације и приватизације друштвеног и државног капитала у предузећима и другим облицима организовања, од 1989. године када се то први пут дозвољава.[13]

Законом о приватизацији је инагурисан модел битно другачији од раније устројених. Дотадашњи примарно инсајдерски модел приватизације, који је давао изричите предности запосленим у предузећу приликом њихове приватизације, се постојечим законом суштински мења.[14] Важећим Законом о приватизацији се успоставља модел који је приоритетно усмерен ка спољним стратешким партнерима. Полазећи од оваквог концепта, предмет приватизације је значајна већина друштвеног и државног капитала, односно друштвене и државне имовине у субје-

[13] Први пут је то било омогућено Законом о друштвеном капиталу (Сл. Лист СФРЈ, бр. 84/89 и 46/90).

[14] У Републици Србији ова материја је први пут тегулисана на републичком нивоу Законом о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине (Сл. Гласник РС, бр. 48/91, 75/91, 48/94, 51/94) који је предвиђао стимулације запослених за откуп акција. Касније донети Закон о својинској трансформацији (Сл. Гласник РС, бр. 32/97, 10/2001) је конситуисао право на стицање акција без накнаде до 60% укупне вредности капитала, којим је обухвато запослене и пензионере друштвеног и државног сектора.

кту приватизације. Њима се нуди на продају 70% друштвеног и државног капитала субјекта приватизације.[15]

Овакав концепт у принципу би требао да погодује економски снажнијим инвеститорима, што су у сваком случају превасходно страни инвеститори. Међутим чињеница да овакав модел, који онемогућава докапитализацију, поскупљује улагање, јер куповна цена суштински у себи садржи не сама цену за друштвени и државни капитала у предузећима, већ обухвата и износ потребан за инвестиције у субјекту приватизације, ипак могу релативизовати оваква очекивања.

Искључиву циљну усмереност ка диретним страним приватним инвестицијама у југословенска предузећа има једино Закон о страним улагањима. У овој прелазној фази хватања прикључка на светско тржиште капитала, закон оваквог карактера је неопходан. Тако усмерени закон није присутан у пракси развијених тржишних привреда.

То логично произилази из општег концепта либерализоване привреде и спољнотрговинског система и и националног правног третмана, који је нужно његов саставни део. Када се као земља афирмишемо на плану стабилног фуницонисања тржишне привреде и усвајања свих консеквенци коју она носи, он ће постати сувишан. То потврђују пракса земаља у транзицији који су то постигле као што су Пољска, Чешка, Словенија. Тада ће специфичности ове материје бити природно инкорпориране у Закон о трговачким друштвима и Закон о девизном пословању.

У погледу начина регулисања, у земљама у транзицији присутна су два модела. Једним се моделом страна улгања сепаратно третирају и регулишу одвојено као област са значајним особеностима, под тим насловом. Други модел акценат ставља на фоме страног улагања и у поптуности га инкорпорира у Трговачке кодексе или Законе о трговачким друштвима. Први модел је приустан у нашем позитивном праву, у Бугарској, Македонији, Мађарској. Други модел се користи у Чешкој, Словачкој и Хрватској. Први модел упућује на одвојеност правног речима улагања домаћих и страних лица, његову пролазност, а не неопозиву прихваћеност. Други модел указује на сталност и дефинитивност режима страних улагања и његов третман сабразно третману у развијеним земљама. Како елеменат трајности законодавства у овој области има важну улогу, препоручујемо други модел, саображен тренутној ситуацију у регулисању трговачких (оприврeдних) друштава. То значи доношење Закона о компанијама са страним учешћем, који би се касније врло лако могао у целости инкорпорирати у нови или измењени Закон о привредним друштвима. Такав приступ је усвојен у законодавству Пољске, а користиле су га и земље и из друге групе, као међуфазу.

Правну инфраструктуру из ове области не чини само национални прописи. Њу чине и правила међународног карактера, различите правне обавезности, створена на регионалном и универзалном плану, чије усвајање и примена може бити важан фактор за укључење у међународну конкуренцију за привлачење

[15] Члан 25. Закона о приватизацији из 2001. године.

страног капитала.[16] У том погледу је суштински битно обезбедити примену правила међународног карактера из ове области, и тиме осигурати могућност коришћења механизама и инстиуција која проистичу из њих. Поштовање јединствено установљених правила и стандарда и сарадања са међународним мултилатералним инситуцијама је императив ако се желе искористити све предности слободног протока капитала. Нарочито је битно остварити резултате у области гаранција за страна улагања и решавање спорова.[17] У том погледу од суштинског значаја могу бити и билатерални уговори са земљама извозницама капитала о промоцији и заштити страних инвестиција и о избегавању двоструког опорезивања чија бројност непрекидно расте.[18] Наша земља је ратификовала више таквих таквих уговора.[19]

2. Страна улагања у приватизацији

Законом о страним улагањима страна улагања се дефинишу врло широко. Под њим се подразумева улагање у југословенско предузеће, којим страни улагач стиче уделе или акције у основном капиталу тог предузећа, али и стицање сваког другог имовинског права страног улагача, којим он стварује своје пословне интресе у нашој земљи.[20] Овако конципирано одређење страних улагања страном улагачу отвара широк простор и омогућава коришћење разноврсних форми за остварење својих интереса у овој области, укључујући оне везане учешће у процесу приваизације.

Уопштено посматрано**,** страно улагање у поступку приватизације је могуће реалзовати у различитим облицима. То се може учинити у форми делимичног или потпуног преузимање предузећа са државним или друштвеним капиталом, докапитализација таквог предузећа, али и путем заједничког улагање са предузећем. Сви ови облици су били били предвиђени у нашем правном систему и примењивани су у досадашњој пракси приватизације, иако се она претежно одвијала продајом друштвеног и државног капитала и докапитализацијом.

[16] Шире Дивљак, Д., *Међународно-правни оквири за страна улагања*, Правни живот. бр. 11/2000, стр. 387-397.

[17] Посебно су занчајане Вашингтонска конвенција о оснивању Центра за решавање инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965, године која је наша земља ратификовала 1967 године, (Сл. Лист. СФРЈ, Међународни уговори, бр. 7/67), и Конвенције о оснивању Мултилатералне агенције за гаранције за стране инвестиције, коју смо ратификовали 1991. године, (Сл. Лист. СФРЈ, Међународни уговори, бр. 47).

[18] Стално расте број билатеалних уговора за стимулисање и заштиту директних страних улагања. Тако их је 1993. године било 506, а следеће већ 570. Ова тенденција је присутна до оснивања Светске трговинске организације, када добија потпуно другачији квалитативни карактер.

[19] Ратификовани су уговори са Француском (Сл. Лист. СФРЈ, Међународни уговори, бр. 49/76), Немачком (Сл. Лист. СФРЈ, Међународни уговори, бр. 7/90), Аустријом (Сл. Лист. СФРЈ, Међународни уговори бр. 12/90),

[20] Члан 3. Закона о страним улагањима из 2002. године.

Међитим, позитивно приватизационо законодавство редукује ове могућности само на један облик, а то је продаја. У складу са Законом о приватизацији из 2002. године, приватизација подразумева продају друштвеног и државног капитала у предузећима и другим правним лицима који имају седиште на територији Републике Србије. Она укључује и продају имовине или дела имовине субјекта приватизације.[21] Њеним свођењем на облике страних улагања предвиђене Законом о страним улагањима, можемо констатовати да се страна улагања у процесу приватизације одвијајују у форми коришћења једног од основних облика страних улагања, а то је куповина акција или удела. Наиме, страни улагачи, као купци тог капитала у овом поступку, стичу акције или уделе предузећа која су предмет приватизације.

Осим ове директне форме учешћа у приватизацији, страна лица могу и изван основног тока приватизације покривеног Законом о приватизацији, стећи акције већ делимично приватизованих предузећа, по основу куповине блока акција у поседу Акцијског фонда, и тиме фактички, посредно учествовати у том процесу. Наиме наведене акције су Акцијском фонду пренете ради продаје, а по основу преосталог друштвеног и државног капитала већ делимично приватизованих предузећа по основу претходног Закона о својинској трансформацији из 1997. године. Овом Фонду се преносе и акције акционара који су одустали од уплата уписаних акција које су уплаћиване по основу раније важећих закона. Продаја наведених акција, као и оних које су биле пренете републичком фонду надлежном за пензијско и инвалидско осигурање запослених се одвија путем јавних уакција или преко берзанских посредника, на финансијској берзи, у складу прелазним и завршним одредбама Закона о приватизацији и Закона о акцијском фонду из 2001. године.[22]

Иако правно могућа по Закону о страним улагањима, с једне стране, и врло привлачна за стране улагаче, с друге стране, приватизација путем докапитализације предузећа која послују са већинским друштвеним капиталом је фактички онемогућена. Наведено ограничење је предвиђено у Закону о изменама и допунама Закона о предузећима,[23] у форми обавезне сагласности Агенције за приватизацију. Како се у пракси она изузетно ретко даје, ограничење се може изједначити са забраном. Иако се може логички бранити аргументацијом да се на тај начин избегава директна комуникација између улагача и субјеката приватизације, а тиме и све пратеће негативне импликације које је прате, ипак се овакав приступ може оценити као крајње нефлексиблан начин да се оне избегну а приватизација убрза, и све то на уштрб есенцијалних економских интереса предузећа и националне економије у целини, везаних за стимулисање прилива страних инвестиција.

У битноме, положај страног лица као улагача у поступку приватизације је превасходно одређен Законом о приватизацији из 2001године. Њиме се утврђују услови и начин учешћа ових лица у приватизацији. У начелу, он се заснива на

[21] Члан 3. Закона о приватизацији из 2001. године.

[22] Закон о Акцијском фонду из 2001. године. (Сл. Гласник РС, бр. 38/2001).

[23] Члан 13. Закона о изменама и допунама Закона о предузећима из 2002. године, (Сл. лист. СРЈ. Бр. 36.).

доследно спроведеном принципу националног третмана страних лица. Она се, као и друга домаћа правна и физичка лица, могу без посебних ограничења у овом закону, јавити као купци друштвеног и државног капитала у предузећима која су предмет приватизације. Она у том погледу, могу слободно користити и страну конвертибилну валуту као средство плаћања.[24] Изузетно, одступања од наведеног принципа постоје у области која се тиче префернцијалних услова плаћања или стицања акција. Тако је за страна лица искључена могућност куповине капитала на кредит, што је омогућено домаћим држављанима. То важи и за југословенске држављане са пребивалиштем, односно боравиштем у иностранству, који у овој области имају специфичан третман. Њихово диференцирано третирање у оба закона, омогућава коришћење свих законских погодности који произилазе из њиховог положаја као страног улагача у законодавству о страним улагањима,[25] а у приватизационом законодавству као домаћих држављана. Такође, логично је одступање од овог третмана и у области стицања акција без накнаде, које се као преференцијално право, искључиво везује за домаће држављане.

Иако примарно меродаван, Закон о приватизацији природно не обухвата све сегменте положаја ових лица као страних улагача у процесу приватизације предузећа у нашој земљи, нарочито оне везане за реализацију куповине и остваривање и заштиту његових права као страног улагача. Како се ради о иностраном елементу у области приватизације, комплетност у том смислу може се постићи допунском применом општег правног режима који проистиче из Закона о страним улагањима. Овакав његов карактер је посебно битан у погледу проширења важења стварних и територијалних ограничења утврђених у у Закону о страним улагањима из 2002. године, и на страна улагања у поступку приватизације. Наиме, како је већ речено, у нашем приватизационом законодавству не постоје посебна ограничења за стране улагаче, за разлику од већине других земаља у транзицији, која су их, додуше различите садржине и усмерености,[26] познавала. И овој области се логичним чини супсидијерна примена правила Закона о страним улагањима из 2002. године, која се односе на наведена ограничења, која су прсутна, иако у минималном степену.[27]

С друге стране, овако установљени однос наведена два законска текста, претпоставља и да специјални правни режим установљен односним Законом о приватизацији искључује примену општег правног режима који је утврђен Законом о страним улагањима. Такав случај имамо у погледу учешћа државних органа и процедуре.

За разлику од начелног правног режима који се односи на страна улагања, који је имао за циљ да се у процедуралној области укину непотребна ограничења, поједностави поступак, смањи непотребно администрирање, а да то не доведе до

[24] Члан 13. ст, 1 Закона о приватизацији из 2001. године

[25] Њихов третман као страног уалгача је условље чињеницом дужине пребивалишта, однос боравишта од најмање годину дана. Члан 2. *Закона о страним уалгањима* из 2002. године.

[26] Оне се пре свега заснивају на одобрењема надлежних министрстава или агенција, са циљем да се се она усмери према квалитетним учесницима. Такав је случај са Бугараском, Мађарском, Пољском, Словачком, итд.

[27] Упореди Члан 19. Закона о страним уалгањима из 2002. године.

увећања незаконитости, уз јачање аутономије, а следствено томе и одговорности домаћих предузећа у аранжманима о страном улагању, у области приватизације се полази од других принципа. Ту је присутна изразита државна интервенција, уз незаобилазно и обавезно учешће учешће државних и и управних органа,[28] и она се тиче, као поступка који претходи продаји, процене капитала која је предмет продаје, тако и самог процеса продаје и доношења одлуке о најповољнијем учеснику, када се ради нпр. о тендерској продаји.

С друге стране, битан сегмент супсидијеране примене овог закона односи се на област гаранција и заштите њихових права, као и коришћење подстицајних мера и олакашица.

Основни циљ Закона о страним улагањима из 2002. године је био да буде стимулативан за потенцијалне улагаче, што је подразумевало пружање пуне правне сигурности и заштите и гарантују њихова права. Уз тог разлога, у овој области, у односу на пређашње стање има највише иновација. Палета правних инструмената заштите њихових права није само проширена, већ је квалитативно другачије постављена. Посебно значајан чинилац у том погледу је изричит приоритет третмана страног улагања који произилази из међународног или билатералног уговора који је наша земља потписала, у односу на треман предвиђен предметним законом.[29] Садржински, највећи део део закона је посвећен инструментима заштите и гаранција права страних улагача.[30] То пре свега значи: национални третман страних улагања и привредних друштава у која улажу, слобода страног улагања, пуна правна сигурност и заштита улагања, право на слободан трансфер добити и имовине у иностранство. Посебно значајно за стране улагаче је да се њихова права се не могу умањити законом ни дургим правним актом. Пружа се уобичајена, међународним стандардима утврђена заштита од експропријације и других мера државе са једнаким дејством.[31]

Усмереност Закона о страним улагањима из 2002. године ка стимулисању страних уалога подразумевала је и утврђивање директних подстицајних мера и олакшица, и томе прилагођена ограничења за страна уалгања, која се своде на разумну меру очувања стварних националних интереса. Овим законом се подстицаји само начелно утврђују, и односе се на слободан увоз предмета страног улога, као и на пореске и царинске олакшице.[32] Њихова разрада је предмет других, одговарајућих закона, посебно оних царинског и пореског карактера.

[28] Страна улагања која нису везана за приватизацију, подразумевају, осим у домену статистичке евиденције страних улагања, исључиву надлежност трговачких судова.

[29] Члан 13. Закона о страним уалгањима из 200. године.

[30] Од укупан 25 Чланова које садржи Закон о страним улагањима из 20202. године, чак седам се односи на гарантована права страних улагача.

[31] Чланн 9. Закона *о страним улагањима* из 2001. године.

[32] Чланови 14-16 Закона о страним улагањима из 2002. године.

Закључне напомене

Глобализована међународна привреда намеће свим земљама и њиховим предузећима, а посебно земљама у развоју и транзицији, као што је наша, императив укључивања у светско тржиште капитала. Постизање стабилног развоја југословенске економије, као и других пожељних економских циљева као што су јачање њене конкурентне спосоности, укључивање у савремене токове размене, увоз нове опреме и савремене технологије, модернизације пословања и остварење економског и социјалног прогреса, није уопште могуће без страних уалгања. Оно посебно добија на значају, у пројекцији приватизације и економске регенереације. Приватизација битан сегмент понуде и битно јача конкурентност у односу на земље у којима такве програми нису шире засновани. Приватизација озбиљно унапређује конкурентне предности наше земље, али с друге стране вишеструко увећава тражњу за страним капиталом.

Оптимални прилив страног капитала у процесу приватизације у битноме зависи и од правно-инситуционалних услова, односно квалитета и усмерености законских прописа релевантних за ову област. Они би требали да буду резултанта промишљене, опште прихваћене и разрађене државне стратегије и концепције у овој области, како са аспекта решавања економских проблема и убрзане модернизације економије, тако и са аспекта убрзаног укључивања земље у светско тржиште. Само овако утврђена концепција о улози страних инвестиција, и на њеним основама разрађена дугорочна стратегија и прецизно утврђена инвестициона политика, могу бити основ за разраду у усклађеном законодавству у овој области.

Проблематика страних улагања и приватизације је у овом тренутку је уређена са више, нових парцијалних закона. За учешће и улагања страних лица у процесу приватизације су есенцијално битни Закон о приватизацији из 2001. године и Закон о страним улагањима из 2002. године. Они су есенцијално битни за процену повољности правног дела инвестицоне климе у наведеној области, , али се при том морају оцењивати и други закони којим се утврђују услови пословања предузећа. Основни критеријуми процене квалитета постојећег законодавства у области приватизације и страних уалгања су правно- системски и критеријум стимулативности.

Ново законодавство о страним улагањима, у формалном смислу испуњава већину претпоставки да се може оценити успешним, јер је правносистемски у складу са искуствима напредних земаља у традицији, користи правне стнадарде и терминологију развијених земаља, у основи је усклађен са решењима међународног права и стандардима Европске уније, међународним уговорима и правилима релевантних међународних организација, превасходно Светске трговинске организације и може. И у правнотехничком смислу, он испуњава захтев да буде кратак, јасан, разумљив, прегледан и неоптерећен непотребним садржајем. Испуњење претходних претпоставки је остварено на штету комплетности. То је нужно прозилазило из потребе за сепаратним регулисањем приватизације друштвеног и државног капитала. Мање успешан у овом погледу је Закон о приватизацији из 2002. године, али не испод стандарда који би репродуковао веће штетне последице.

Важећим Законом о приватизацији се успоставља модел који је приоритетно усмерен ка спољним стратешким партнерима. Овакав концепт у принципу би требао да погодује економски снажнијим инвеститорима, што су у сваком случају превасходно страни инвеститори. Међутим чињеница да овакав модел, поскупљује улагање, јер куповна цена суштински у себи садржи не сама цену за друштвени и државни капитала у предузећима, већ обухвата и износ потребан за инвестиције у субјекту приватизације, ипак могу релативизовати оваква очекивања. Ни остајање само на прокламацији подстицаја и олакшица за страна улагања не доприноси ефективности начелно утврђеног режима стимулација.

Међутим, посматрано са аспекта стимулативности, наше укупно законодавство нарочито не заслужује високу оцену, посебно стога што фактички онемогућава страна улагања путем докапитализације у предузећима која послују са већинским друштвеним и државним капиталом. На основу оваквог приступа, читав један сегмент привреде, и то изузетно бројан и значајан сектор, тзв, друштвене привреде је енемогућен да буде предмет страних улагања. Стављањем у први план и наметањем приватизације као примарног, скоро јединог облика улагања, је битно сужена могућност страних инвестиција уопште, без обзира што се може разумети и намера законодавца. Међутим, у сукобу два интереса, скоро апсолутна превага једног, није добра. Софистицираним елементима је био могуће успоставити пожељнији баланс интереса којим се не би дестимулисала или ономегућена реализација једног од врло значајних облика страних улагања.

Укупно узевши, критичком анализа положаја страних лица у у процесу приватизације у позитивном праву, како на концептуалном нивоу, тако и у појединостима, а полазећи од компаративних искустава у другим земљама, али и специфичних потреба привредног развоја и успешног одвијања транзиције наше економије и друштва, потврдила су очекивања да је концепцијски прилаз у овој области на нивоу стандарда у упоредном праву, али да постоји и доста простора за квалитативну надградњу, посебно у сегменту подизања нивоа стимулативности.

Drago Divljak, Ph. D., Assistant Professor
Law Faculty of Novi Sad

FOREIGN INVESTMENTS AND PRIVATIZATION

Abstract

In the area of foreign investments, a highly important segment of our offer to foreign investors also relates to the privatization of social and state-owned capital funds in all types of business organization. With the parallel development of the privatization process, our need for foreign investments is growing and becoming more obvious.

In order to strengthen the competitive capabilities of the Yugoslav economy with respect to the position of foreigners and their participation in the process of privatization, it is necessary to secure a suitable climate for investments. The suitable legal framework for investments firstly entails good national legislation, especially that which directly establishes the foreign investment regime, and refers to foreign investments and privatization. The new legislation on foreign investments conforms to a number of prerequisites so it can be considered as a successful. It goes along with the experiences of the advanced countries in transition; it follows the legal standards and terminology of developed countries; and it is in accordance with international law and EU standards.

However, the legislation is not stimulating in all aspects, as it hinders foreign investments through capitalization in firms, which operate with a majority of social and state-owned capital. Due to such a solution, a whole segment of the economy, an exceptionally large and significant sector of the so-called social economy, cannot be object for foreign investments. As the privatization has been chosen to be the primary and almost the only form of investments, the foreign investment prospects has been significantly diminished in general, regardless of the fact that the legislature intent is quite understandable.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.297-312

Др Раденка Цветић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ЕВИДЕНЦИЈА НЕПОКРЕТНОСТИ

Сажетак: *У Србији никада није постојала једнообразност у правној евиденцији непокретности. Након вишегодишњег лутања преовладао је званични став да проблеме који су настали због недовршеног регистра – земљишне књиге, треба решавати увођењем једног сасвим новог регистра – катастра непокретности. Тако се још једном, у потрази за што бржим добијањем иоле поуздане фактичке и правне слике територије Србије, пропушта шанса за дефинитивно враћање најбољој и најпоузданијој евиденцији непокретности – земљишној књизи. Најзначајнији концепцијски недостаци тзв. јединствене евиденције непокретности су обједињавање фактичке и правне евиденције и њено поверавање органу управе.*

Кључне речи: евиденција непокретности, земљишна књига, јединствена евиденција, катастар непокретности

I

Оригинална творевина нашег правног система названа "јединствена евиденција непокретности (катастар непокретности)" коштала нас је, по свему судећи, вишеструко. Више од десет година узалудног ангажовања на изградњи система евиденције непокретности, који је од почетка био осуђен на неуспех, није довело само до бескорисног расипања ионако оскудних средстава, већ и до пропуштања драгоценог времена да се до сада изврши ажурирање земљишних књига и настави са њиховим увођењем на подручјима где их није било.

Својевремено[1] смо истакли да ће "повратак" земљишним књигама као правним регистрима непокретности бити тежи него њихово олако напуштање, али да њихов значај и предности у односу на све остале постојеће и замисливе такве евиденције то чини неопходним. Међутим, оно што се дешава у последњих годину дана личи на дефинитивно давање предности устројству катастра непокретности и поновно удаљавање од земљишних књига (у том смислу, створен је и један нови комуникацијски појам тзв. "интегрисани катастар" као појам који такву евиденцију непокретности треба да разликује у односу на традиционално поимање катастра као фактичке евиденције непокретности и основе за вођење њихове правне евиденције, односно земљишних књига). Врло често се истиче да је такав корак одговор на императив што брже изградње колико-толико поуздане евиденције непокретности, која касније може бити замењена неком поузданијом и провереном евиденцијом, као што су земљишне књиге. Без обзира на, углавном оправдану нестрпљивост да се до такве евиденције дође, обзиром на њен не само правни, већ и привредни значај, чини нам се, ипак, да даље инсистирање на увођењу јединствене евиденције непокретности у виду катастра непокретности олако прелази преко јасно израженог става научне и стручне јавности у прилог земљишних књига.[2]

II

Евиденција непокретности, уопште, представља систематизоване податке о непокретностима који би требало да одговарају њиховом стварном стању, при чему пружају сазнање о тачном положају, простирању и границама непокретности, врсти и квалитету земљишта, зградама које се на њему налазе, али и о правима која на непокретностима (земљишту и зградама) постоје. Сви ови подаци употпуњавају евиденцију непокретности, али, по правилу нису садржани у јединственом регистру, већ се воде посебно, у различитим евиденцијама нпокретности.[3] Потребе које се задовољавају постојањем такве евиденције су многобројне и разноврсне: фискалне, привредне, статистичке, научне. Са правног аспекта, међутим, најважнија је чињеница да се стварна права на непокретностима стичу, мењају и гасе, тј. да се њихов промет врши искључиво на основу одговарајућег уписа у одговарајуће јавне регистре који представљају евиденцију у којој се воде подаци меродавни за правно стање непокретности у правном промету, без обзира да ли се она зове земљишна књига или катастар непокретности. Да би таква евиденција била потпуна врши се и

[1] Приликом предлагања овог истраживања и образлагања његове потребе и оправданости, у јулу 2001. године

[2] Видети на пример: Миодраг Орлић, *Увођење и обнављање земљишних књига (Предлог за најпогоднију врсту јавних регистара непокретности у Србији) за XXI век,* Гласник АК Војводине, бр. 12/2000. и Извештај о раду Удружења правника Србије, Београд, мај 2001, стр. 7-12.

[3] Могуће и постојеће различите евиденције о непокретностима међусобно се разликују по својим функцијама које имају у правном поретку, начину и постуку њиховог вођења, унутрашњем уређењу, субјектима у чију надлежност спада њихово вођење, подацима о непокретностима који се у њима воде, врстама непокретности за које се воде и др. О разним врстама евиденција непокретности видети више: Tatjana Josipović u: Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo,* Загреб, 1998, стр. 198-200.

евиденција права која су стечена ванкњижно, тј. без уписа (на пример одржајем или по основу наслеђивања), као и неких правно релевантних чињеница које су од значаја било за промет, било за обим права (на пример, чињеница малолетства власника, чињеница вођења спора о постојању самог права или његовом обиму). Та правна, земљишнокњижна евиденција непокретности заснована је на другој, фактичкој евиденцији непокретности, односно катастру земљишта, на тај начин што се поједина непокретност која је објект стварноправних односа који су предмет уписа у земљишне књиге одређује и индивидуализује према катастарском премеру земљишта.[4] Управо практични значај ове две евиденције непокретности врло често доводи до ситуације да се под појмом евиденција непокреености, ако ништа друго није изричито наглашено, подразумева њихова правна евиденција (земљишне књиге) која је заснована на фактичкој евиденцији названој катастар земљишта.[5]

Евиденција непокретности је могућа односно практично изводљива јер су непокретности, за разлику од покретних ствари, ограничене у броју и простирању, те имају положај који се не мења. Полазећи и од тога, те од наведених циљева који се постижу евиденцијом података о непокретностима, долази у потпуности до изражаја друштвена оправданост ангажовања средстава и напора ради израде и постојања потпуне и тачне евиденције непокретности.

III

За прибављање права својине на непокретним стварима на основу уговора у римском праву је важио исти принцип као и код покретних ствари: да би дошло до преноса права својине било је потребно и довољно да постоји споразум преносиоца и прибавиоца и да се изврши предаја, односно ступање у посед од стране прибавиоца. Међутим, временом је у германском праву[6] преовладало схватање да пренос права својине на непокретностима треба да буде јаван и свечан. У основи таквог схватања је економски, па чак и егзистенцијални значај који је земљиште имало. Временом се на основу тога развио обичај да се својина на непокретности преноси пред судом уз лично присуство преносиоца и прибавиоца који су давали изјаве о преносу својине. Те изјаве су чуване у суду, а затим је почело њихово уписивање у посебне књиге. Управо из тог обичаја настала је главна формалност за прибављање

[4] Значи, земљишна књига не садржи изворне податке о непокретности, већ се непокретност у њој описује према подацима из катастра земљишта.

[5] Катастар земљишта се уобичајено означава као фактичка евиденција непокретности јер упис података о непокретностима нема правно дејство у смислу настанка, промене или престанка стварних права на непокретностима.

[6] Уобичајено је означавање земљишних књига као творевине германског права. У правној књижевности се може наићи на инсистирање на словенском или чак старовековном пореклу земљишних књига (Фердо Чулиновић, *Земљишнокњижно право,* Београд, 1933, стр. 11 и 12; од истог аутора *Земљишна књига и њено оснивање,* Београд, 1931, стр. 4). Ипак, када се говори о земљишним књигама као савременој правној евиденцији непокретности несумњиво се корени налазе тек у развијеном праву германских земаља.

својине на непокретностима у виду уписа у посебне јавне књиге, тзв. *баштинске књиге*, [7] односно *земљишне књиге.* [8]

Може се констатовати да је са развојем и интензивирањем промета непокретности све више долазила до изражаја потреба проналажења што адекватнијег начина публиковања преноса односно стицања стварних права на непокретностима у циљу постизања правне сигурности у промету. У почетку је уписивање у земљишне регистре имало само функцију публицитета у смислу чињења доступним података о стварноправном стању непокретности што ширем кругу лица, да би се касније, најпре у германским правима, само стицање стварних права на непокретностима почело условљавати уписом у посебну јавну књигу.

IV

Нашим позитивним стварним правом је предвиђено да се "На основу правног посла право својине на непокретност стиче уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом (чл. 33 Закона о основама својинскоправних односа). Што се тиче постојећег стања у Републици Србији та "јавна књига" се зове или *земљишна књига* или *катастар непокретности,* а *"други одговарајући начин одређен законом"* је пренос тапије. Следствено томе ми данас када говоримо о правној евиденцији непокретности у Републици Србији морамо констатовати да, иако се ради о једној релативно малој држави, постоје три паралелна, међусобно изузетно различита система: систем земљишних књига, тапијски систем и систем тзв. јединствене евиденције.

Систем земљишних књига постоји у Војводини (у којој је, као делу Аустро-Угарске Монархије, уведен још 1855. године) и на приближно једној трећини ужег подручја Србије, где је увођење земљишних књига почело после доношења земљишно-књижних закона у Краљевини Југославији 1930. и 1931. године,[9] и то почев од севера од Саве и Дунава према југу и посебно за Град Ниш.[10] Пошто је 1946. године, ступањем на снагу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације дошло до прекида правног

[7] Баштина је термин којим се у средњевековној Србији означавају наслеђена непокретна добра. Од баштине су се јасно разликовала стечена добра – купљенице и прћије (Видети више: Никола Павковић, *Право преče куповине у обичајном праву Срба и Хрвата,* Београд, 1972, стр. 65). Међутим, по терминологији *Српског грађанског законика* баштина, баштинска својина је појам којим се означава право својине на непокретним стварима без обзира на основ њиховог стицања (§ 212, ст. 2).

[8] Термин *земљишна књига (grundbuch)* потиче из XV века. Видети: Д. Стаменковић, *Упис у земљишну књигу и катастар непокретности,* Београд, 1995, стр. 5.

[9] То су: Закон о земљишним књигама и Закон о унутрашњем уређењу, оснивању и исправљању земљишних књига од 18. маја 1930. године и Закон о земљишнокњижним деобама, отписима и приписима од 19. марта 1931. године.

[10] У Србији су земљишне књиге уведене прво у посавском (Обреновац) и тамнавском срезу (Уб), а затим у подунавском, пожаревачком, градиштанском, врачарском, грочанском и посавском (Умка) срезу, као и у самом Београду. О томе као и податке у којим општинским судовима на ужој територији Србије се воде земљишне књиге видети у: Драгољуб Симоновић, *Реафирмација земљишних књига,* Правни живот, бр. 10/1998, стр. 773.

континуитета с правним поретком Краљевине Југославије, наведени земљишно-књижни закони су изгубили правну снагу. На основу чл. 4 Закона о неважности...из 1946. године примењивана су правна правила садржана у земљишно-књижним законима из 1930. и 1931. године, а примењују се још увек у недостатку позитивних прописа у овој области.

У осталим деловима ужег подручја Србије (јужна Србија) и на Косову земљишне књиге нису уведене, већ и даље постоји тапијски систем као наслеђе из турског времена, иако је још Српским грађанским закоником из 1844. године (§ 292) предвиђено да се пренос својине на непокретним добрима врши једино уписом прибавиоца у баштинске тј. земљишне књиге. До увођења баштинских књига, као привремено решење, а на основу законодавног решења из 1850. године, наређено је да се упис у књиге замени судским преносом тапије, а да за тај пренос важе прописи који се односе на упис у баштинске књиге, под условом да се могу применити.[11] Тај "привремени систем" је остао у апсолутној важности у целој ондашњој Србији све до 1930. године (80 година), тј. до доношења већ споменутих земљишно-књижних закона, а у њеном великом делу постоји и данас и то и даљ као "привремено решење". На известан начин, оно што је деценијама било "привремено решење" до увођења земљишних књига, сада је већ годинама "привремено" до увођења катастра непокретности.

Катастар непокретности у смислу јединствене (фактичке и правне) евиденције непокретности као позитивно-правно решење постоји у Србији више од једне деценије, а сада важећи Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима[12] ступио је на снагу пре десет година. Иако је планирано да катастар непокретности буде не само јединствена већ и једина (да се њоме замене постојеће земљишне књиге и тапијски систем) евиденција непокретности, у протеклом периоду је веома мало урађено. Наиме, територија целе Републике Србије подељена је на 5831 катастарску општину, а до марта 2000. године катастар непокретности је устројен у 252, што је око 4% укупне територије. Темпо је, међутим, у протекле две године битно промењен, о чему ће бити речи.

V

Учињене напомене неминовно доводе до закључка да је стање правне евиденције непокретности код нас незадовољавајуће. Види се и да је више разлога у основи тога. Пре свега, никада није постојала једнообразност у правној евиденцији непокретности,[13] а, самим тим, земљишне књиге, као поуздани регистри приме-

[11] Видети: Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право,* Београд, 1912, стр. 353: "Тако је комбинован систем тапија са системом баштинских књига и створен је један нови систем, који слободно може да се назове српским системом. "

[12] *Службени гласник Републике Србије*, бр. 83/1992; измене и допуне у бр. 53/1993, 67/1993, 48/1994, 12/1996, 15/1996, 34/2001 и 25/2002.

[13] До каквог апсурда то може да доведе показује стање у Чачку. Увођење земљишних књига у Чачку започето је 1940. године да би било настављено по завршетку рата. Током 1946. и 1947. године

њени и доказани у високо развијеним земљама, нису добиле исту шансу и код нас. Поред тога, и на оним подручјима где су биле уведене, земљишне књиге нису биле уредно вођене, негде су запуштене, а негде где су уништене још у току Другог светског рата никада нису до краја обновљене. Поврх свега, у великом броју случајева подаци који су евидентирани у земљишним књигама се разликују од података у катастру земљишта, а и земљишнокњижно и катастарско стање разликују се од стварног (фактичког) стања непокретности.[14] Тај проблем, дакле, није новијег датума тако да се већ дуго тражи одговарајући начин његовог превазилажења и решавања. Још за време постојања СФР Југославије, почетком осамдесетих година формирана су два "табора": оних који су сматрали да постојећу земљишно-књижну евиденцију засновану на катастру земљишта треба ажурирати и исту врсту евиденције устројити на "неевидентираном" подручју у земљи и оних који су излаз видели у увођењу једне потпуно нове, јединствене евиденције у виду катастра непокретности. Путем увођења јединствене евиденције непокретности кренуле су тадашње Социјалистичке Републике Босна и Херцеговина, Црна Гора, Македонија, а убрзо и Србија, док су Хрватска и Словенија задржале систем земљишних књига, јер су оне у њима најбоље функционисале, што је свакако последица њиховог постојања на целој територији још из периода док су биле у саставу Аустро-Угарске монархије.[15]

Противници увођења јединствене евиденције су од почетка имали више неоспорних аргумената у прилог задржавања постојећих евиденција, а против тзв. катастра непокретности као обједињене фактичке и правне евиденције. Непобитне, што ће ређи проверене и доказане вредности система земљишних књига су такве да се он, иако давно уведен и потпуно оформљен, али осавремењен техником електронског вођења (што омогућава ефикасност у вођењу и доступности пода-

земљишне књиге су уведене у 28 катастарских општина на подручју леве обале Западне Мораве. Због недостатка средстава тада се "застало" тако да у 29 катастарских општина на десној обали и даље важи тапијски систем. "Тако је Западна Морава раздвојила чачанске регистре непокретности. И у самом граду заступљен је двоструки режим евидентирања непокретности. " (Драгољуб Симоновић, *op. cit.,* стр. 774).

[14] Један од главних узрока раскорака фактичког и земљишнокњижног стања је фискална политика која иде за тим да је плаћање свих преносних дажбина (такса и пореза на промет) предуслов за уписивање права и промену тих права у земљишној књизи, тако да су се учесници промета радије задовољавали поседом дате непокретности који им је омогућавао несметано фактичко коришћење и ванкњижно располагање. Поред тога, постојање великог броја неукњижених грађевинских објеката није последица неажурности земљишних књига, већ управо обрнуто, због тога што је највећи број њих саграђен без адекватног правног основа (тзв. дивља градња без грађевинске и употребне дозволе) није могло доћи до њиховог укњижења, што је проузроковало неажурност земљишних књига.

[15] Наиме, земљишне књиге засноване на катастру земљишта постале су део правне традиције ових подручја, односно држава што је веома важно за одржавање њихове ажурности, јер је за то неопходно постојање свести приватноправних субјеката да је упис неопходан за легалан промет непокретности, да је недостатак уписа нешто што умањује тржишну вредност непокретности и од ње чини тзв. мртав капитал који не може да се оптерети хипотеком у циљу добијања кредита. Резултат тога је релативно брзо озакоњење постојећих земљишних књига након распада СФРЈ, тако да је у Републици Словенији Закон о земљишним књигама донет 1995. године (*Закон о земљишки књиги*, Урадни лист Републике Словеније, бр. 33/1995.), а у Републици Хрватској 1996. године (*Закон о земљишним књигама*, Народне новине, бр. 91/1996.). Обе државе су донеле и Правилнике о вођењу земљишних књига.

така),[16] убраја међу најбоље системе евиденције непокретности који, уз услов ажурности, пружа максималну правну сигурност грађанима. То би, недвосмислено, требало да буде приоритет приликом опредељивања савремене, демократски устројене државе која у приватноправној сфери треба да има и одржи улогу непристрасног судије у одмеравању сукобљених приватноправних интереса и њиховом каналисању у општем друштвеном интересу. Још приликом преламања и опредељивања даљег правца развоја евиденције непокретности средином осамдесетих година, истицано је да се превасходно мора сагледати и признати да нису земљишне књиге као неадекватна евиденција непокретности проузроковале њихово незадовољавајуће постојеће стање.[17]

Императив стварања потпуне и прецизне евиденције непокретности није, међутим, довео до потеза на којима је правна теорија, углавном, инсистирала. Наиме, требало је донети одговарајуће позитивне прописе и успоставити земљишно-књижну евиденцију на оним подручјима где је постојао тапијски систем, те ажурирати постојеће земљишне књиге, односно довести у склад правне податке убележене у земљишне књиге са фактичким стањем, које је у међувремену знатно измењено. Уместо тога, дошло је до опредељења за увођење система јединствене евиденције устројством тзв. катастра непокретности. Коментари су били бројни и разноврсни, али би се могли свести на следећу констатацију: "Увођење јединствене катастарске евиденције је особен покушај да се напусти најсавршенији систем земљишнокњижне евиденције који је доживео своју потпуну афирмацију у најразвијенијим државама Европе и да се проблем настао услед недовршеног регистра реши покушајем увођења 'нове' евиденције."[18]

У једном, с аспекта правне (не)сигурности, веома дугом (десетогодишњем) периоду имали смо изузетно неповољну ситуацију у погледу регистара непокретности: ново нормативно решење без икакве реализације уз непрестано погоршање стања земљишних књига. Сви смо, недвосмислено, свесни реалне подлоге таквог дешавања (апсолутна неефикасност правног система која је, такорећи, довела до безвлашћа, ратни догађаји, потпуна ерозија привредног система и опште осиро-

[16] Тако, на пример, увођење модерних земљишних књига у Аустрији као правно решење датира још с почетка XIX века, јер је Аустријским грађанским закоником из 1811. године било предвиђено да се стварна права на непокретностима стичу, преносе и губе уписом у земљишне књиге. Њихово увођење је ишло постепено, пре свега у појединим покрајинама, да би 1871. године био донет општи Закон о земљишним књигама који је важио на целом подручју Аустрије. Данас постојећи систем земљишних књига у Аустрији позитивноправно је заснован доношењем Закона о земљишним књигама из 1955. године и Закона о преуређењу земљишних књига из 1980. године, којим је уведено и електронско вођење земљишних књига. Видети више о томе: Миодраг Орлић, *op. cit.,* стр. 415-417.

[17] Видети: Славица Крнета, *Примједба поводом нацрта закона о премјеру и катастру некретнина,* Адвокатура Босне и Херцеговине, бр. IX/1983, стр. 10 и даље: "Ноторно је у коликој мјери постојећа земљишна књига не одражава у стварности постојеће својинске и стварноправне односе поводом некретнина. Бројни су узроци који су довели до овог несклада. Но они не произилазе из земљишне књиге, нити их је она као таква створила, већ их налазимо у бити изван ње, у мноштву околности разне природе. " Као такве се могу навести, на пример, неодговарајућа фискална политика, бесправна градња објеката и сл.

[18] Мирослав Лазић, *Значај јавног регистра за хипотеку,* Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000/2001, стр. 85.

машење грађана и државе). Незаживљавање "нове" евиденције, на неки начин, је охрабрило стручну јавност да је безуспешан протек времена, између осталог, показатељ неопходности "враћања" земљишним књигама. Саветовање о системима јавних регистара непокретности у Србији (Предлог уређења за XXI век) које је одржано у новембру 2000. године у Београду[19] довело је до врло значајних закључака у том смислу. Пре свега, дефинитивно напуштање концепта друштвене својине као основе друштвеног и економског система налаже изградњу новог својинског система заснованог на загарантованој приватној својини, који је незамислив без поузданих регистара непокретности. У условима фаворизовања друштвене својине и њеног постојања на привредно најзначајнијим објектима и средствима значај оваквих регистара је суштински умањен, а својеврсна изолованост и ксенофобија довели су до доминантности принципа "оригиналности" при утврђивању правних решења и недостатка осећаја за умереност у смислу нужности поштовања и одржавања на снази правних правила универзалне вредности. Покушај интегрисања у заједницу развијених земаља Европе управо налаже супротно: враћање традиционалним вредностима и изградњу новог правног поретка ради остварења неопходног степена хармонизације са правним поретцима тих земаља. Осим тога, функционисање кредитних односа на начин да се обезбеди прилив јефтиних новчаних средстава, није могуће без адекватних средстава обезбеђења кредита, односно без хипотеке, која, међутим, захтева поуздане јавне регистре непокретности. Такође, без јасне слике својинских односа не могу да се остваре денационализација и приватизација, а недостатак одговарајућих регистара отежава спровођење легализације бесправно подигнутих објеката. У сучељавању различитих аргумената преовладао је став да је за остварење ових циљева као јавни регистар непокретности најподеснији систем земљишних књига.

Они који се залажу за увођење катастра непокретности ("интегрисани катастар") најјачи аргумент за то налазе у лошем стању постојећих земљишних књига, истичући да се ради о застарелој и превазиђеној институцији. Скоро савршено функционисање земљишних књига у тако (у сваком погледу) развијеним земљама, као што су Аустрија, Немачка и Швајцарска,[20] је довољан доказ неутемељености таквих квалификација и оцена. Оно што много више брине од оваквог олаког осуђивања је олако залагање за једну нову концепцију која ни у једном моменту није до краја промишљена[21] и на чији рачун су изречене врло озбиљне и аргументоване критике. Чак су и неки од поборника устројства овакве евиденције, који истичу њену важност и значај за наш правни систем јер се тако "...успоставља један рационалан, једноставан и за одржавање јефтин систем евиденције о непокретнос-

[19] Саветовање је организовало Удружење правника Србије у сарадњи са Удружењем за приватно право и часописом Анали Правног факултета у Београду, а одржано је 10. и 11. новембра 2000. године на Правном факултету у Београду.

[20] Драгољуб Симоновић, *op. cit.,* стр. 775: "Тешко је поверовати да те високо развијене земље негују земљишну књигу из историјских или носталгичних разлога. Тамо се она, очигледно, оцењује корисним и адекватним регистром непокретности, а не застарелим, односно превазиђеним. "

[21] О томе сведоче честе законодавне измене и допуне учињене од 1988. године односно првобитног озакоњења ове концепције.

тима...",[22] у дилеми да ли постојеће законодавно решење "...заиста значи прогресију у односу на систем земљишних књига. Или пак у закону у погледу начелних опредељења и врсте уписа постоје таква решења, затим одређене празнине и недоречености, које могу имати за последицу у будућој управној и судској пракси појаву нових и до сада непознатих проблема, или већ у ранијој јудикатури одавно решених кроз заузимање адекватних начелних правних ставова и погледу примене правила земљишнокњижног права."[23]

VI

Један период затишја у расправама за и против постојеће или нове евиденције непокретности, обзиром на претежност аргумената у корист земљишних књига, могао је оне који су дистанцирани од носиоца законодавне иницијативе навести на помисао да се врше припреме у правцу осавремењавања и унификовања земљишно-књижне евиденције непокретности. Чини нам се, међутим, да има неколико показатеља да је у Србији, упркос свему што је до сада речено, дефинитивно преовладао став у прилог јединствене евиденције непокретности. То су, пре свега последње измене Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима из маја 2002. године, а, такође, и интензивирање рада на увођењу катастра непокретности,[24] те пристизање иностране помоћи у виду донација, повољних кредита и стручњака у циљу устројства, односно реформе катастра непокретности. Недавно одржана Међународна конференција о реформи катастра непокретности у Србији,[25] такође потврђује такво определење актуелне власти.

Постојећи концепт јединствене евиденције непокретности у Републици Србији има више недостатака. На њих је већ указивано у нашој стручној јавности.[26]

а) Пре свега, катастар непокретности обједињава нешто што се традиционално намерно раздваја. Колико год на први поглед изгледало практичније и економичније, спајање фактичке и правне евиденције је потпуно неоправдано. То су евиденције са сасвим различитим улогама и тако како су конципиране природно је да буду у надлежности различитих органа власти полазећи од природе њихове делатности и правила њиховог функционисања.

б) Осим тога, то спајање је учињено на тај начин да је јединствена евиденција стављена у надлежност једног управног органа, Републичког геодетско завода, што

[22] Јован Л. Јерковић, *Катастар непокретности као основна евиденција непокретности и правима на њима,* Гласник АК Војводине, бр. 12/1995, стр. 470.

[23] *Ibidem*, стр. 472 и даље.

[24] Од 1992. године, када је на снагу ступио важећи Закон из ове области до марта 2000. године у Србији је у 252 катастарске општине устројен катастар непокретности, почетком 2002. године тај број се повећао на 510 катастарских општина, а до почетка 2003. године, према плану Републичког геодетског завода, требало би да буде завршена израда катастра непокретности за укупно 1050 катастарских општина.

[25] Одржана је 14. и 15. новембра 2002. године у Београду.

[26] Видети: Миодраг Орлић, *op. cit.* и тамо наведени извори у напоменама, стр. 434-437.

је и највећи недостатак ове евиденције.[27] Апсолутно је јасно да правна евиденција непокретности у систему земљишних књига није поверена судовима из традиционалних, већ суштинских разлога. Приватноправни односи морају да буду у надлежности независне судске власти, што значи да регистрацију приватних (стварних) права не може да врши управни орган применом правила управног права, чиме се држава меша у сферу грађанских субјективних права, где је приватност загарантована у највећем могућем степену, од чега се одступа само ради заштите општих интереса. Стога орган који спроводи регистрацију стварних права на непокретностима мора да има независност какву у нашем систему власти има само суд. Сматрамо да никаква адекватна измена у смислу стручности и структуре службе која води регистар непокретности не може да донесе квалитетне промене докле год се, без обзира на извршене измене, ради о органу управе, који поступа по правилима управног права, где постоји строга хијерархија, где држава увек иступа са позиција власти, где се грађанин увек налази у односу подређености.[28] У нашој правној литератури већ је заузет сличан став у вези могућих корекција које би отклониле недостатак поверавања овакве евиденције управном органу:"Упис података може да врши и специјализовани управни орган. Међутим, таква 'специјализација' се своди на судску специјализацију за имовинско-правне односе, што је нецелисходно и ствара један 'хибридни' поступак и орган који 'имитира' суд, судски поступак и ауторитет."[29]

ц) Ништа мање није озбиљна примедба да увођење начела обавезности уписа у катастар непокретности представља ограничење аутономије воље на тај начин што се одступа од принципа слободне иницијативе односно страначке диспозиције при вршењу и заштити грађанских субјективних права. Правило да се упис података о непокретностима и правима на њима врши за све непокретности по службеној дужности или по захтеву носиоца права на непокретности,[30] је супротно правилу које важи за упис земљишнокњижних права, а према коме се упис врши по предлогу заинтересованог лица,[31] а само изузетно по службеној дужности.[32] Пошто

[27] На изричито питање да ли мисли да је правилно што је својинска евиденција пренесена из надлежности судова у Геодетски завод, Томас Мајер, из Пројектног бироа GTZ (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit) – Немачке организације за техничку сарадњу, која по позиву своје владе пружа правну помоћ Србији по питању раформе катастра непокретности, као стручњак за област грађанског права констатује да је то премештање у сваком случају реалност од које се мора поћи, али да су неопходне измене постојећег концепта ради онемогућавања ингеренција извршне власти у приватноправну сферу грађана. Видети више о томе у часопису *Данас – Правоплус,* додатак, од 29. новембра 2002. године.

[28] Обично се ради објашњења шта значи начело равноправности учесника грађанскоправног односа и координације њихових воља врши поређење у односу на управноправни однос у којем држава увек има империјум и где постоји однос надређености и подређености.

[29] Мирослав Лазић, *op. cit.,* стр. 104.

[30] Чл. 5, ст. 4. *Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима Републике Србије*.

[31] То је лице које би уписом стекло земљишнокњижно право, али и оно чије би се већ уписано право променило тако што би било ограничено или престало. То је изричито предвиђено чл. 95, ст. 1. *Закона о земљишним књигама Републике Хрватске*. У пракси скоро без изузетка предлог за упис подноси оно лице које уписом стиче неко право, јер је то у његовом интересу пре свега. Ипак је значајно оставити правну могућност и другој страни (чије право се уписом ограничава или престаје), јер је

за упис није довољан само предлог овлашћеног лица већ и изричита сагласност земљишнокњижног претходника да се тражени упис изврши *(clausula intabulandi*), ово начелно правило за вршење уписа у земљишне књиге зове се начело приволе или консенза. То практично значи да се упис у земљишне књиге може извршити само уз обострану приволу (сагласност) лица које уписом стиче право и лица чије се право уписом ограничава, преноси на другога или укида.[33] Без обзира на оправданост примедби у погледу установљавања начела обавезности уписа, прописивање таквог правила је донекле разумљиво ако се има у виду постојеће стање евиденције непокретности у Србији.[34] Држава, по правилу, интервенише у приватноправне односе онда када то захтева општи интерес. У том смислу, начело аутономије воље није неограничено, већ су, напротив, утврђене његове опште границе, а такође и посебна ограничења. При вршењу и заштити грађанских субјективних права није доследно спроведен принцип слободне иницијативе, односно страначке диспозиције.[35] Ако се, с једне стране, има у виду да се упис врши не само у приватном, него и у општем интересу и, с друге стране, императив устројства уредне и ажурне евиденције, интервенција државе прописивањем обавезности уписа по службеној дужности се може прихватити као оправдана.

Међу поборницима земљишних књига, као најприхватљивије евиденције непокретности, нема јединственог става по овом питању. По некима, начело обавезности је излишно и неспојиво са стандардима правне цивилизације који важе за грађанска субјективна права,[36] док неки сматрају да, напротив, треба обезбедити његову доследну примену при увођењу земљишнокњижне евиденције.[37] Треба истаћи и да је Законом о земљишним књигама Републике Словеније предвиђено да је упис стварних права и промена које се односе на податаке уписане у земљишној књизи, обавезан.[38] Сматрамо да начело обавезности уписа, те спровођење уписа по службеној дужности, ма колико на први поглед изгледало као драстично одступање од слободне иницијативе, има, нарочито у овом моменту, тј. при оваквом стању евиденције непокретности, друштвено оправдање. Стога га треба прихватити као правну могућност интервенције државе ради одржавања ажурне евиденције, онда када изостане иницијатива заинтересованог приватног субјекта. Оно што је, међутим, од посебног значаја за ажурност евиденције непокретности је постојање

могуће замислити и његов интерес да се упис спроведе (на пример, да се не терети више он као порески обвезник).

[32] Видети §§ 84-85 *Закона о земљишним књигама Краљевине Југославије* и Миодраг Орлић, *op. cit.,* стр. 431-434.

[33] О овом начелу видети више: Татјана Јосиповић, *op. cit,* стр. 214-215 ("Књижна су права приватноправне нарави па су једино њихови носитељи овлаштени њима располагати.... Због тога упис књижних права овиси искључиво о диспозицији њихових носитеља. ").

[34] "Стање евединције је огледало правне културе нације и степена развоја приватног права. Несређеност наше евиденције и двоумљење о систему регистара на прагу XXI века, указује на велико културно и правно заостајање у Србији. ", Мирослав Лазић, *op. cit,* стр. 100.

[35] Видети више о томе: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права,* Нови Сад, 2001, стр. 115-120.

[36] Видети, на пример: Миодраг Орлић, *op. cit.,* стр. 434 и Драгољуб Симоновић, *op. cit,* стр. 777.

[37] Видети, на пример: Мирослав Лазић, *op. cit,* стр. 102.

[38] Чл. 6 Закона.

свести приватноправних субјеката да је упис неопходан за легалан промет непокретности и да је тај упис првенствено значајан за њих, да избегавање уписа не доводи само до успешног избегавања фискалних обавеза, већ до смањења тржишне вредности непокретности, која постаје мртав капитал чија се вредност не може искористити за добијање кредита, јер се без уписа не може хипотековати.

Поред ових битних концепцијских недостатака потпуно је неприхватљив и пут којим се у Србији кренуло при увођењу катастра непокретности као јединствене евиденције. Уместо да се након озакоњења нове евиденције са њеним устројством кренуло на подручју где није било земљишних књига,[39] ишло се обрнуто. Катастри непокретности су увођени за територије катастарских општина где су већ постојале земљишне књиге, без обзира на њихову ажурност. Апел земљишнокњижних судова је био да се вредност и прихватљивост законских решења о јединственој евиденцији провери на подручју које није покривено земљишним књигама, сматрајући да би се након тога лакше прешло на земљишнокњижну евиденцију и на том подручју[40] (јер би се у међувремену компаративним методом потврдиле предности земљишних књига – примедба Р. Ц.). Насупрот томе расположиве земљишне књиге су искоришћене за увођење катастра непокретности,[41] а на подручју тапијског система и даље, немамо никакве регистре.

Током пионирских корака у увођењу катастра непокретности уочени су многи недостаци и неправилности законских решења,[42] а многе измене су учињене у правцу враћања правилима садржаним у земљишнокњижним законима Краљевине Југославије. Како је већ уочено, то представља "правно признање да не постоји сигурнија техника евидентирања права на непокретностима од земљишних књига."[43]

VII

Наведена кретања у области евиденције непокретности на, условно речено, микро плану (посматрано у односу на цео правни поредак) показују да се у Србији још увек није приступило реформи правног система и његових појединих сегме-

[39] Подаци о величини подручја Србије покривених земљишним књигама у односу на тапијски систем у моменту приступања јединственој евиденцији се знатно разликују зависно од тога ко их даје и шта је циљ њиховог саопштавања. Према подацима који стижу из надлежног Министарства Владе Србије и Републичког геодетског завода 23% територије Србије је обухваћено земљишним књигама, док на основу процене земљишних судова 59% територије Србије се води у тапијама, а преосталих 41% у земљишним књигама. Видети: *Данас, op. cit,* стр. VI.

[40] По речима Гордане Михаиловић, председника Другог општинског суда у Београду, *Данас, op. cit.,* стр. VI.

[41] Према чл. 151, ст. 1. Закона Републике Србије:"У катастарској општини за коју је израђен катастар непокретности у складу са одредбама овог закона, даном почетка његове примене престају да важе земљишне књиге, књиге тапија и катастар земљишта. "

[42] Првобитни Закон о јединственој евиденцији из 1988. године замењен је новим из 1992. године, који је већ више пута новелиран. Видети податке у напомени бр. 12 у овом раду.

[43] Мирослав Лазић, *op. cit,* стр. 103.

ната на принципијелно утемељен начин. Наиме, упркос чињеници да наш правни систем по многим карактеристикама може да се сврста у континенталноевропски и то германски правни круг, неоспорно је да је дугогодишње припадање тзв. кругу социјалистичких правних поредака проузроковало низ деформација које се могу отклонити само ако се ствари принципијелно поставе и консеквентно спроведу у правцу поновног враћања Србије тамо где јој је по културној и правној традицији и место. У том смислу могло би бити веома корисно искуство нашег суседа Републике Хрватске, која је већ далеко отишла у реформи свог правног система, а нарочито грађанског права ради омогућавања интеграције у Европску Унију.[44]

За социјалистичке правне поретке је карактеристична екстремна маргинализација грађанског права у корист јавног права, насупрот његовој средишњој позицији у правним поретцима европскоконтиненталног правног круга. Оно што је у Хрватској уочено од стране реформатора правног поретка као нужно да би се могло рачунати на интеграцију у Европску Унију је, пре свега, враћање грађанском праву средишњег места, док би улога јавног права као заштитника општих интереса била да у том интересу штити, подржава, а понекад и ограничава грађанскоправне садржаје. Што се тиче самог грађанског права, све деформације које су се временом десиле треба отклонити враћајући се традиционалним вредностима, институтима и садржајима, а затим обезбедити доследну примену општих правила грађанског права. То значи, да специјална правила треба установљавати само онда када су она заиста неопходна.[45]

Решења усвојена при реформи стварног права у Хрватској не морају бити преузета, али су свакако вредна респекта, пре свега зато што су нам деформације биле исте (јер смо дуго имали исти правни поредак), а, затим, што нам је и циљ исти: враћање у европскоконтинентални правни круг ради могућег укључивања у Европску Унију. Више је полуга у основи те реформе. Успостављена је једноврсност власништва путем претварања друштвене својине у право својине, тако што су дотадашњи титулари права управљања, коришћења и располагања стварима у друштвеној својини (или њихови правни следбеници) по основу самог Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године постали власници.[46]

---

[44] Видети реферат који је на Симпозијуму о стварном праву, одржаном у Будимпешти (30. октобар – 3. новембар 2002. године; у организацији Канцеларија за правну реформу из Београда и Сарајева) поднео Nikola Gavella, професор Правног факултета у Загребу, који је са групом својих колега, такође универзитетских наставника Правних факултета у Загребу и Осијеку, осмислио и извршио реформу стварног права Хрватске. Назив рада је: *Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske Europskome,* а како изгледа реформисано хрватско стварно право може се сазнати из Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године (Народне новине, бр. 91/1996, 73/2000.), који садржи 396 чланова, и универзитетског уџбеника: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo,* Informator, Zagreb, 1998.

[45] Видети: Nikola Gavella у реферату наведеном у претходној напомени, стр. 21:"Понекад је тешко отети се утиску да се посебна уређења стварају, не као нужни изузеци од општих правила, него без обзира на општа правила – као да та уопште не постоје. Без довољног разлога, не барата се с појмовима истог обима и садржине као што су они општег стварноправног уређења, или се уводе неки нови, а понекад се чак и 'пресађују' правне установе јавног права на подручје приватног, грађанског права. "

[46] До таквог аутоматског претварања друштвене својине у право својине могло је доћи ако је дата ствар била још увек у друштвеној својини у моменту ступања Закона на снагу, те да може бити објект

Установљено је правно јединство непокретности и њених саставних делова и поново прихваћено правило *superficies solo cedit* (све што је са земљиштем трајно спојено на површини или испод ње правно је саставни део земљишта и дели његову правну судбину, ако специјалним правилом није другачије установљено). Правно јединство непокретности је постигнуто тако што је пре свега успостављено правно јединство земљишта и зграде (власник зграде постао је по основу самог закона и власник изграђеног грађевинског земљишта које је до тада било у друштвеној својини, а на којем је он имао трајно право коришћења), а затим и правно јединство зграде и њених функционално самосталних делова - станова, пословних просторија, гаража (тако што је дотадашњи етажни власник добио статус сувласника целе непокретности).[47]

Правно јединство непокретности јесте предуслов постојања поуздане земљишне књиге. Без поуздане земљишне књиге нема поузданог осигурања тражбине вредношћу непокретности (нема хипотеке). Без хипотеке нема кредитирања под прихватљивим условима (немогућност обезбеђења тражбине хипотеком надомешћује се високим каматама, што практично онемогућава узимање значајнијих кредита). Без кредитирања незамисливо је пословање у земљама развијене тржишне економије, а нарочито у земљама које покушавају да успоставе привредни развој заснован на тржишним законитостима.

Овакве констатације недвосмислено истичу значај поуздане евиденције непокретности. Поуздана евиденција непокретности је земљишна књига. Тешкоће на које актуелна власт свакодневно наилази у покушају превладавања последица дуготрајног стварања погрешно усмереног правног система, не би смеле да доведу до краткотрајних прагматичних решења. Мора се наћи начина да се успоставе институције које ће због своје правилне утемељености моћи трајније да функционишу, независно од персоналних промена које су неминовне и природне. Нејасно је зашто је остао без одјека апел Удружења правника Србије с краја 2000. године упућен министру правде, Врховном суду Србије, правним факултетима и правничкој јавности да се после вишедеценијских лутања нађе пут враћања решењима провереним искуством и да се приступи доношењу модерног закона о земљишним књигама.[48] На основу таквог закона (који би полазећи од, у великој мери прихватљивих, правила садржаних у земљишнокњижним законима Краљевине Југославије уважио упоредноправна искуства наметнута, у међувремену, постигнутим степеном развоја друштвених односа) могла би се извршити обнова, односно потребно ажурирање земљишних књига на подручјима где постоје и њихово увођење на подручјима где нису постојале. Уместо тога, са пуно ентузијазма (који и овај пут може бити узалудно потрошен) и огромним

права својине (да се не ради о општем добру). При томе је било неопходно да је то право које се претвара у својину било стечено по ваљаном правном основу, односно да стицање својине на тој ствари није у супротности са прописима о денационализацији.

[47] Етажни власници су и даље остали власници својих посебних делова зграде, али је право својине на том делу повезано са сусвојином целе непокретности. Детаљније о томе видети: Владо Белај у: Nikola Gavella i dr., *op. cit*. стр. 536 и даље.

[48] Видети: Миодраг Орлић, *op. cit.,* стр. 436-437.

средствима[49] наставило се са нечим што никада није требало бити започето. Циљеви Владе која подстиче овај пројекат се морају подржати: да се у кратком трогодишњем року створе услови да за све објекте постоји уредна документација да би се они могли легално продавати, хипотековати ради добијања кредита или легално наслеђивати и наравно опорезивати.[50] Питање је, на основу свега што је приказано у овом раду, колико је исправан пут којим се кренуло у реализацију постављених циљева и какву ће вредност имати постигнути резултати.

Radenka Cvetić, Ph. D., Assistant Professor
Law Faculty of Novi Sad

REAL ESTATE RECORDS

Abstract

Proceeding from the reality that in Serbia there are three parallel, mutually exclusive systems of real estate legal record keeping (the system of deed books, the deed system, and the system of so-called uniform real estate records as the real estate registry) and that their status is less than satisfactory, the author regretfully concludes that during the past year, following a perennial wandering, the official stance of seeking solutions in organized real estate registries has prevailed, on the whole territory of the Republic of Serbia. This will, once again, bring about a departure from deed books, whose value as records of real estate has been tested and proven in the experience of highly developed countries such as Austria, Germany and Switzerland.

The imperative of creating a complete and precise real estate records, as a precondition for the legal transfer of real estates and the possibility to use them for obtaining favorable credit conditions through mortgaging, should have been achieved through the introduction of suitable regulations for deed books, the establishment of deed books record keeping in the territory of Serbia where a system of deeds exists, moreover, with the updating of existing deed books (to bring legal information recorded in deed books into accordance with the actual status, which has been significantly altered in the meantime).

[49] Према речима директора Републичког геодетског завода, процењено је да је за увођење једног модерног система катастра непокретности на територији целе Србије неопходно 186 милиона евра, што би у највећој мери требало да се обезбеди путем донација или јефтиних кредита, обзиром да држава Србија то не може сама финансирати.

[50] То не треба да буде дестимулативно за грађане, јер се из пореза финансира и омогућава задовољавање многих потреба грађана.

The opposite has occurred; the problem, which came about due to an incomplete registry, deed books, is being solved in Serbia by introducing a completely new registry - the real estate registry.

There have been attempts to overcome conceptual shortcomings of uniform real estate records by amending the rules that regulate them, effectively moving towards the acceptance of the rules of deed books. However, this still cannot undo essential disadvantages of this type of record keeping: uniting the legal and actual real estate records and entrusting them to an administrative body.

As the main reason for the decision to introduce this sort of real estate record is the need to have the real picture of the territory of Serbia, which can be improved and altered (which comes across as more of an excuse than an argument for a choice made) as soon as possible. This approach is a another proof that Serbia still has not reformed either its system or the parts of the system (particularly the most important one - the civil law) in an orderly way, which can in no way be replaced by a pragmatic approach and short-term solutions to the existing problems. The results in legal reforms, which have been achieved by our neighbors (Croatia and Slovenia) can come of great use, since in that sense, we have at least two things in common: the deformation of the legal system during socialism, and the measures taken for the return to the European legal culture as a way for the possible accession to the European Union.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.313-326

Мр Сања Ђајић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ЗАШТИТА НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА У ОКВИРУ САВЕТА ЕВРОПЕ: ОКВИРНА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ НАЦИОНАЛНИХ МАЊИНА

Сажетак: *Предмет овог рада је заштита националних мањина у оквиру Савета Европе. Пре него што је 1995. године усвојена Оквирна конвенција за заштиту националних мањина, као први међународни уговор посебно посвећен овом питању, постојали су многи нацрти, резолуције и предлози како обезбедити заштиту мањина. Први предлог је био усвајање посебног протокола уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, док је други био усвајање посебне конвенције. Поступајући по другом предлогу, донета је и Оквирна конвенција за заштиту националних мањина. До децембра 2002. године 35 држава је постало обавезано овом Конвенцијом, укључујући и Југославију.*

Творци Конвенције су се определили за концепт индивидуалних права, тако да су права и слободе предвиђене овим уговором поверене појединцима, а не мањини као групи. Ипак, појединци могу уживати права и слободе индивидуално и у заједници са осталима. Већина одредби је програмског карактера, што оставља широку дискрециону оцену државама чланицама у погледу тумачења и примене Конвенције. Сам текст Конвенције предвиђа да ће државе извршити њену имплементацију путем унутрашњих правних аката. У Конвенцији су посебно наведена она права и слободе која су од посебног значаја за очување, изражавање и развитак посебног индентитета мањина, попут права на одговарајуће образовање, права удруживања, верских права и слободе, и сл.

Један од главних недостатака Конвенције је што не садржи одређење појма националне мањине. Зато је велики број држава депоновао посебне декларације којима су дефинисале мањине или набројале групе које ће смат-

рати мањинама ради примене Конвенције. Према томе, поље примене ће у великој мери зависити од једностраних тумачења. Ипак, упркос недостацима, Конвенција представља значајан допринос заштити мањина и развоју људских права.

Кључне речи: националне мањине, Оквирна конвенција за заштиту националних мањина, људска права у Европи.

Увод

Заштита људских права је један од основних циљева Савета Европе. Питање националних мањина је тако било предмет рада ове организације и пре него што је 1995. године усвојена Оквирна конвенција за заштиту националних мањина.[1] Парламентарна скупштина Савета Европе је већ у својој првој години постојања признала значај шире заштите мањинских група. Скуштина Савета Европе је 1961. године усвојила извештај Комитета за правна и административна питања према којем је требало увести посебну одредбу о заштити националних мањина у Протокол II уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода из 1950. године. Наиме, основни текст Конвенције, као ни Протокол I, нису садржале такву одредбу. Једини облик заштите је био обезбеђен посредно, путем чл. 14. Европске конвенције о заштити људских права. Члан 14. основног текста Конвенције представља тзв. "недискриминациону клаузулу", која забрањује дискриминацију по више основа, укључујући и дискриминацију по основу етничке припадности и порекла. Препорука Скупштине бр. 285/1961 је садржала и предлог текста одредбе о заштити националних мањина у новом Протоколу уз Конвенцију.

Међутим, Комитет експерата није усвојио овај предлог. У време расправљања о нацрту новог члана, пред Европским судом правде је текао поступак у предмету *Belgium Linguistics Case*.[2] Комитет експерата је одложио расправу о новој одредби до коначне одлуке Суда. Неколико година касније, Комитет експерата је закључио да заштита националних мањина не захтева нове правнотехничке потезе, јер је

[1] *Framework Convention for the Protection of National Minorities*, ETS no. 157, отворена за потписивање у Стразбуру 1. фебруара 1995. године. Ступила је на снагу 1. фебруара 1998. године, по протеку рока од месец дана од депоновања 12. ратификационог инструмента. До краја 2002. године коначну сагласност на обавезивање Конвенцијом је дало 35 држава, укључујући и Југославију. Савет Европе као датум југословенске ратификације наводи 11. мај 2001. године са обавезујућим дејством од 1. септембра 2001. године, од када се, на међународном плану, Југославија може сматрати пуноправном чланицом Оквирне конвенције. Закон о потврђивању Оквирне конвенције о заштити националних мањина је објављен у Сл. листу СРЈ – Међународни уговори, бр. 6/1998, од 4. децембра 1998. године.

[2] *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" Commission v. Belgium* (Случај поводом одређених аспеката прописа о употреби језика у образовању у Белгији, Комисија против Белгије), Пресуда Европског суда за људска права од 23. јула 1968. године. О овом случају ће бити више речи касније.

довољно покривена постојећим нормативним оквирима Савета Европе. Тиме је одбијен предлог о увођењу посебне одредбе о заштити националних мањина.

Почетком 90-тих се поново актуелизује заштита националних мањина у оквиру Савета Европе. Парламентарна скупштина је усвојила низ резолуција истичући потребу доношења посебног протокола, који би био саставни део Европске конвенције о људским правима. Алтернативно решење виђено је у усвајању посебне конвенције.[3] Новембра 1992. године је усвојена Европска повеља о регионалним и мањинским језицима. Иако је њено доношење свакако представљало напредак, њено поље примене је ограничено јер се односи само на један аспект правне заштите националних мањина. Комитет за људска права у оквиру Савета Европе је добио задатак да са правног и политичког становишта изнесе предлоге могуће заштите националних мањина у систему Савета Европе, имајући у виду постојеће успехе и рад Конференције за европску безбедност и сарадњу (КЕБС, данашњи ОЕБС) и Уједињених нација. Већ 1993. године је основан Комитет за заштиту националних мањина под окриљем Комитета за људска права, који је предложио листу основних правних стандарда за заштиту националних мањина. Предлози су укључивали и различите форме у којима се ови правни стандарди могу изложити, а били су резултат анализе неколико различитих предлога и текстова, било међународних, попут предлога Венецијанске комисије, било националних, попут предлога владе Аустрије. Један од проблема са којим су се суочили у свом раду је била несагласност око значења термина "национална мањина".

Након састанка шефова држава и влада у Бечу 1993. године,[4] на којем је донет конкретан предлог о доношењу посебне конвенције за заштиту националних мањина, формиран је нови Комитет за заштиту националних мањина (CAHMIN). Овим опредељењем се одустало од доношења посебног Протокола уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода.[5] Иако је Комитет министара Савета Европе задужио Комитет за заштиту националних мањина, састављен од националних експерата у овој области, да изради нацрт текста будуће конвенције, у његовом раду су учествовали и представници Комитета за људска права, Савета за културну сарадњу, Комитета за мас медије и Комисије за демократију и право. Такође су учествовали и представници ОЕБС-а и Европске комисије као посматрачи. Октобра 1994. године Комитет за заштиту националних мањина је

[3] Издвојићемо значајније резолуције: Препорука бр. 1134 (1990), која садржи листу основних начела заштите националних мањина, као и Препорука бр. 1201 (1993) којом се иницира доношење међународних инструмената о мањинским језицима и посебног протокола за заштиту националних мањина уз Европску конвенцију, којим би се обезбедила ефикасна судска заштита пред Европским судом за људска права. Ова Препорука је усвојена непосредно пре Бечког самита шефова држава и влада о питању националних мањина.

[4] Састанак је одржан 9. новембра 1993. године. Његов значај је не само у чињеници да је иницирано доношење Конвенције за заштиту мањина, већ и због тога што је на овом састанку донета *Декларација и план акције о сузбијању расизма, ксенофобије, антисемитизма и нетолеранције*. – Текст Декларације је преузет из: М. Митић, *Националне мањине,* Сл. лист СРЈ, Београд, 1998, стр. 328.

[5] Када је Парламентарна скупштина у својој Препоруци бр. 1201 (1993) предложила доношење Протокола за заштиту националних мањина, истовремено је поднела и предлог текста будућег Протокола, који се разликује од текста Оквирне конвенције.

поднео коначну верзију нарцта Конвенције о заштити националних мањина Комитету министара Савета Европе. Већ новембра 1994. године је Комитет министара усвојио текст ове Конвенције и проследио је Парламентарној скупштини Савета Европе, која је овај међународни уговор усвојила и отворила за потписивање 1. фебруара 1995. године.

Значај доношења Оквирне конвенције за заштиту националних мањина

Оквирна конвенција за заштиту националних мањина из 1995. године је први међународни уговор који је посебно посвећен заштити националних мањина. Иако постоје многобројни уговори о заштити људских права, одредбе о заштити мањина које се тамо налазе су или на нивоу недискриминационих клаузула,[6] или у оквиру појединих права и слобода. Међутим, начин њиховог остваривања је увек подвргнут основном режиму остваривања и заштите, без обзира на специфичности које она има у односу на друге врсте права и слобода. Оквирна конвенција садржи правне стандарде, што је разликује од низа других докумената донетих у европским оквирима, који су искључиво политичког карактера.

Са друге стране, сличност коју Конвенција има са политичким документима сличних циљева, је да је основни тон Конвенције програмски, односно да се њоме постављају циљеви које ће државе остварити. Подела на обавезе средства и обавезе циља је призната међународним правом. Недостатак који прати обавезе циља, и то управо како је то прихваћено у Конвенцији, је да се државама оставља широка дискрециона оцена око начина њиховог остварења. Стандарди који су постављени Конвенцијом само одређују границе у којима се државе могу кретати приликом остваривања ових циљева. Други недостатак обавеза циља и програмски формулисаних одредби је што се оне не могу непосредно применити у унутрашњем правном поретку, већ је за њихову примену нужно донети акт имплементације, односно закон или подзаконски акт, без обзира каквом правном систему припада држава уговорница. Реч је о значајном уступку који је учињен у корист дискреционих овлашћења државе, а на штету унификоване примене Конвенције.

Проблем који је пратио рад Комитета за националне мањине од почетка његовог рада није био решен ни до усвајања коначног текста. Наиме, до краја се није постигао консензус око појма "национална мањина", тако да је ова дефиниција потпуно изостала. Чини се да по овом питању није било сагласности међу европским државама, без обзира на сличности у политичким циљевима и правним традицијама.

[6] Заштита на нивоу недискриминационих клаузула значи да је забрањена дискриминација по основу етничке припадности, језика, вероисповести и сл., али не омогућава, на пример, позитивну дискриминацију, нити остварење права националних мањина као колективних права.

Структура Конвенције и преглед основних решења

Основни циљ ове Конвенције је истоветан циљевима свих осталих међународних уговора који се доносе у оквиру Савета Европе: унапређење и заштита људских права. Она је отворена како за државе чланице Савета Европе, тако и за државе нечланице. Захваљујући оваквом решењу Југославија је била у могућности да ратификује овај уговор.[7]

Творци Конвенције су се определили за концепт индивидуалних права припадника националних мањина, искључујући колективна права. Према овом концепту носиоци права су припадници мањина, а не мањине као такве. Већ у основном приступу се види разлика између Оквирне конвенције и предлога додатног Протокола уз Европску конвенцију, који предвиђа и колективна права националних мањина.[8] Друга основна разлика између ова два текста је што Оквирна конвенција не садржи дефиницију националних мањина,[9] док предлог додатног Протокола нормира овај појам.[10] Последица изостављања одређења појма националних мањина из Оквирне конвенције је велики број декларација држава уговорница којима су оне једнострано одредиле овај појам или само набројале оне мањине којима ће пружити заштиту предвиђену Конвенцијом.

Преамбула Конвенције упућује на друге међународне организације и инструменте о заштити права националних мањина покушавајући тиме да се постави у систем целокупне међународне заштите. Посебно место су у овом делу текста нашле Уједињене нације и Организација за европску безбедност и сарадњу због постојећих механизама мањинске заштите које ови системи познају. Као и у случају свих осталих међународних уговора, и овде преамбула наводи циљеве који се желе постићи: ефикасна заштита националних мањина и права и слобода припадника националних мањина у светлу поштовања начела плуралистичког демократског друштва и поштовања етничког, културног, језичког и верског идентитета припадника националних мањина. Посебно је вредна пажње одредба

[7] Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 6/1998, од 4. децембра 1998. године.

[8] Предлог додатног Протокола уз Конвенцију предвиђа:

У областима у којима су у већини, лица која припадају националној мањини имају право да располажу одговарајућим локалним или аутономним управама или имају право на специјалан статус, што одговара специфичном историјском и територијалном положају, а у складу са националним законодавством државе.

[9] Дефинисање овог појма је врло често било препрека многим напорима да се питање мањина регулише. – M. Shaw, "The Definition of Minorities in International Law", 20 Isreal Yearbook of Human Rights 13 (1991).

[10] Предлог додатног Протокола уз Конвенцију предвиђа:

У сврху ове Конвенције, израз "национална мањина" означава групу лица у једној држави која:

a) пребивају на територији те државе и њени су држављани;
b) одржавају са том државом солидне и дуготрајне везе;
c) показују специфичне етничке, културне, верске или језичке карактеристике;
d) заступљена су у довољном броју, при чему су још увек малобројнија од осталог становништва те државе или једне области те државе;
e) подстакнута су жељом да заједно очувају оно што чини њихов заједнички идентитет, посебно њихову културу, традиције, веру или језик.

преамбуле која се односи на националну имплементацију Конвенције, која ће се нужно извршити путем законодавних мера и званичне државне политике искључивши тиме непосредну примењивост ове Конвенције чак у оним правним системима у којима би, да не постоји ова одредба, таква примена била не само могућа, већ и обавезна.

Већ на самом почетку је поновљено опредељење изнето у преамбули: заштита мањина у овој Конвенцији је део ширег међународноправног система заштите. Сваки припадник мањине има право да одлучи да ли ће се изјашњавати као њен припадник, односно да ли жели да искористи заштиту коју му може гарантовати Конвенција. Као што је већ напоменуто, права припадају припадницима мањине, а не самој мањини као посебном ентитету. Иако чл. 3. говори о могућности да се ова права користе како индивидуално тако и у заједници са другима,[11] то још увек ова права не чини колективним правима.

Највећи број одредби оперативног дела Конвенције је, као што је напоменуто, програмског карактера који за државе установљава обавезе циља које ће оне остварити путем аката владе и парламента. Тако државе уговорнице имају обавезу да донесу мере којима ће промовисати и обезбедити право на различитост и заштиту идентитета, забранити дискриминацију по основу етничког порекла, као и што ће донети мере којима се спречава принудна асимилација. Иако Конвенција посебно наводи језик, културу, вероисповест и традицију као елементе идентитета националних мањина, то не значи да ако неку мањинску групу одликују разлике у овим елементима у односу на већину, да то нужно доводи до стварања нове националне мањине.[12] Посебним мерама ће државе обезбедити толеранцију и стимулисати мултикултуралност друштва, нарочито у сфери културе, образовања и средстава јавног информисања, као и што су државе дужне да заштите припаднике мањина од могућих напада и провокација због њиховог етничког порекла, вероисповести и језика. Државе су дужне да обезбеде неометано учешће припадника националних мањина у економском, културном, друштвеном и јавном животу државе, нарочито у погледу оних питања за која су непосредно заинтересовани.[13] У

[11] Став 2, члана 3 Оквирне конвенције гласи: "Припадници националних мањина могу уживати права и слободе која проистичу из начела обухваћених Конвенцијом, појединачно или у заједници са другим. " Начин коришћења права индивидуално одређених је сличан и у чл. 27. Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године. И у овом случају аутори говоре о индивидуалним, а не колективним правима. Члан 3. Оквирне конвенције је ипак напредак у односу на формулацију предвидјену чл. 27, који на негативан начин формулише права припадника мањина ("неће им бити ускраћена права"), и који се односи само на културу, вероисповест и језик. – в. D. McGoldrick, "Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee", 40 International and Comparative Law Review 658 (1991), str. 658.

[12] Што је у складу са извештајем Конференције за безбедност и сарадњу у Европи из 1991. године. - *Report of the CSCE meeting of experts*, Ženeva 1991, одељак II, параграф 4.

[13] Творци Оквирне конвенције нису прихватили решење предвидјено чланом 11. предлога Додатног протокола, које говори о праву националне мањине на одговарајућу локалну или аутономну власт или специјални статус, већ су се определили за индивидуално право припадника националних мањина на активно учешће у јавним пословима који се њих тичу. Ова формулација не укључује облике локалне власти (што је посебно нагласила Европска комисија за демократију и право у Мишљењу уз чл. 11. предлога Додатног Протокола) – в. М. Митић, нав. дело, стр. 354.

ову сврху су предложене и одговарајуће мере које државе нису дужне да прихвате, али које служе као модели за остваривање права на учешће у јавном животу: консултације са представницима мањина приликом доношења законских и административних мера које су од значаја за њихов положај, учешће мањина у локалним и регионалним развојним плановима, различити облици саодлучивања по питањима од значаја за мањине, као и њихово учешће у органима локалне власти. Ова обавеза укључује и забрану мешања у успостављање односа припадника националних мањина са државом матицом, као и њихову активност у оквиру невладиних организација. Ова одредба, заједно са гарантованим правом окупљања и удруживања, покрива све аспекте повезивања припадника мањина како у земљи тако и иностранству. Посебно је установљена забрана државама да уводе мере које би могле довести до промене регионалне структуре становништва која утиче на сразмеру националних мањина у том региону, ако су те мере усмерене на осујећење уживања права предвиђених овом Конвенцијом.

Једна група одредби се односи на права и слободе националних мањина чије уживање су државе уговорнице дужне да обезбеде. Творци овог међународног инструмента су се определили за конкретна права и слободе која су сматрали посебно значајним за остварење ефикасне заштите идентитета мањина. У овој групи права се налазе: право на једнакост и забрана дискриминације, слобода вероисповести, слобода изражавања и мишљења, слобода окупљања и удруживања, право на употребу личног имена на свом језику, право на употребу свог језика, једнакост пред законом и право на једнаку правну заштиту и право на образовање. Реч је о избору круга права и слобода из корпуса грађанских, политичких, културних и социјалних права и слобода, која су гарантована и другим међународним инструментима и чије је уживање, бар у домену мањинске заштите, обезбеђено недискриминационим клаузулама. Чињеница да су аутори текста Конвенције изабрали одређени круг права и слобода је значајно јер се тиме идентификује онај део корпуса људских права који је од посебне важности за мањинску заштиту.

Право на једнакост је овде нормирано првенствено као негативна обавеза државе да не дискриминише по основу припадности националној мањини и да у ту сврху обезбеди једнакост пред законом и једнаку правну заштиту. Занимљиво је да ова одредба не прописује нити разрађује концепт позитивне дискриминације, што је, на пример, случај са Конвенцијом УН о елиминацији свих облика расне дискриминације из 1966. године.[14] Међутим, позитивна дискриминација, иако није наложена, није искључена нити забрањена, што се може закључити на основу две формулације чл. 4.: користи се термин "стварна једнакост", што оставља државама слободу да се определе између различитих начина остварења једнакости (једнак третман, једнакост у резултатима, једнаке могућности) и тако одаберу и позитивну дискриминацију као начин остварења стварне једнакости. Такође, посебно се на-

[14] *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 1966, 660 UNTS 195, ступила на снагу 4. јануара 1969. Југославија је ратификовала ову Конвенцију 1967. године (Сл. Лист СФРЈ-Међународни уговори, бр. 6/1967).

води да мере које служе за остварење стварне једнакости неће се сматрати супротним овој Конвенцији.

Слобода вероисповести укључује и слободу оснивања верских установа, организација и удружења. Како слобода вероисповести постоји за све грађане, па у том контексту и за припаднике националних мањина без разлике, посебно је наглашен значај могућности оснивања посебних верских институција.

Слобода мишљења и изражавања је гарантована у општем контексту заштите људских права и припадницима националних мањина, што уз недискриминациону клаузулу значи да им се не може ограничити или ускратити ова слобода због мањинске припадности. Међутим, на овом месту се посебно наглашава слобода пријема и размене информација на језику националне мањине, што је специфична гаранција која се не налази у основним текстовима о заштити људских права. Гарантује се и адекватна заступљеност у коришћењу средстава јавног информисања, као и право мањина да оснивају сопствене медијске куће, уз могућност општих недискриминаторних мера које може поставити јавни поредак.

Право на употребу језика и писма, као и право на коришћење личног имена израженог на језику националне мањине, означава право на њихово коришћење у приватној и јавној сфери. Конвенција идентификује неколико посебних околности у којима је посебно значајно обезбедити адекватно коришћење ових права: приликом хапшења, у обраћању административним органима,[15] приликом исписивања имена улица, места и других топографских индикација. Осим права на коришћење личног имена израженог на језику националне мањине, уз могућност додатних модалитета (транскрипција) предвиђених националним прописима, и приликом хапшења, када је нужно обезбедити бесплатног преводиоца ако је то потребно, коришћење осталих права из ове групе је условљено постојањем значајног броја припадника одређене националне мањине на једном подручју.

Право на образовање припадника националних мањина је у корелацији са обавезом држава која, у делу који је програмског карактера, налаже јачање културе и идентитета како мањине, тако и већине, у циљу узајамног прихватања и разумевања. Државе имају обавезу да обезбеде неометан приступ уџбеницима ради образовања на језику националне мањине, као и одговарајућу обуку наставника. Циљ ове одредбе је да се створе једнаке могућности у приступу образовању припадницима националне мањине и већине. Поред ове позитивне обавезе, државе су дужне да омогуће, односно да не ометају оснивање приватних образовних институција намењених образовању припадника националних мањина на њиховом језику и по програму који је њима прилагођен, док је право на учење матерњег језика посебно наглашено. Конвенција ипак полази од целовитости образовног

[15] Конвенција не предвиђа ово право за обраћање, на пример, законодавним и судским органима. Међутим, гаранције које су предвиђене општим оквирима заштите људских права, попут заштите телесног и психичког интегритета у казненом поступку, односно права на правично суђење, обухватају право на преводиоца и тумача током целог поступка. Ово право се не односи само на припаднике мањина, већ и на странце, тако да је обраћање судским органима, односно обавеза државе да приликом лишења слободе лицу јасно саопшти разлоге хапшења, покривена општим стандардима заштите људских права.

система и допушта државама да захтевају од таквих институција испуњење минималних стандарда које конкретан систем тражи, као, на пример, у области основног образовања, у погледу квалификације наставника, итд. Када се ови услови испуне, држава не сме додатно условљавати или онемогућавати оснивање и рад ових образовних установа. Обавеза је негативног карактера, јер не установљава никакве финансијске обавезе за државу, пошто се ова одредба односи искључиво на приватне установе. Наравно, држава је слободна да посебне образовне установе и програме укључи у систем јавног образовања те их на тај начин и финансира.

У последњој групи одредби диспозитивног дела се налазе ограничења за остваривање ових права, попут обавезе припадника националних мањина да поштују унутрашњи правни систем и јавни поредак државе уговорнице. Ова одредба не значи да држава може унутрашњим правом искључити или ограничити примену Конвенције супротно њеним циљевима, што је јасно и према правилима међународног уговорног права која се овде могу применити, тачније члану 27. Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године. Такође, Конвенција се неће извршавати противно начелима међународног права, нарочито оним која се односе на заштиту територијалног интегритета и независности држава чланица. Посебном клаузулом, која представља типичну модел-одредбу уговора о заштити људских права, одређује се хијерархијски однос са другим уговорима према преференцијалном принципу: ако се могу применити у исто време Конвенција и неки други међународни уговор, предност ће се дати оном уговору који установљава бољи положај припадницима мањине. Једини изузетак представља Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године којој ће увек бити гарантован приоритет.

Резерве, декларације и ограничења

Правила уговорног права допуштају низ мера којима држава може једнострано изменити уговорни режим који се на њу примењује. Члан 19. Оквирне конвенције једном општом формулацијом допушта она ограничења која су у складу са међународним стандардима заштите људских права. Такође, члан 30. допушта декларације којима се може ограничити територијална примена Конвенције. Не постоји посебна одредба о допуштености резерви, што значи да се примењују општа правила међународног права о начину улагања и дејства резерви на међународне уговоре.

Велики број држава чланица Конвенције је депоновао декларације и резерве на ову Конвенцију. Имајући у виду да Конвенција не дефинише националне мањине, разумљиво је зашто се овај појам често појављује као предмет унилатералних декларација. На основу садржаја декларација државе се могу поделити у неколико група. У првој се налазе оне које су набројале групације којима ће као националним мањинама обезбедити заштиту предвиђену Конвенцијом. У овој

групи се налазе Данска,[16] Немачка,[17] Словенија[18] и Шведска.[19] У другој групи су државе које су понудиле критеријуме за дефинисање националних мањина. Естонија тако дефинише мањине као оне групе које се од већине разликују по својим етничким, културним, верским или језичким особеностима, који имају пребивалиште на територији Естоније и који са њом имају дуготрајне и чврсте везе, са жељом да очувају своју културну традицију, религију или језик као основ свога идентитета.[20] Швајцарска садржи слично одређење мањина, уз разлику да захтева везу држављанства уместо пребивалишта, бројчану инфериорну у односу на целокупно становништво државе или кантона. Аустрија одређује мањине већ по чињеници да је реч о домаћим држављанима посебне етно културе, чији матерњи језик није немачки, и који традиционално живе на територији Аустрије. Друге државе, попут Белгије, задржавају право на накнадно одређење појма националне мањине од стране надлежних домаћих органа, или упућују на значење овог појма како је уређено унутрашњим правом: Македонија националне мањине, у смислу ове Конвенције, изједначава са термином "националности" како су одређене у уставном тексту, те наводи албанску, турску, влашку, ромску и српску мањину. Лихтенштајн, Луксембург и Малта у својим декларацијама констатују да у овим државама не постоје националне мањине у смислу ове Конвенције, али да је ратификују из солидарности и ради подршке Конвенцији.

Постоји уочљива разлика између два основна опредељења држава чланица о карактеру везе између припадника националних мањина и државе. Једна група држава, попут Аустрије, Естоније, Немачке, Швајцарске и Пољске, инсистира на вези држављанства. Русија је у својој декларацији, која више личи на протест, оспорила могућност државама да само својим држављанима, који су припадници националних мањина, обезбеде овакву заштиту, због опасности да би неким лицима могла бити ускраћена заштита ако би она била арбитрерно лишена држављанства. Остале државе не постављају овај услов или се, попут Словеније и Естоније, задовољавају пребивалиштем као довољним условом за пружање мањинске заштите.

Низ осталих декларација и резерви се односи на додатна ограничења у погледу заштите националне безбедности и територијалног интегритета (Азербејџан и Бугарска), односно посебне примене домаћих прописа (Белгија). Белгија предност даје домаћем законодавству о употреби језика у регионима. Југославија је

[16] Данска наводи само немачку мањину у Јужном Јутланду – Декларација депонована 22. септембра 1998. године.

[17] Немачка у својој Декларацији посебно подвлачи обавезу држава уговорница да одреде групе које ће имати статус националних мањина у смислу ове Конвенције, што није у потпуности у складу са текстом Конвенције. Немачка тако у националне мањине укључује домаће држављане који су данског, лужичког, фризијског, синтског и ромског етничког порекла.

[18] Словенија припаднике аутохтоне италијанске и мађарске мањине, као и Роме који живе у Словенији, сматра националним мањинама у смислу ове Конвеције.

[19] Шведска наводи следеће мањине: Сами, Финци, *Tornedalers*, Роми и Јевреји.

[20] Формулација декларације Естоније је иста као и дефиниција националних мањина у предлогу Додатног протокола за заштиту националних мањина уз Европску конвенцију.

чланица ове Конвенције која није уложила резерву, нити је депоновала било какву декларацију.

Надзорни механизми и пракса

Контрола имплементације Конвенције је поверена Комитету министара Савета Европе коме су државе дужне да након годину дана од давања сагласности поднесу извештај о предузетим мерама. Имајући у виду карактер обавеза, које се у највећој мери испуњавају управо доношењем унутрашњих прописа, јасан је значај система извештаја као мере контроле. Након првобитног извештаја државе су и даље дужне да подносе периодичне извештаје о којима ће одлучивати Комитет уз помоћ саветодавног одбора. За разлику од једног броја међународних уговора о заштити људских права, ова Конвенција не предвиђа могућност индивидуалних представки против државе због неиспуњавања обавеза предвиђених уговорима.

Недостатак опредељења да се ово питање регулише посебном конвенцијом, а не додатним протоколом уз Европску конвенцију, видљив је управо у области надзора. Да је донет посебан протокол надзор над његовим извршењем био би поверен Европском суду за људска права уз могућност оштећених појединаца да непосредно покрену међународни поступак против одговорне државе. Садашње решење изоставља појединца као учесника у контроли извршења Конвенције.

Како је то већ напоменуто, пракса Европског суда за људска права познаје случајеве у којима је предмет била заштита националних мањина. Иако у целокупној пракси таквих случајева није било много, то не умањује њихов значај. Заштита индивидуалних права припадника мањина се у постојећем систему обезбеђује преко недискриминационе клаузуле из чл. 14. који може бити прекршен тек уколико се установи и кршење неког од "самосталних" права и слобода. Овде ћемо навести два таква примера из судске праксе. *Belgium Linguistic Case* је један од првих случајева који се јавио пред овим Судом. Тужиоци су живели у областима означеним као холандско говорно подручје. Систем образовања и језик који се користи у школама се одређује према означеном говорном подручју, уз изузетак области Брисела, где постоји могућност избора између француског и холандског језика. Тако, на пример, област Гента је холандско говорно подручје у којем се настава одржава на холандском језику и на истом језику се издају дипломе. Тужиоци, чији је језик био француски, сматрали су да им је због овога ускраћено одговарајуће образовање и да су због тога дискриминисани у поређењу са становницима који користе холандски језик у областима холандског говорног подручја. Иако имају могућност да се школују на француском језику у приватним школама или у другим областима у Белгији, пре свега у Риселу (образовна емиграција), таква одлука неминовно доводи до већих финансијских оптерећења, нарочито имајући у виду да је основно образовање обавезно. Одлука државе да одреди језик за одређено подручје се начелно заснива на претпоставци да тај језик представља језик већине, али је без утицаја на одлуку колика је мањина заступљена у тој области, односно без утицаја је и нумеричка промена заступљености мањине. Суд

је установио да Белгија није одговорна за кршење права на образовање нити дискриминацију на основу језика. Према мишљењу Суда, држава има право да рационално организује свој образовни систем, тако да није дужна увек обезбедити образовање на матерњем језику. Она га не сме спречавати нити забрањивати, али ако се јаве потешкоће, финансијске или друге природе, мера коју је држава предузела, у виду одређивања области за образовање на одређеном језику, и даље је пропорционална циљу који се жели постићи. Рационална организација система јавног образовања неће представљати повреду права на образовање, чак и ако је последица стварна неравноправност у потешкоћама припадника мањина да остваре образовање на матерњем језику. Јавни интерес државе, изражен у рационалној алокацији јавних прихода, представља допуштен основ за изузеће државе од обавезе да сваком обезбеди образовање на матерњем језику. Суд је нашао да је Белгија одговорна само по једном основу тужбеног захтева. Радило се о условима за пријем деце у школе других области, пошто се дискриминација по основу боравишта није могла образложити јавним интересом, нарочито зато што је за последицу имала неоправдану неједнакост у приступу образовним институцијама.

У једном случају из новије праксе пред Европским судом се поново поставило питање заштите мањинских група путем забране о дискриминацији. У случају *Hoffmann v. Austria*,[21] Европски суд је нашао да је национални суд, приликом доношења одлуке о старању над децом након развода родитеља, у обзир узео и вероисповест родитеља. Сама чињеница да је мајка била Јеховин сведок, за аустријски суд је била отежавајућа околност: суд је нашао да би због тога деца била ближа мањинској верској групи, што би им отежало развој и друштвени живот. Европски суд допушта држави да одлучује о низу фактора који одређују шта је у најбољем интересу детета, укључујући и начин живота родитеља. Међутим, ни тада не може поступати на основу недоказаних претпоставки. Европски суд је закључио да је припадништво верској мањини било дискриминишући фактор приликом одлучивања о родитељским правима.

Пракса Европског суда за људска права показује да је дискриминација у погледу уживања неког од права недопуштена. Недискриминациона клаузула је са једне стране шира од уобичајеног концепта мањинске заштите, али са друге не обезбеђује остале могуће облике заштите, попут позитивне дискриминације. Предности овог система су више у постојању ефикасног судског механизма, него у материјалноправним решењима.

Закључак

Оквирна конвенција за заштиту националних мањина је правни инструмент којим се на системски начин покушало прићи овом значајном и врло осетљивом питању. Њене предности су у томе што су идентификована и заштићена индивидуална права значајна за припаднике мањина, попут права на образовање, удружи-

[21] Пресуда Европског суда за људска права од 23. јуна 1993. године.

вање и једнакост. Са друге стране, недостаци су што су државама остављена широка дискрециона овлашћења у погледу начина њене имплементације и тумачења. Такође, опредељење да се контрола мањинске заштите не повери Европском суду за заштиту људских права је недостатак делимично надокнађен праксом самог суда у оној мери у којој правни оквири то овом Суду дозвољавају. Ипак, не треба заборавити да је реч о првом међународном уговору који је искључиво посвећен овом питању и који је донет након великог броја политичких али правно необавезујућих докумената. То је и највећи успех ове Конвенције.

Sanja Djajić, LL. M.
Assistant at the School of Law in Novi Sad

NATIONAL MINORITIES PROTECTION WITHIN THE COUNCIL OF EUROPE: THE FRAMEWORK CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES

Abstract

This article focuses on the national minority protection within the system of the Council of Europe. Before the Framework Convention for the Protection of National Minorites, as the first international convention in this field, was adopted in 1995, there had been many drafts, resolutions and legal concepts as attempts to provide and ensure minority protection. The first option was to adopt a new protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the second was to draft a new and independent international agreement. In the end it was the latter option which was followed. As of December 2002 there have been 35 member states to this Convention including Yugoslavia.

The Convention adopted indivudual rights approach, so that rights and freedoms are vested in individuals and not in the minority as a group. However, persons belonging to national minorities may exercise the rights and enjoy the freedoms individually as well as in community with others. Most of the provisions are program-oriented, which leaves a wide margin of appreciation to states when applying this Convention. The Convention itself provides that member states need to implement this instrument through a set of legislative measures and appropriate governmental policies. The Convention also specifically deals with the rights and freedoms important for the members of a national

minority to express, preserve and develop their identity, such as the right to adequate education, right to form associations, religious freedoms, etc.

One of the main disadvantages of this Conventions is that it failed to provide a definition of national minorities. This is why a number of states deposited declarations in which they either defined minorites themselves or enumerated those they intend to protect. Therefore, the scope of this Convention highly depends on unilateral interpretations. However, despite few shortcomings of this Convention, it still represents an important contribution to the protection of national minorities and international human rights law.

УДК
Изворни научни рад
Предато:15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.327-338

Драгиша Дракић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

КРИВИЧНО-ПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ЖИВОТ И ЛИЧНУ СЛОБОДУ

***Сажетак**: У раду се разматра кривично-правна заштита права на живот и личну слободу, као најзначајнији и најснажнији сегмент правне заштите. Аутор анализира законске инкриминације којима се штите односна права и дели их на одређене групе, с обзиром на карактер основног заштитног објекта.*

Када је у питању кривично-правна заштита права на живот, аутор указује на три основна питања која се постављају у вези са истом: ко је субјект права на живот, од којег момента та заштита настаје и до када она траје. Такође, анализира позицију трећих лица у вези са могућношћу титулара права на живот да слободно располаже тим својим правом. Из претходног доноси закључак о оквирима кривично-правне заштите права на живот у југословенском кривичном праву и указује на потребу проналажења праве мере ове заштите.

Кривично-правну заштиту права на личну слободу, аутор, углавном, посматра са позиције кривичног процесног права. У том смислу, испитује прецизност и карактер услова за лишење слободе и одређивање притвора. На крају, доноси закључак о утицају ових услова на квалитет и обим остваривања права на личну слободу у пракси.

Кључне речи: кривично-правна заштита, право на живот, право на личну слободу, оквири кривично-правне заштите.

Право на живот је основно право сваког човека. То је, истовремено, и најзначајније људско право. Без права на живот не могу постојати ни друга права, јер је оно претпоставка за њихово остваривање. Али, не само да право на живот предста-

вља услов и витални основ свих других права, већ и остала права утичу на остваривање животног права. Тако, уколико дође до повреде других права, на начин, и у степену, који доводе до скраћивања живота, тада су повреде тих других права проузроковале повреду права на живот. Ово, стога, што лишење живота није једини облик повреде права на живот, већ су то и друге радње које не окончавају тренутно човеково физичко-биолошко постојање, али утичу на његово трајање, које би без њих било дуже.[1]Другим речима, повреда права на живот у себи садржи, како лишавање, тако и скраћивање овог права. "Јер, право на живот мора истовремено значити и право на живот достојан човека."[2]

Од тих других права која утичу на остваривање права на живот, свакако, највећи значај има право на личну слободу. Поред права на живот, право на личну слободу заузима највише место на хијерархијској лествици права и слобода човека. Њиме се обезбеђује човекова сигурност у односу на полицијску и судску власт.[3] Другим речима, ово право се огледа у забрани властима(пре свега) да самовољно одузимају слободу.

Међутим, право на живот и личну слободу нису неприкосновени. Они се, као и остала права, могу ограничити, ради заштите и остваривања неких других вредности. Дакле, с једне стране, имамо право на живот и личну слободу, као врховне људске вредности, а, с друге, потребу да се те исте вредности ограниче, под одређеним условима и у циљу остваривања одређених интереса. Приликом овог ограничавања мора се бити веома опрезан, због значаја права која се штите, и могућности најразноврснијих злоупотреба, које могу имати несагледиве последице.

Због тога је неопходно да се ова права ефикасно правно заштите. Ми ћемо се у даљем тексту ограничити на њихову кривично-правну заштиту, као најзначајнији и најснажнији сегмент правне заштите.

Кривично-правна заштита права на живот

Кривично право је од најстаријих периода правне историје штитило живот човека.[4] Али, ова заштита у различитим временским периодима није била иста.[5]

Савремене тенденције у развоју кривично-правне заштите карактеришу се учвршћивањем и проширивањем заштите права на живот, како на унутрашњем, тако и на међународном нивоу.[6]

---

[1] В. Водинелић, *Модерни оквири права на живот*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1995, стр. 5.

[2] М. Ђорђевић, *Живот као објекат кривично-правне заштите*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1995, стр. 55.

[3] Тако и В. Ђурђић, *Притвор и привођење*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, стр. 438.

[4] Тако, Ф. Лист, Цитат по М. Ђорђевић, исто, стр. 44.

[5] Тако, М. Ђорђевић, исто.

[6] На међународном плану су донете бројне конвенције и други правни акти који се односе на заштиту права на живот, као на пример:Општа декларација о правима човека из 1948. године, Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године итд.

На унутрашњем плану, Устав СРЈ гарантује неповредивост човековог живота, а кривично-правна заштита права на живот регулисана је Кривичним законом СРЈ, Кривичним законом РС и Кривичним законом РЦГ.

Све инкриминације којима се штити право на живот у нашем праву, могу се поделити на две веће групе. У прву групу спадају само оне инкриминације којима се штити искључиво право на живот. Код тих кривичних дела живот је искључиви заштитни објект. То су: убиство, убиство на мах, убиство из нехата, убиство детета при порођају, навођење на самоубиство и помагање у самоубиству, недозвољени прекид трудноће и нека друга кривична дела. У другу групу спадају оне инкриминације којима се штите, у првом реду, неке друге друштвене вредности, а само посредно, право на живот.[7] У већини оваквих инкриминација смрт једног или више лица представља тежу последицу којом је квалификовано неко кривично дело, а која је обухваћена нехатом учиниоца. Код мањег броја кривичних дела, лишавање живота се врши умишљајно. Али, оно није само себи циљ, већ је средство за остваривање неког другог циља. То је начин за повређивање или угрожавање неких других вредности које се штите кривичним правом.[8]

Постоји и такво кривично дело из ове групе, код којег лишавање живота представља објективни услов инкриминације, који није обухваћен виношћу учиниоца (учествовање у тучи).

У ову групу (другу) спадају поједина кривична дела из групе кривичних дела против уставног уређења и безбедности СРЈ, кривична дела против човечности и међународног права, кривична дела против војске Југославије, тешка дела против здравља људи и човекове средине, тешка дела против опште сигурности људи и имовине, тешка дела против јавног саобраћаја и нека друга кривична дела која као тежу последицу могу да имају лишење живота једног или више лица.

Независно од тога о којем је кривичном делу реч, постоје три основна правна питања која се постављају у вези са кривично-правном заштитом живота: чији се живот штити, тј. ко може бити објекат код ових кривичних дела, од ког момента та заштита настаје и докле она траје.[9]

Најпре се поставља питање, ко је субјект права на живот, односно, ко има право на кривично-правну заштиту живота?

У теорији кривичног права заузет је став да титулар кривично-правне заштите права на живот, може бити само човек, мада се у последње време могу чути захтеви да се живот мора заштитити и када није људски, већ припада другим живим бићима.[10]

Кривично-правна заштита живота се односи на свако живо људско биће, без обзира на његово старосно доба и здравствено стање. Тако, ову заштиту ужива и

---

[7] Дакле, основни критеријум, за систематизовање инкриминација у поједине групе, је карактер основног заштитног објекта.

[8] Тако, Љ. Лазаревић, *Кривично право-посебни део*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 78.

[9] Тако, М. Ђорђевић, исто, стр. 47.

[10] О томе вид. детаљније у В. Водинелић, *Модерни оквир права на живот* 1. том, бр. 9, Београд, 1995, стр. 8, 9, 10.

особа која болује од неизлечиве болести, као и новорођенче које не може нормално да обавља све животне функције. "Објект заштите је и лице које је већ осуђено на смрт, све до момента док надлежни орган не буде овлашћен да изврши ову казну."[11]

Такође, у савременом кривичном праву сви људи имају једнако право на живот, без обзира на пол, расу, националност, етничку припадност, веру, друштвени положај, узраст или друге индивидуалне карактеристике.

Ако у погледу овог питања постоји сагласност у науци кривичног права, питање почетка кривично-правне заштите живота је веома спорно. Да би решила ово питање, наука кривичног права је принуђена да се обрати медицини. Не да би медицинска наука одредила почетак заштите људског живота, већ да би одредила почетак самог људског живота, јер је то медицинско питање. Ово, зато што се људски живот не може заштитити, по природи саме ствари, пре него што је почео.

На жалост, сама медицина је нејединствена у ставу када почиње људски живот.[12] Због тога се кривично право, ако жели заштитити људски живот од његовог настанка, а оно то жели, мора определити за једно од схватања које је прихваћено у медицинској науци по том питању.

У нашој науци кривичног права углавном се истиче да се живот човека треба заштитити од тренутка зачећа.

Тако, истиче се да се, у периоду, од зачећа до рођења, живот кривично-правно штити, инкриминацијом недозвољеног прекида трудноће, а од рођења, инкриминацијама разних облика убистава.

Што се тиче инкриминације недозвољеног побачаја, наша земља се, између апсолутне слободе побачаја и његове апсолутне забране, определила за једно средње становиште. По њему, до навршених десет недеља од дана зачећа, прекид трудноће се врши на захтев бремените жене и у том случају закон не предвиђа никаква ограничења. После истека десет недеља од дана зачећа, прекид трудноће се може дозволити само ако за то постоје медицински, еугенични или криминално-политички разлози.

С тим у вези, ако мајка, до истека десет недеља од зачећа, има право да слободно одлучи о прекиду трудноће, може ли се говорити, у таквој ситуацији о кривично-правној заштити живота од тренутка зачећа? По нашем мишљењу, кривично право Југославије штити живот нерођеног детета тек после протека десет недеља од дана зачећа.[13] Пре тог времена, не може се говорити о кривично-правној заштити живота, а следствено томе, ни о праву на живот!

Рекли смо да се инкриминацијама разних облика убистава штити живот човека од рођења. Међутим, споран је сам моменат рођења. О томе не постоји јединствено схватање. Тако, постоје схватања, да је дете рођено са почетком за-

[11] Љ. Лазаревић, *Кривично право-посебни део*, исто.

[12] О различитим схватањима по овом питању вид. В. Водинелић, исто, стр. 13.

[13] Одвојено је питање степена те кривично-правне заштите. Другим речима, дискутабилно је да ли се плод кривично-правно штити у истом степену као и мајка(односно свако живо рођено људско биће).

почињања рађања, у моменту његовог одвајања од мајке, или појављивањем првог дела тела детета изван мајчиног тела.[14]

У последње време, у нашој теорији кривичног права, углавном је прихваћено прво схватање[15], које прихвата и наш законодавац.[16]

Тренутак престанка живота, тј. наступања смрти је, такође, кривично-правно релевантна чињеница, јер се живот човека штити одредбама кривичног права до његовог престанка. Овај тренутак се може утврђивати на различите начине, што је и природно, ако се узме у обзир да су "живот и смрт комплементарне фазе постојања људске личности између којих није могуће повући оштру границу."[17]С тим у вези, треба истаћи да је смрт процес, а не један тренутак у времену, јер сви делови људског организма не престају да живе истовремено. Ако се то зна, логично би било да се за престанак живота узме престанак животног процеса у последњој ћелији у организму. Али, овакав "класичан појам смрти"се, у последњим деценијама, напушта и замењује тзв. модерним појмом смрти, који се огледа у престанку рада мозга. Дакле, настоји се час смрти померити унапред у оквиру процеса умирања.[18]

Основни разлог за промену поимања појма смрти је практични. Наиме, жели се омогућити пресађивање срца и других, употребљивих делова тела после тзв. мождане смрти, које (пресађивање) би било немогуће да је "на снази" тзв. класични појам смрти.

Везивање смрти за престанак рада мозга носи са собом многе опасности, због чега је право дужно да "уреди сукоб између, са једне стране, интереса да се обезбеди довољна база трансплатаната, а са друге, интереса умирућег и њему ближњих да узимањем у туђем интересу његових још неумрлих делова не буду угрожени његови витални интереси ради туђих, да буде заштићен од превремене смрти."[19]

Хумана идеја схватања појма смрти као мождане је, на жалост, током времена, изгубила на својој хуманости. По ко зна који пут се показало да је свако медицинско откриће људска природа учинила нехуманим и манипулативним. То је случај и са трансплантантационом методом, која се претворила у веома уносну трговину деловима људског тела. Ово потврђују и захтеви да се граница смрти помери унапред, како би се делови тела могли узети и пре мождане смрти![20]

Овакви захтеви условљавају што прецизније правно регулисање сукоба, између, напред поменутих, супротстављених интереса.

---

[14] Тако, М. Ђорђевић, *Живот као објект кривично-правне заштите*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1995, стр. 50, Љ. Лазаревић, исто, стр. 80.

[15] Тако, М. Ђорђевић, исто.

[16] До оваквог закључка се може доћи на основу инкриминације убиства детета при порођају, јер ово кривично дело може извршити мајка према свом детету "за време порођаја или непосредно после порођаја".

[17] Љ. Лазаревић, исто, стр. 80.

[18] "У часу мождане смрти има више биолошког живота у организму, него у часу класичне смрти: мождано мртав човек биолошки је мање мртав него класично мртав човек", В. Водинелић, *Модерни оквири права на живот,* Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1995, стр. 33.

[19] В. Водинелић, исто, стр. 34.

[20] Вид. о томе, В. Водинелић, исто.

Када је у питању кривично-правна заштита права на живот, сматрамо да се као тренутак смрти треба узети потпун, трајан и неповратан престанак виталних функција организма, услед чега је поновно успостављање основних животних функција немогуће. Не упуштајући се у одређивање појма смрти у оквиру и за потребе других грана права, тзв. класични појам смрти је најприхватљивији за кривично право. Приговор, да је проблем смрти медицински проблем, и да је у компетенцији медицинске науке, због чега је право(па и кривично право) дужно да аутоматски прихвати схватање појма смрти које је прихваћено у медицинској науци, је основан. Али, сама медицинска наука не познаје јединствени појам смрти![21]Тако, она познаје клиничку, мождану и биолошку смрт. Због тога се кривично право мора определити за једно од ових схватања. Биолошко(класично) схватање смрти највише одговара потребама кривичног права, јер води рачуна и о интересима окривљеног и о интересима оштећеног у кривичном поступку. Када би се прихватило неко друго схватање, ови интереси би били доведени у питање. Наиме, оштећени би могао да се пре времена огласи мртвим ради евентуалне примене трансплантационе методе, иако смрт не би наступила да ова метода није примењена. То би имало за последицу осуду учиниоца за тежу врсту или облик кривичног дела него што је заиста починио. Због тога би у интересу окривљеног и оштећеног, као и у интересу правне сигурности и већег остваривања начела законитости, било добро да се Кривичним законом дефинише појам смрти, односно временски тренутак до којег траје кривично-правна заштита права на живот, на начин како смо то напред предложили.

Истакли смо да се право на живот штити различитим инкриминацијама. Али, ово заштита се односи на туђи живот. То значи да угрожавање или лишавање сопственог живота није кривично дело. Из тога се може закључити да из права на живот његовог титулара произилази право на смрт.[22] Другим речима, титулар права на живот може слободно располагати тим својим правом.

Ако је позиција титулара права на живот јасна, то се не би могло рећи за позицију трећих лица. Наиме, поставља се питање да ли трећа лица, с обзиром да титулар може слободно располагати својим правом на живот, могу лишити живота друго лице на његов захтев и да ли га могу подстрекнути или му помоћи у самоубиству, а да ове радње остану некажњене.

Прво питање своди се на познати проблем еутаназије[23] (убиства из милосрђа). О овом питању у теорији постоје различита мишљења, а различите земље су овај проблем решиле на другачије начине. Решења се крећу од легализације еутаназије (у Холандији од 1993. године) која, ако су испуњени строги законски услови, представља основ искључења противправности лишавања туђег живота, преко убиства из милосрђа као лакшег облика овог кривичног дела, до његове квалификације као обичног убиства. Наша земља се сврстала у ред оних земаља које, лишавање жи-

[21] Као што и не познаје јединствени појам почетка људског живота и рођења.

[22] О томе вид. Б. Чејовић, *Право на живот и право на смрт*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1996.

[23] О еутаназији вид. детаљније нпр. З. Петровић, *Еутаназија и право на живот*, Правни живот 1. том, бр. 9, Београд, 1995.

вота тешког и неизлечивог болесника на његов захтев, квалификују као обично убиство, с тим што се наведене околности могу узети као олакшавајуће приликом одмеравања казне.

Што се тиче другог питања, подстрекавање и помагање у самоубиству не би требало да буде кажњиво, јер се саучесници не могу казнити за нешто што по закону није кривично дело (акцесорна природа саучесништва).

Међутим, наш законодавац радње подстрекавања или помагања у самоубиству инкриминише као посебно кривично дело (у члану 51 КЗ РС). Тиме је заканодавац изразио свој став да су односне радње у толиком степену друштвено опасне да заслужују да буду инкриминисане као посебно кривично дело и, самим тим, кажњиве.

Из претходно реченог се може доћи до закључка о оквирима кривично-правне заштите права на живот у југословенском кривичном праву. Јер, право на живот, како смо напред истакли, иако врховно право, није неприкосновено. Оно подлеже ограничењима ради остваривања и заштите неких других права и интереса, када је то неопходно. У овом одмеравању потребно је бити веома опрезан, да би се пронашла права мера кривично-правне заштите права на живот. Мишљења смо да наше кривично право у томе није успело. Наиме, постоји, с једне стране, тенденција јачања кривично-правне заштите права на живот[24], а с друге, скраћивање временског периода у којем се штити ово право.[25] На питање, какав модел ове заштите треба применити у нашој земљи, немогуће је дати одговор. Основни разлог је тај, што се друштвено-економске и политичке прилике код нас често мењају, степен демократичности нашег друштва варира, што се може рећи и за стање тешког и организованог криминала. Међутим, то није оправдање за постојање два курса кривично-правне заштите права на живот.

Да би се добила комплетна слика о односном питању, неопходно је испитати степен кривично-правне заштите и других права која одређују садржај и квалитет живота човека, а нарочито права на личну слободу, као једног од најважнијих људских права.

Кривично-правна заштита права на личну слободу

Под личном слободом се подразумева право сваке особе на сигурност и заштиту од самовољног и незаконитог лишења слободе[26], као и право слободног кретања и настањивања. Из овога се може закључити да је “слобода кретања манифестација личне слободе. Она подразумева право свакога да се на територији

[24] Укинута је смртна казна, еутаназија представља "обично"убиство, помагање у самоубиству је самостално кривично дело итд.

[25] Право на живот се не штити од тренутка зачећа, нити до наступања биолошке(природне) смрти. Вид. о томе у претходном излагању.

[26] Дакле, забрањено је, не само, незаконито лишење слободе, већ и свако друго лишење слободе које у себи садржи елементе непредвидљивости, непримерености или неправде.

државе у којој се законито налази слободно креће, да слободно изабере место боравка, да напусти земљу и да се у њу врати."[27]

Без обзира на значај права на личну слободу, оно подлеже, као и остала права, одређеним ограничењима. Зато су донети одговарајући међународни стандарди, којима се грађани штите од незаконитог хапшења, задржавања и ограничавања слободе кретања[28], а који су (већином) унети у националне уставе појединих земаља. Неки од ових стандарда се односе на све који су лишени слободе, било да су оптужени за кривично дело или не, док се други односе само на одређене групе људи, као што су страни држављани или деца.[29]

Устав СРЈ прихвата поменуте међународне стандарде и гарантује да свако има право на личну слободу (чл. 23, ст. 1), а садржи и неке друге гаранције (чл. 23, ст. 3, 4и5). На овај начин се поставља темељ за ефикасно остваривање права на личну слободу, уз ограничења која су, заиста, нужна и неопходна.

Што се тиче кривично (материјално)-правне заштите права на личну слободу, у нашем КЗ постоје две инкриминације којима се штити ово право. Првом инкриминацијом(противправно лишење слободе) штити се искључиво право на личну слободу, јер се ово кривично дело састоји у противправном затварању, држању затвореним или одузимању слободе кретања неког лица на неки други начин (чл. 63, ст. 1 КЗ РС). Другом инкриминацијом (отмица) се штити, поред личне слободе и слобода одлучивања. Наиме, свака отмица се састоји у противправном лишењу слободе. Али, то није њен циљ, већ начин за остваривање њеног правог циља, који се састоји у настојању да се изнуди имовинска корист или неко друго чињење или нечињење.[30]

Међутим, много је битнија кривично (процесно) - правна заштита права на личну слободу, јер се свакодневно дешавају лишења слободе, која би требала да имају за циљ прикупљање података у циљу покретања кривичног поступка или његовог несметаног вођења. На жалост, у не малом броју случајева се показало да лишавање слободе није имало овакве циљеве, те да је долазило до злоупотребе или прекорачења овлашћења службених лица.[31] Због тога, кривично-процесно право има задатак да пружи гаранције да се право на личну слободу у предкривичном и кривичном поступку неће ограничавати у већем степену, него што је то нужно и неопходно.

С тим у вези, напред смо истакли, да Устав СРЈ својим гаранцијама поставља темељ за ефикасно остваривање права на личну слободу, али то не значи да је тиме обезбеђена пуна и ефикасна заштита овог права. Јер, Устав предвиђа да нико не сме бити лишен слободе осим у случајевима и у поступку који су утврђени законом (чл.

[27] М. Грубач, *Процесно-правне гаранције личне слободе грађана*, Грађанин у правном систему СРЈ, Хелсиншки одбор за људска права, Београд, 1999, стр. 274.

[28] О томе вид. детаљније, Правично суђење, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2001, стр. 33-34.

[29] Тако, Правично суђење, исто, стр. 33.

[30] Вид. чл. 64 КЗ РС.

[31] На тај начин они су починили кривично дело противправног лишења слободе или(и) неко друго кривично дело.

23, ст. 1). То значи да савезни закон (Законик о кривичном поступку) прописује услове за лишење слободе и да од ових услова умногоме зависи степен заштите права на личну слободу.

Што се тиче услова за одређивање притвора, Устав СРЈ предвиђа да се он може одредити само на основу одлуке суда, ако постоји основана сумња да је извршено кривично дело и ако је то неопходно за вођење кривичног поступка (чл. 24, ст. 1).

У даљем тексту ћемо испитати прецизност и карактер, услова за лишење слободе и за одређивање притвора, као и, с тим у вези, правних механизама за заштиту права и слобода, који су прописани Закоником о кривичном поступку (у складу са Уставом СРЈ), да бисмо утврдили да ли ови услови и механизми омогућују довољну заштиту односног права, или, напротив, доводе до арбитрерности, самовоље и правне несигурности.

Када је у питању лишење слободе неког лица (тзв. фактичко лишење слободе), овакво лишење може да изврши полиција, ако сматра да постоји основана сумња да је то лице извршило кривично дело и неки од разлога за одређивање притвора из члана 142 ЗКП (чл. 227, ст. 1). Лице лишено слободе полиција мора без одлагања спровести истражном судији, а најдуже за 8 часова. Ако постоје неотклоњиве сметње да се спровођење изврши у овом року, овакво закашњење се мора посебно образложити (чл. 227, ст. 3 ЗКП).

Лице које је лишио слободе, орган унутрашњих послова може, изузетно, задржати, ради прикупљања обавештења, најдуже 48 сати од часа лишења слободе (чл. 229, ст. 1). То може учинити и када је у питању лице кога позива у својству осумњиченог (чл. 226, ст. 8). О задржавању, орган унутрашњих послова одмах, а најкасније у року од два сата, доноси решење (чл. 229, ст. 2). Против решења о задржавању осумњичени и бранилац имају право жалбе, о којој, најкасније у року од 4 сата од пријема жалбе, одлучује истражни судија (чл. 229, ст. 3).

Из напред реченог се може закључити да услови за тзв. фактичко лишење слободе, нису најпрецизнији. Тако, неодређен је појам "основана сумња", а поставља се и питање, шта се подразумева под изразима, "без одлагања" и "неотклоњиве сметње". Пошто Законик није ближе одредио ове појмове, то је задатак теорије кривичног права и судске праксе да одреде њихову садржину.

Што се тиче појма "основана сумња", о њему, у теорији и пракси, постоје различита схватања.[32]

С тим у вези, треба рећи да "је сумња једна психолошка категорија коју по свом слободном уверењу процењује орган који води поступак на основу околности конкретног случаја и на основу редовног тока ствари."[33] Приликом ове процене постоји могућност грешака, које могу бити погубне. Због тога, за лишење слободе није довољна било каква сумња, већ "основана сумња". По нашем мишљењу, под тим се подразумева повећани, претежни степен могућности да је одређена особа

[32] О томе вид. у Ђ. Лазин, *Забрана самовољног лишења слободе*, Правни живот бр. 9, Београд, 1996, стр. 401-405.

[33] Ђ. Лазин, исто, стр. 402.

починила кривично дело. Другим речима, неопходно је да постоји вероватноћа извршења кривичног дела од стране одређеног лица. Дакле, да би орган унутрашњих послова могао лишити слободе одређено лице, неопходно је да располаже одређеном количином и каквоћом доказа, на основу којих се, објективно, може закључити да је то лице вероватно извршило кривично дело. Значи, иако је "основана сумња"психолошка, субјективна категорија, до ње се долази на објективан начин.

Међутим, и приликом овог закључивања постоји могућност грешака, јер вероватноћа не значи и извесност извршења кривичног дела. О извесности се може говорити тек после правноснажности осуђујуће пресуде.[34] Али, овакво схватање "основане сумње"је најприхватљивије, зато што своди на најмању могућу меру случајеве да невино лице буде лишено слободе. Јер, много је мања штета да учинилац, пре, или за време вођења кривичног поступка, остане на слободи, него да невино лице буде лишено, једног од највреднијих људских права-личне слободе.

Када су у питању изрази "без одлагања" и "неотклоњиве сметње", о њиховом тумачењу, углавном, не постоји неслагање у теорији и пракси кривичног права. Наиме, под изразом "без одлагања" подразумева се оно време које је неопходно потребно да се лице лишено слободе спроведе истражном судији, а под "неотклоњивим сметњама" се подразумевају оне сметње које су објективно утицале на то да се спровођење не може извршити у законом прописаном року. Дакле, ради се о фактичким питањима, која се процењују на основу свих околности конкретног случаја.

Ако се изузме непрецизност напред поменутих појмова[35], сматрамо да се законским одредбама, које се односе на тзв. фактичко лишење слободе, обезбеђује право на "habeas corpus", односно право на судску контролу лишења слободе. Наиме, лице које су лишили слободе, органи унутрашњих послова су дужни да у врло кратком року (најдуже 8 сати) спроведу истражном судији (осим ако постоје неотклоњиве сметње), који ће одлучити о даљој судбини лица. Тиме је обезбеђена судска контрола (у врло кратком року) лишења слободе, које (лишење) су извршили органи унутрашњих послова. Поред тога, ови органи су дужни, да у тренутку лишења слободе, обавесте осумњиченог о разлозима лишења слободе (на свом језику или језику који разуме), да га упознају да није дужан ништа да изјави, да има право, да узме браниоца кога сам изабере, и да захтева да се о лишењу слободе обавесте његови најближи (чл. 5 ЗКП).

Сва ова права и гаранције своде, евентуалне незаконитости и самовољно поступање, приликом лишења слободе, на најмању могућу меру.

Када је у питању "задржавање"лица лишеног слободе од стране органа унутрашњих послова, по нашем мишљењу, то није ништа друго до полицијски

[34] А понекад ни тада, јер постоји могућност да се ова пресуда укине и замени неком другом врстом пресуде, поводом уложеног ванредног правног лека.

[35] Која неће проузроковати никакву штету, ако теорија и пракса заузму јединствен став о садржини тих појмова.

притвор. Тако, иако нови ЗКП[36] формално не предвиђа полицијски притвор(чиме је извршено усаглашавање са Уставом СРЈ), он (притвор), фактички и даље постоји у нашем кривичном процесном праву

Поред терминолошке разлике у називу ове мере процесне принуде, дошло је и до неколико значајних промена у односу на стари ЗКП.[37] Тако, раније је "полицијски притвор" могао да траје најдуже три дана, док "задржавање"може најдуже да траје два дана. Даље, стари ЗКП није одређивао рок у коме је полиција била дужна да донесе решење о притвору, а сада то мора учинити најкасније у року од два сата од часа задржавања. Затим, против тог решења раније је жалбу могао изјавити само окривљени, а сада то може учинити и његов бранилац. Коначно, раније је о жалби против решења о притвору одлучивало ванрасправно веће, најкасније у року од 48 сати, а сада о жалби против решења о задржавању одлучује истражни судија, у року од 4 сата од пријема жалбе.

С обзиром на напред речено, сматрамо, да се овлашћењима, која има задржано лице, остварује (уз одређена ограничења) право "habeas corpus". Ово, због тога, што задржано лице има право да захтева од суда[38] да преиспита одлуку о његовом лишењу слободе. С друге стране, суд је дужан да у врло кратком року одлучи по жалби (4 сата од пријема жалбе). Међутим, суд не саслушава непосредно лице лишено слободе, већ о његовој даљој судбини одлучује посредно(на основу списа). На овај начин је, донекле, ограничено право "habeas corpus". Наиме, одлука суда би била објективнија када би суд непосредно саслушао ухапшеног.[39]

Притвор, као друга мера којом се лишава слободе неко лице, се одређује одлуком надлежног суда, ако постоји основана сумња[40] да је неко лице починило кривично дело, и неки од разлога за одређивање притвора.[41]

Не улазећи, на овом месту, у питање легитимности појединих притворских основа и њихове усклађености са Уставом СРЈ (чл. 24 ст. 1), као и испитивање да ли је дужина притвора сведена на најкраће могуће време, јер би то превазилазило оквире овог рада, сматрамо да притворено лице има право на "habeas corpus". Тако, решење о притвору одређене особе доноси надлежни суд (на основу непосредног

[36] Ступио на снагу у Марту 2002. године. Вид. М. Грубач, *Законик о кривичном поступку-с кратким објашњењима*, Службени гласник, Београд, 2002.

[37] Ранији ЗКП је ступио на снагу у Јулу 1977 године. Вид. нпр. Б. Благојевић, *Кривични поступак*, прво издање, Београд, 1997.

[38] ЗКП није одредио рок у којем задржано лице има право да уложи жалбу против решења, што може да доведе до правне несигурности. Основни разлог за овакав "пропуст"законодавца је тај, што би одређивање рока за улагање жалбе против решења о задржавању, довело до могућности да лице лишено слободе, веома често, пропусти овај рок. Наиме, тај рок би морао бити веома кратак(1 или 2 сата), с обзиром да је рок за доношење решења о задржавању 2 сата од тренутка задржавања. У тако кратком времену, лице лишено слободе би тешко искористило своје законско право на жалбу, а не треба искључити ни могућност евентуалних злоупотреба од стране појединих лица органа унутрашњих послова.

[39] Тако и Ђ. Лазин, *Право на судску контролу лишења слободе*, Правни живот, бр. 9, Београд, 1995,
стр. 431.

[40] Оно што смо рекли о "основаној сумњи "код "задржавања", важи и овде.

[41] Вид. члан 143 став1 и члан 142 став1и2 ЗКП.

саслушања). То решење се предаје лицу на које се односи, најкасније у року од 24 сата од часа лишења слободе, односно привођења истражном судији (чл. 143 ст. 3 ЗКП). Против решења о притвору, притворено лице може изјавити жалбу у року од 24 сата од часа предаје решења (чл. 143 ст. 4 ЗКП). О жалби одлучује веће (чл. 24 ст. 6 ЗКП) у року од 48 сати (чл. 143 ст. 6 ЗКП).

Из претходног се може закључити, да је у свим случајевима лишења слободе формално обезбеђено право на "habeas corpus", било да суд контролише законитост одлуке о лишењу слободе коју су донели органи унутрашњих послова, било да доноси одлуку о томе на основу непосредног саслушања лица које се спроводи, односно позива. Међутим, непрецизност и карактер појединих законских услова за лишавање слободе и заштиту права на личну слободу, свакако, негативно утичу на квалитет и обим остваривања овог права у пракси.

Dragiša Drakić, Assistant
Law Faculty of Novi Sad

CRIMINAL LAW PROTECTION OF THE RIGHT TO LIFE AND PERSONAL LIBERTY

Abstract

The work discusses the criminal law protection of the right to life and personal liberty, as the most significant segment of legal protection. The author analyzes criminal offenses which protect related rights and groups them in accordance with the character of the object of protection.

The author points out three basic questions which relate to the criminal law protection of the right to life: who is entitled to the right to life, when this protection begins and when it ends. Also, the author analyzes the position of third parties in relation to the holder of the right to life and his possibility to exercise it freely. The author comes up with the conclusions regarding the framework of criminal law protection of the right to life within the Yugoslav criminal law system stressing the need for finding an appropriate mode for its protection.

The author analyzes criminal law protection of the right to personal liberty from the aspect of criminal procedure. He examines the character of legal conditions for detention and deprivation of liberty. Finally, the author puts these conditions in relation to the quality and scope of the realization of the right to personal liberty in practice.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.339-352

Татјана Лукић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ПРОБЛЕМАТИКА ПРАВИЧНОГ СУЂЕЊА - МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

Сажетак: *У раду је дат детаљан приказ права на правично суђење као комплексног права и свих његових елемената: права пре суђења као и права у току суђења. Аутор је настојао да укаже на значај и неопходност поштовања овог права као и на тенденцију проширења броја међународних стандарда, а све у циљу остварења и задовољења правде.*

Кључне речи: правда, правично суђење, стандарди правичног суђења.

Правда се заснива на поштовању права сваког појединца. Али, ма како она била схваћена и дефинисана од стране бројних филозофа и научника, правда је била, јесте и биће идеал коме се тежи. Начини остваривања правде су бројни и разноврсни. Тако је један вид остварења правде, тј. пут до њеног остварења - правично суђење.

Када власт некога оптужи да је учинио кривично дело или да је био умешан у остварење кривичног дела, онда ће бити лишен слободе и подвргнут другим санкцијама. Право на правично суђење је основна гарантија која ће омогућити да особе не буду неправедно кажњене.

Правично суђење, као вид остварења и задовољења правде, је гарант личног достојанства и сигурност човека.

Право на правично суђење је основно људско право и један од опште важећих принципа предвиђених Универзалном декларацијом о људским правима, коју су још пре 50 година усвојиле владе света и још увек је камен темељац међународног система људских права.

Од 1948. године, право на правично суђење поново је потврђено и разрађивано у правнообавезујућим уговорима, као што су Међународни пакт о

грађанским и политичким правима, који је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација 1966. године. Оно је предвиђено и бројним другим међународним и регионалним уговорима и вануговорним стандардима, које су усвојиле УН и регионална међувладина тела.

На унутрашњем плану, право на правично суђење предвиђа се у савезним уставима, амандманима на устав, или другим актима који по правној снази одговарају уставу.

Стандарди правичног суђења

"Међународни правни стандарди су скуп правних правила, прихваћених на нормативан, програмски или емпиријски начин, било од међународних организација, било од тела владиног или невладиног карактера, било од држава са респектабилним нивоом правне традиције и културе, било од великог броја других држава или од јуриспуденције и правне доктрине".[1]

Стандарди људских права сачињени су тако да се могу применити на све правне системе у свету и стога уважавају велику различитост правних поступака - они установљавају минималне гарантије које треба да пруже сви системи.

Међународни стандарди људских права који се односе на правично суђење представљају колективни споразум заједнице нација о критеријумима за процену како владе поступају са људима оптуженим за кривична дела.

Стандарди о људским правима унапређивани су током друге половине двадесетог века као заједничко достигнуће свих држава и народа. Међународни стандарди према којима се процењује правичност суђења су бројни, садржани у различитим инструментима и стално се развијају. Постоје различите врсте стандарда о људским правима. Најзначајнија подела је на уговорне и вануговорне стандарде.

Уговори:

Стандарди у форми пакета, конвенције, повеље и протокола су уговори који су правно обавезујући за државе уговорнице. Неким уговорима може приступити било која земља у свету као што су на пример: Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Конвенцијама против тортуре и других сурових, нечовечних и понижавајућих поступака или кажњавања. Другим уговорима могу приступити само оне државе које припадају одређеној регионалној организацији, као што су на пример: Афричка повеља о људским правима и правима народа, Америчка конвенција о људским правима и (Европска) Конвенција о заштити људских права и основних слобода.

[1] Др Слободан Бељански, *Међународни правни стандарди о кривичном поступку*, Центар за људска права, Београд, 2001, стр. 12.

Државе могу да се обавежу уговором на један од два начина: први обухвата потписивање и ратификацију, а други приступање.

Уговорни стандарди:

Многи стандарди о људским правима, који су релевантни за правичност суђења, нису обухваћени уговорима, а називају се декларације, принципи, правила. Ту спадају: Универзална декларација о људским правима, Принципи за заштиту свих особа које су притворене или затворене, Стандардна минимална правила о поступању са затвореницима...

Иако формално немају правну снагу уговора, они имају моћ да приволе власт да поштује људска права, јер су резултат вишегодишњих преговора и консензусом су их прихватили политички органи као што је Генерална скупштина Уједињених Нација. Због своје политичке снаге, често их сматрају подједнако обавезујућим као и уговоре. Вануговорни стандарди понекад реафирмишу принципе који се према међународном обичајном праву већ сматрају правно обавезујућим за све државе.

Право на правично суђење као комплексно право и сви његови елементи

Права пре суђења:

1) Право на слободу

Свако има право на личну слободу. То је фундаментално људско право. Власт може некога лишити слободе само у одређеним, тачно прописаним околностима. Хапшење и притварање су дозвољени само ако су у складу са законом. Могу их спровести само овлашћена лица и не смеју бити самовољни. Изричито је забрањена уобичајена пракса неких држава да припадници снага безбедности врше хапшење и притварања, иако нису овлашћени законом да то чине. Припадници власти који хапсе лица, држе их у притвору или врше истрагу могу да употребе само она овлашћења која су им дата законом. Употреба ових овлашћења мора бити под надзором судских или других органа власти. Што се тиче самовољног хапшења или притварања, они према међународним стандардима постоје ако нпр. закон према којем је особа притворена је нејасан, изразито неодређен, или крши друге међународне стандарде, као што је право на слободу изражавања. Исто тако и притвореници који су у почетку законито ухапшени, али који се и даље држе у притвору после ослобађајуће судске одлуке, самовољно су притворени.

Међународни стандарди о људским правима гарантују низ заштићених мера против незаконитог или самовољног лишења слободе појединаца и представљају заштиту од других облика злостављања притвореника.

2) Право притвореника да буде информисан

Свако ко је ухапшен или притворен има право да буде обавештен о својим правима или да му се објасни како да та права користи.

Свако ко је ухапшен или притворен мора одмах да буде обавештен о разлозима због којих је лишен слободе. Лице се мора обавестити једноставним језиком, без стручних термина које не може да разуме, о најбитнијим правним и чињеничним основама свога хапшења, тако да би могло уколико то сматра за потребно, пред судом оспорити законитост свог хапшења.[2]

Једно од најважнијих права са којим све ухапшене или притворене особе треба да буду упознате је право на помоћ адвоката (стручног браниоца). Ову информацију би требало дати одмах након хапшења или притварања, или када је особа оптужена за кривично дело.

Ако је ухапшена или притворена особа страни држављанин, у најкраћем могућем року, треба да буде обавештена о свом праву да се обрати својој амбасади или конзуларним представништву.

Ако је ухапшена или притоворена особа страни држављанин, у најкраћем могућем року, треба да буде обавештена о свом праву да се обрати својој амбасади или конзуларном представништву. Ако се ради о избеглици или особи без држављанства, или под заштитом међувладине организације, у најкраћем могућем року, треба да буде обавештена о свом праву да се обрати одговарајућој међународној организацији.

3) Право на адвоката пре суђења

Право на адвоката подразумева право на правног заступника по сопственом избору, право на компетентног адвоката, који ће делотворно заступати осумњичене и оптужене.

Ако ухапшена, оптужена или притоворена особа нема адвоката по сопственом избору, онда има право да јој судија или судски органи доделе адвоката, кад год је то у интересу правде, а интереси правде првенствено зависе од тежине кривичног дела и строгости потенцијалне казне.

Ако ухапшена, оптужена или притворена особа не може да плати услуге адвоката, онда оне морају бити бесплатне.

Свако притворено лице има право на приступ адвокату, и то у најкраћем могућем року.

Власти би требало притвореницима да омогуће консултовање и комуницирање са адвокатом без одлагања и ометања или цензуре. Адвокатима мора бити омогућено да саветују и заступају своје клијенте у складу са професионалним стандардима, а не смеју бити изложени застрашивању ометањима, препрекама, узнемиравању или некоректном уплитању било које стране. Власти морају поштовати поверљивост комуникација и консултација између адвоката и њихових клијената.

[2] *Правично суђење - приручник*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2000, стр. 39.

4) Право притвореника на контакт са спољним светом

Права притвореника да комуницирају са другима, и да примају посете представљају основну заштиту против решења људских права као што су тортура, нечовечно поступање и "нестанци". Притвореницима и затвореницима се мора дозволити да комуницирају са спољним светом, под разумним условима и ограничењима.

Ухапшено, притворено или затворено лице има право да обавести своју породицу или пријатеље о хапшењу, притварању или затварању или да у његово име то учине власти. Обавештавање мора садржати податке о хапшењу или притварању, као и о месту затварања.

Притвореници имају права да у разумним оквирима комуницирају са својом породицом, пријатељима и да их они посећују. Ова права су подложна ограничењима и надзору само ако је то у интересу спровођења правде и безбедности и реда у институцији.

Страним држављанима који се налазе у притвору треба омогућити контакте и посете са представницима своје владе. Ако су притвореници избеглице или лица под заштитом међувладине организације, имају право на контакте и посте представника надлежне међувладине организације. Ови контакти се могу остварити само уз пристанак притвореника.

Сва притворена лица имају право на лекарски преглед, а када је потребно и на медицинску негу. Лекар треба да прими и прегледа свакога што је пре могуће након притварања. После тога, медицинска нега и лечење биће обезбеђени кад код је то потребно.

5) Право на извођење пред судију или други судски орган у најкраћем року

Свако ко је лишен слободе има право да буде изведен пред судију или други судски орган у најкраћем могућем року, да би његова права била заштићена. Ако је притвореник изведен пред службено лице које није судија, онда то службено лице мора имати овлашћење да врши судску функцију и мора да буде независно од страна у спору. Сврха преиспитивања од стране суда или другог судског органа обухвата: процену да ли постоје одговарајући законски разлози за хапшење, да ли је неопходан притвор у предсудском поступку, заштиту притвореника, спречавање кршења основних права притвореника. Међународни стандарди захтевају да се саслушање изврши у најкраћем могућем року након притварања. Пошто временска ограничења нису изричито одређена међународним стандардима утврђују се од случаја до случаја. Али одлагање не би требало да буде дуже од неколико дана.

6) Право на оспоравање законитости притвора

Свако лице које је лишено слободе има право да покрене поступак испитивања законитости свога притвора пред судом, чиме се штити право на слободу и омогућава заштита од самовољног притварања и других кршења људских права. Притвореник или његов адвокат имају право да у свако доба

покрену поступак пред судом или другим надлежним органом, у складу са унутрашњим правом, у циљу испитивања законитости притвора и пуштања на слободу без одлагања, ако је притвор незаконит. Државне власти су те које треба да установе поступке за испитивање законитости притвора и пуштања на слободу, ако је притвор незаконит. Ти поступци морају бити једноставни, експедитивни и бесплатни, ако притвореник нема пара да га плати.

Свако ко је био жртва незаконитог хапшења или притварања има право на репарацију, односно компензацију. Поступак за остваривање овог права није прецизиран. Често се остварује тако што појединац подесе тужбу против државе, органа или особе одговорне за незаконит притвор.

7) Право на суђење у разумном року или на пуштање из притвора до суђења

Свако ко је притворен под оптужбом да је учинио кривично дело има право на суђење у разумном року или да буде пуштен из притвора до суђења. Пуштање из притвора пре суђења, због тога што није почело у разумном року, не значи да оптужбе морају бити одбачене, овде је уствари реч о пуштању из притвора до суђења.

Временски период који се сматра разумним, у случају када је лице у притвору до суђења, може бити краћи него разумно одлагање почетка суђења за особу која се не налази у притвору.

Иако је за одређивање оправданости притвора у периоду пре суђења релевантно да ли постоји бојазан да ће окривљени побећи, тај ризик не одређује да ли је дужина трајања притвора пре суђења разумна. Понашање власти мора такође да буде испитано. Европски суд сматра да бојазан да ће окривљени побећи не може да се процењује само на основу тежине могуће казне.

Сматра се да разумно време притвора у ишчекивању суђења може да зависи од сложености случаја, од природе кривичног дела и броја окривљених.

8) Право на адекватно време и могућност за припрему одбране

Основна предпоставка за правично суђење је право оптуженог за кривично дело на адекватно време и могућност припреме одбране. Да би право на одбрану имало истински смисао, оптужени за кривично дело и његов адвокат, ако га има, требало би да имају на располагању довољно ремена и одговарајуће услове за припремање одбране. Ово право захтева да се окривљеном дозволи комуникација са адвокатом и то поверљива, што је нарочито релевантно за особе које се налазе у притвору. Право на адекватне могућности за припрему одбране захтева да окривљени и његов адвокат имају приступ одговарајућим информацијама, обухватајући документацију, обавештења и друге доказе који би могли да помогну окривљеном у припреми случаја да га ослободе оптужби или да му ублаже казну ако је то потребно. Битан део права на информацију је и право оптуженог да у најкраћем року добије обавештење о оптужбама против себе. Информација се мора дати на језику који оптужени разуме. Право на адекватне могућности за припрему одбране обу-

хвата и право оптуженог да добије стручно мишљење независних експерата у току припреме одбране и њене презентације.[3]

9) Права током саслушања

Постоји неколико права чији је циљ заштита оптуженог током истраге кривичног дела. Ова права обухватају: претпоставку невиности, забрану тортуре и сурових, нечовечних или понижавајућих поступака, забрану вршења присиле над оптуженим да би признао кривицу или да би сведочио против себе, право на ћутање и право на приступ адвокату. Постоје и додатне гарантије током саслушања. Али, кључно је присуство адвоката. Оптужени не сме бити принуђен да призна кривицу или да сведочи против себе. Право оптуженог да ћути током истраге и на суђење неодвојиво од права на претпоставку невиности и представља важну заштиту права оптуженог да не буде принуђен да призна кривицу или да сведочи против себе. Право на ћутање је угрожено током саслушања лица притворених под оптужбом да су учинила кривично дело, јер службена лица често користе сва средства да би дошла до признања или инкриминишуће изјаве притвореника, при чему притворениково право на ћутање осујећује њихово настојање.

10) Право на хумане услове притвора и забрана тортуре

Свако ко је лишен слободе има право да се са њим поступа човечно и са поштовањем урођеног достојанства људске личности.[4] Свако ко је у притвору или у затвору има право да тражи побољшање третмана, или да се жали на поступање према себи, на шта власти треба да одговоре у најкраћем року. Сви људи у притвору имају право да буду држани на званично утврђеном месту притвора, које се по правилу налази близу његовог места становања, и са важећим решењем о притвору. О свим притвореницима се воде званични записници, локално и централизовано. Државе су обавезне да притвореницима обезбеде квалитетну медицинску негу. Жене-притвореници треба да буду одвојене од мушкараца и под надзором жена-чувара. Нико не сме бити изложен тортури, суровим, нехуманим или понижавајућим поступцима или казнама. Дуготрајни боравак у самици је у принципу забрањен. Употреба силе се ограничава на ситуацију када је то неопходно и у најмањој могућој мери, зависно од околности, и то од стране лица одговорних за примену закона. Претресање и телесни преглед притвореника и затвореника треба да врше особе истога пола и то на прописан начин. Међународни стандарди изричито забрањују медицинске или друге научне експерименте без добровољног пристанка особе над којом се ти експерименти врше. Али, ова забрана је апсолутна, ако експерименти нарушавају здравље притвореника или затвореника. Кажњавање унутар установе је дозвољено само у складу са

[3] *Правично суђење-приручник*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2000, стр. 74.
[4] *Правично суђење-приручник*, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2000, стр. 81.

прописима, за одређене преступе. Жртве тортуре и нечовечног поступања треба да имају оствариво право на одштету, обухватајући и новчану надокнаду.

Права на суђењу

1) Право на једнакост пред законом и судовима

Сва људска бића се рађају једнака у достојанству и правима, као бића обдарена разумом и свешћу. Једнакост грађана пред судовима значи да нема дискриминације у односу на националну припадност, раду, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, образовање, социјално порекло, имовно стање или друго лично својство.

2) Право на суђење пред компетентним, независним, непристрасним и законом одређеним судом

Независност подразумева одсуство свих облика утицаја на суд. У чл. 2. 02 Универзалне декларације о независности правосуђа (усвојена је у Монтреалу - Канада, 10. јуна 1983. године) независност судије се дефинише на следећи начин:

"Судије ће бити лично слободне, а такво ће бити и вршење њихових дужности у непристрасном одлучивању о случајевима, у сагласности са својом проценом чињеница и разумевањем права, без икаквог ограничења, утицаја, притиска, подстицаја, претњи или уплитања, било директних било индиректних са било које стране или из било ког разлога".

Судије морају бити независне да би адекватно штитиле правни поредак и обезбедиле владавину права. Судска независност је највише оправдана са аспекта једног од основних људских права, а то је *право на независног судију* које је предвиђено бројним међународноправним актима. Ово право је нарочито значајно у кривичном поступку где се одлучује о слободама и правима људи, па чак и њиховим животима.

Постоје четири врсте судске независности, а то су: стварна (субстанцијална), лична, колективна и интерна. Свака од њих се осигурава многобројним и разноврсним, правним и ванправним мерама и установама као што су: принцип подле власти, избор и разрешење судија, сталност судске функције, непокретност судија, одговорност и имунитети судија, инкомпатибилност судске функције са обављањем неких других послова итд.

3) Право на правичну расправу

Право на правичну расправу представља суштину концепта правичног суђења. Ово право у суђењима за кривична дела, прецизирано је низом конкретних права, као што је, право на претпоставку невиности, право на суђење без непотребног одлагања, право на припрему одбране, право да се особа брани сама или уз помоћ адвоката, право да се позову и испитају сведоци и право на заштиту од ретроактивних кривичних закона. Право на правично суђење шире је него скуп

индивидуалних гарантија, и зависи од читавог тока поступка. За правичну расправу потребно је неколико услова: 1) "једнакост оружја", 2) поштовање принципа контрадикторности поступка, 3) експедитивност процедуре. "Једнакост оружја" значи да стране у спору имају једнак процедурални положај током суђења и да имају једнак положај приликом изношења одбране или оптужбе. То значи, да свакој страни треба омогућити да изнесе свој случај, под условима који је не доводе у битно неповољан положај у односу на противничку страну.

4) **Право на јавну расправу**

Једнакост суђења се узима као опште правило од кога постоји могућност за извесна одступања. Јавна расправа захтева усмену расправу о суштини спора у присуству јавности, обухватајући и медије. Судови морају да обавесте јавност о времену и месту усмене расправе и да обезбеде одговарајуће услове, за присуство заинтересоване јавности у разумним границама. Приступ јавности расправи може бити ограничен у одређеним, уско дефинисаним околностима. Наиме, штампа и јавност се могу одстранити у току целог или једног дела суђења било у интересу морала, јавног поретка или националне безбедности у једном демократском друштву, било када интереси приватног живота страна у спору то захтевају, или уколико суд то сматра апсолутно неопходним, када би због посебних околности случаја јавност шкодила интересима правде. У истрази, општа јавност, у смислу присуствовања трећих лица процесним радњама, не постоји. Ту јавност код неких просечних радњи где је посебно прописано, замењују присутни сведоци, који су извесна контрола јавности над извршењем тих процесних радњи. Свака пресуда донета у кривичним стварима биће јавна, изузев ако интерес малолетника захтева да буде другачије. Са једне стране, јавност је контролор правичности суђења, али и потврда да је суђење правично и самим тим ће та иста јавност стећи сигурност у правосуђе и чешће му се обраћати.

5) Претпоставка невиности (презумпције невиности)

Свако ко је оптужен за кривично дело има право да буде сматран невиним све док се његова кривица не докаже.

Савремена научна схватања стоје на становишту да окривљени пре правноснажне пресуде није крив, али свакако није ни невин. Таква презумпција не би одговарала ни логици, ни стварном положају окривљеног у поступку. Појам "***не сматра се кривим***" и појам "***сматра се невиним***" нису истоветни. Ти изрази нису различити стилски обрти за исту мисао, већ адекватан израз за конкретну ситуацију. Са гледишта логике и стварног положаја окривљеног у поступку, другачије се не би могло објаснити да лице које се сматра невиним сноси низ последица у кривичном поступку, које невино лице не би смело да сноси (притвор, телесни преглед, лични претрес...) и ван кривичног поступка (удаљења са радног места, обустава исплате личног дохотка...). Осим ситуације "***крив***" и "***невин***" постоји и трећа ситуација у којој може да се нађе окривљени, ситуација у којој се показује као "***сумњив***", која је за разлику од друге две само привремена, и води коначно

једној од две дефинитивне. Окривљени се до правоснажне кривичне пресуде не може сматрати ни кривим ни невиним. Он је сумњиво лице чији положај за собом повлачи и последице које се према невином не би могле применити.[5]

6) Право да особа не буде принуђена да сведочи против себе или да призна кривицу

Нико ко је оптужен за кривично дело не сме бити принуђен да сведочи против себе или да призна кривицу. Ова забрана је у складу са претпоставком невиности, која терет доказивања ставља на тужилаштво и са забраном вршења тортуре и других сурових, нечовечних или понижавајућих поступака. Забрана принуђивања оптуженог да сведочи против себе или да призна кривицу је широко постављена. Њоме се представницима власти забрањује примена било којег облика принуде, било директног или индиректног, физичког или психолошког. Све тврдње да су изјаве биле изнуђене, тортуром или другим суровим, нечовечним или понижавајућим поступцима, надлежне власти, подразумевајући и судије, треба непристрасно да испитају у најкраћем могућем року.

7) Забрана употребе доказа изнуђених тортуром или принудом

Свака изјава које је дата као последица тортуре је неприхватљива као доказ, осим у поступку који се води против наводних учинилаца тортуре. Постоје облици принуде који не спадају под тортуру, али су забрањени као методи прибављања доказа и умањују вредност доказа добијених на тај начин.

8) Забрана ретрокативне примене кривичних закона и Двоструке угрожености (*ne bis in idem*)

Нико не сме бити осуђен за чињење или пропуштање које није представљало кривично дело у време када је учињено према унутрашњем или међународном праву или у складу са општим правним принципима које признаје заједница народа. Ова забрана не сме бити суспендована ни под каквим околностима, па чак ни за време ванредног стања. Никоме не сме поново да се суди или да поново буде кажњен у границама исте јурисдикције за кривично дело, за које му је већ изречена коначна осуђујућа или ослобађајућа пресуда (*ne bis in idem).*

9) Право на суђење без непотребног одуговлачења

Кривични поступак мора бити започет и довршен у разумном временском року. Разумни временски рок се процењује на основу околности сваког појединачног случаја. Елементи који се узимају у обзир обухватају: национално законодавство, да ли је оптужени у притвору, сложеност случаја, понашање оптуженог и понашање представника власти. За суђења која трају и по десет година сматра се да се одвијају у разумном временском року, док с за друга која трају мање од годину дана сматра да су неправедно пролонгирана.

[5] Др Т. Васиљевић, др М. Грубач, *Коментар закона о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 25.

10) Право на личну и формалну одбрану

Окривљени има право да се брани сам (лична одбрана) или уз стручну помоћ браниоца кога сам изабере из реда адвоката (формална одбрана). Ако окривљени сам не узме браниоца, суд ће ради осигурања одбране поставити окривљеном браниоца када је то законом одређено. Успостављањем формалне одбране појачава се лична одбрана. Осим тога, сви органи који учествују у личном поступку морају подједнако испитивати и утврђивати чињенице које терете окривљеног, као и оне које му иду у корист.

11) Право особе да присуствује суђењу и жалбеном поступку

Свако ко је оптужен да је починио кривично дело има право да му се суди у његовом присуству, да би могао да саслуша и оспори тужиочево изношење случаја и да изложи одбрану. Право да особа буде присутна на суђењу је интегрални део права на одбрану. Ово право оптуженом може бити привремено ограничено, ако он омета судски поступак у тој мери да суд сматра да би било несврсисходно да се суђење настави у његовом присуству. У изузетним околностима може бити дозвољено суђење у одсуству (*in absentia*), под условом да је оптужени био обавештен о поступку и на време позван да се појави на суду, те да му је на тај начин било омогућено да се припреми за одбрану. Право да се присуствује жалбеном поступку зависи од природе поступка. Пре свега од тога да ли жалбени суд испитује и чињенична и правна питања, као и од начина на који се штите и заступају интереси оптуженог. Ако жалбени суд има јуриспрудикцију да одлучи и о чињеничном и о правном питању, онда правично суђење по правилу, захтева присуство оптуженог.

12) Право да се позову и испитују сведоци

Сведоци су лица која у поступку, на позив суда, дају сведочки исказ т. ј. изјаву о чулном опажању чињеница из прошлости које су важне за решење кривичне ствари. Сведок није процесни субјект. Он је по правилу непристрасан и незаинтересован за исход поступка, иако са окривљеним понекад може бити солидаран ако између њих постоји нека блиска веза (сродство, пријатељство и сл.). Право да се позову и испитују сведоци обезбеђује да одбрана има могућност да испита сведоке који ће дати исказе у корист оптуженог и да оспори доказе против њега. Испитивање сведока од стране тужиоца и браниоца пружа суду могућност да саслуша изношење доказа и њихово оспорвање.

13) Право на тумача и на превод ако особа не разуме или не говори језиком који се употребљава у суђењу

Свако је ј4е оптужен за кривично дело има право на бесплатну помоћ тумача, ако не разуме или не говори језиком на коме се води поступак. Ако оптужени има тешкоћа у разумевању, говорењу или читању језика на коме се води поступак, право на тумача и превод је од суштинског значаја да би се обезбедила правичност поступка Тумач оптуженом преводи са језика којим се говори у суду, и обрнуто. Преводилац даје писану верзију докумената на одговарајућем језику.

14) Пресуде

Пресуде донете у кривичним поступцима морају бити изречене јавно, сем у рестриктивно одређеним случајевима. Основни циљ права на јавно изрицање пресуде је да обезбеди да спровођење правде буде јавно и под надзором јавности. Осим што пресуде морају бити изречене јавно, да му суде само судије које су учествовале у поступку. Образложена пресуда мора бити донета у разумном временском року.

15) Казне

Законом предвиђене казне могу бити изречене само онима који су осуђени за кривично дело и то након суђења која су у складу са мин. Стандардима о правичности. Казне одређене након изрицања пресуде морају бити пропорционалне тежини кривичног дела и околностима везаним за учиниоца.

Судови не смеју да изрекну тежу казну од оне која је била на снази у време када је кривично дело учињено. Међутим, ако је изменама закона казна за неко кривично дело смањена, државе су обавезне да ретроактивно примене блажу казну. Смртна казна не сме бити изречена ако није била законом предвиђена за то кривично дело у време када је оно учињено. Ни казна, ни начин њеног изрицања не смеју бити у супротности са међународним стандардима, обухватајући и забрану торуте и других сурових, нечовечних или понижавајућих поступака или кажњавања и право да се са лицем поступа уз поштовање урођеног достојанства људске личности. Међународним стандардима је забрањена телесна казна (шибање, ударање штапом, бичевање, ампутација и жигосање), као и колективна кажњавања.

16) Право на жалбу

Свако ко је осуђен за кривично дело има право да његову пресуду и изречену казну преиспита виши суд. Преиспитивање жалбе од стране вишег суда треба да буде суштинско преиспитивање случаја, у складу са законом. Право на жалбу може имати ефекта само ако је оптуженик обавештен о разлозима пресуде у разумном року. Због тога је ово право оптуженог повезано са правом оптуженог на образложену пресуду. Током жалбеног поступка морају бити поштована права на правично и јавно суђење.

Закључна разматрања

Свака власт је дужна да пред лице правде изведе оне који су одговорни за злочине. Када власт некога оптужи да је учинио кривично дело или да је био умешан, у извршење кривичног дела, онда ће бити лишен слободе и подвргнут другим санкцијама. Право на правично суђење је основна гарантија која ће омогућити да особе не буду неправедно кажњене. Ово право је неодвојиво од заштите других људских права, као што су: право на живот, право да особа не буде подвргнута тортури итд. Међутим, када су људи подвргнути неправичним суђењима, правда не

може бити задовољена. Када људи бивају мучени или злостављани од оних који су одговорни за примену закона, када се осуђују невини појединци, и када су суђења очигледно неправична или их људи сматрају неправичним, такав правосудни систем губи кредибилитет. Бојазан да ће доћи до кршења људских права постоји од тренутка када званичници осумњиче неку особу, приликом хапшења, притварања, док траје суђење и подношење свих жалби, све до изрицања било које казне.

Међународна заједница је установила стандарде за правично суђење чија намена је дефинисање и заштита права људи у свим фазама поступка.

Правичност суђења се процењује применом многих од ових правних стандарда, било да се суђење процењује на основу директног присуства или на основу записника или других извештаја. Сврха процене је да се утврди да ли је пракса у датом случају, у складу са законима земље у којој се суђење одржава, да ли ти закони и пракса одговарају међународним стандардима уграђеним у уговоре којима је држава приступила као и вануговорним стандардима.

Али, и поред ових утврђених међународних стандарда, у пракси се појављују и други чиниоци чије присуство или одсуство утиче битно на остварење права на правично суђење. Тако најновија истраживања говоре о утицају завршне речи на право на правично суђење. Неадекватне изјаве од стране тужиоца, омаловажавајући или прејудицирајући став за време завршне речи, којима се осмишљено утиче на пороту, могу угрозити права оптуженог на правично суђење. Суд понекад дозвољава овакве изјаве у завршној речи, на бази теорије, да присутност нетачних изјава у завршној речи неће утицаци на пороту тј. на њихову одлуку, и сматра да с обзиром на ову теорију нису у основи непоштене. Међутим, досадашња истраживања су показала да нетачне изјаве од стране тужиоца у завршној речи, најчешће доводе до одређивања веће казне. Пракса је показала да поротници којима су изношени нетачни аргументи од стране тужиоца у завршној речи, препоручивали су смртну казну много чешће од оних поротника пред којима нису изношени такви аргументи. Најбоља потврда томе је познати случај Чепмена. [6]

Поред завршне речи, показало се да и присуство камере за време вођења кривичног поступка утиче на право на правично суђење. Адвокат из О. Ј. Симпсоновог тима кривичне одбране каже: "Када се у судници, за време вођења кривичног поступка налази камера, углавном се људи труде да се боље понашају. Добијате фер суђење. Сви дају свој максимум".[7]

Један од стручњака за законе о сарадњи и генерални саветник друштва професионалних новинара каже: "Када изговоримо појмове *слободна штампа* и *правично суђење*, реч *против* се налази између њих. Два англо-америчка идеала су представљена као нераскидива целина, као од постанка посебна. Али, ретко нам се пружа прилика уживања једног и другог".[8]

---

[6] Platania. J. Moran. G; Due-Process and the Death-Penalty- The Role of Prosecutorial Misconduct in Closing Argument in Capital Trials; Law and Human Behavior 1999, Vol 23, Iss. 4, стр. 471-486.

[7] Cochran-JL; Lessons from the Simpson O. J. Trial-II; MEDIA STUDIES JOURNAL 1998, Vol 12, Iss 1, стр. 42.

[8] Sanford-BW; No Contest; MEDIA STUDIES JOURNAL 1998, Vol 12, Iss 1, стр. 2.

Из свега горе наведеног се види да пракса проширује број међународним стандарда, а све у циљу остварења и задовољења правде. Што практично значи, да се овим стандардима боримо против неправде која је свуда око нас, а она, ма где да је, као што је рекао Мартин Лутер Кинг, претња је правди свугде.

Tatjana Lukić, Assistant
Law Faculty of Novi Sad

THE PROBLEM OF FAIR TRIAL - INTERNATIONAL STANDARDS IN THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Abstract

The article gives a detailed survey of the right to a fair trial as an international standard, which is one of the ways for the realization of justice. The right to a fair trial is a complex right; the article describes all of its elements including rights prior to and during the trial. The author strives to emphasize the importance of this right and the compliance with it, as well as the fact that in the modern world there is a permanent tendency towards the expansion of the number of international standards, all in the pursuit of achievement of justice.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.353-370

Александар Мартиновић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

СТВАРАЊЕ МОДЕРНЕ ДРЖАВНЕ УПРАВЕ И ПОЧЕЦИ ЊЕНОГ ПРОУЧАВАЊА У СРБИЈИ У XIX ВЕКУ - ЕВРОПСКЕ КООРДИНАТЕ - ПРИЛОЗИ ЗА ИСТОРИЈУ СРПСКОГ УПРАВНОГ ПРАВА

Сажетак: *Стварање модерне државне управе и њено усавршавање у Србији започело је већ почетком XIX и наставило се све до краја њеног самосталног државног живота (1918.). Своју државну управу, Србија је изграђивала по узору на најразвијеније европске државе, при чему су огромну улогу у том процесу имали учени аустријски Срби, образовани на бечким и пештанским универзитетима. Касније се јавља и све већи број "отачаствених синова", школованих у Француској, Швајцарској, Енглеској и другим европским земљама, који су по повратку са школовања, у својој отахбини постајали чиновници, министри и државни саветници. Захваљујући, пре свега, њима, државна управа, најпре вазалне, а од 1878. независне Србије, постајала је слична својим европским панданима.*

И српска правна наука почиње врло рано да се бави проблематиком државне управе, дајући низ значајних представника, чија су дела била темељ за конципирање модерне науке управног права у нас.

Кључне речи: Србија; државна управа; наука управног права.

Реформа државне управе некад и сад

Као главни императив времена у којем живимо, а које се колоквијално назива "временом транзиције", поставља се приближавање Србије и Југославије Европској унији и другим облицима европских интеграција, као и хармонизација нашег правног система са општеприхваћеним европским правним стандардима. На плану државне управе, транзиција и модернизација значе њено претварање у ефикасан и

рационалан апарат државне власти, чији ће рад у потпуности бити заснован на начелу уставности и законитости и праћен применом најсавременијих информатичко-технолошких достигнућа. Од науке управног права, пак, очекује се да овим процесима да одговарајућу теоријску подлогу, у првом реду да укаже на слабости актуелног система државне управе и трасира правце његовог преображаја.

Но, треба имати на уму да ово није прва реформа у коју улази српска држава и њена управа. Приближавање Европи, Србија је започела још у XIX веку и то гигантским корацима, тако да је за сасвим кратко време (са историјске тачке гледишта) од свега неколико деценија, успела да од једне заостале турске провинције постане модерна европска држава са развијеним законодавством, финансијама и богатом културом. Разуме се, европеизација Србије била је праћена и креирањем државне управе по обрасцу најразвијенијих европских држава: Аустрије, Немачке и Француске. О томе колико су се српска држава и државна управа у то време брзо развијале најбоље сведоче речи румунског краља Карола I, који је приликом ступања на престо изрекао ону чувену реченицу: "Ја желим да од Румуније направим Србију."[1]

Ни правна наука није заостајала за крупним променама државно-правног и административног система. Државна управа постаје предмет научног интересовања већ почетком XIX века, у току Првог српског устанка, а силан полет српска правна мисао о управи добија оснивањем Лицеја (1838.), посебно његовог Правног одељења (1841.) и прерастањем Лицеја у Велику школу (1863.), односно Правног одељења Лицеја у Правни факултет Велике школе.

Васкрс српске државности и стварање модерне државне управе

Почетак XIX века означио је и почетак политичког буђења српског народа. Први српски устанак или "српска револуција", како је овај најзначајнији догађај у нововековној српској историји назвао велики немачки историчар Леополд Ранке, изнедрио је и прве, рудиментарне облике државне власти. Већ 1804, на самом почетку Устанка, Карађорђе је проглашен Врховним вождом народа српског, а следеће 1805. формира се тело, које се најпре називало Синодом, а затим Правитељствујушчим совјетом сербским. Совјет је вршио низ функција: војну, саветодавно-политичку, судску, полицијску и сл. За историју државне управе у Србији, нарочито је значајна реорганизација Совјета, коју је почетком 1811. извршио Карађорђе. Те године, наиме, Совјет је прерастао у класичну владу, састављену од 6 министара, односно попечитеља, како су се тада звали: војних дела, иностраних дела, просвете, унутрашњих дела, финансија и великог вилајетског судије као министра правосуђа.[2]

[1] *"Српска идеја о слободи"*, "Српски глас", бр. 16, 29. фебруар 1940. Цит. према: *"Јако српство - јака Југославија"*, избор чланака из *"Српског гласа"* органа Српског културног клуба 1939-1940, приредио Миодраг Јовичић, Београд, 1991., стр. 129.

[2] Д. Јанковић, М. Мирковић: *Државноправна историја Југославије*, Београд, 1987, стр. 102.

Карађорђева управа, међутим, није била дугог века. Са пропашћу Устанка 1813. нестало је и српске државне власти. Нову државно-правну и политичку обнову Србије започео је Милош Обреновић. Крајем 1815. Милош је са београдским везиром Марашли-Али-пашом постигао споразум, којим је окончан Други српски устанак. Споразумом је, између осталог, било предвиђено да се у Београду формира Народна канцеларија, "која је требало да врши углавном функције некадашњег Совјета"[3], претежно судске и финансијске. Тако, Народна канцеларија била је овлашћена да "дације", које су од народа прикупљали српски кнезови, од ових прима и предаје паши.[4] "Дације", пак, морале су да се наплаћују по "царској тарифи", "како стари људи дознају да је од старине било, кад су спахије најмање узимале".[5]

Народну канцеларију Милош је убрзо маргинализовао, да би је почетком 1825. сасвим укинуо. Уместо ње створио је Совјет сербски са два одељења: Обшченародним судом и Совјетом, при чему је и то тело престало да постоји већ 1827., када је Милош, кога је скупштина нахијских кнезова још 1817. признала за наследног кнеза, образовао тзв. Кнежеву свиту, састављену од неколицине чиновника, које је именовао сам кнез.[6]

Хатишериф из 1830., којим је Србија добила унутрашњу аутономију, предвиђао је постојање Совјета народних старешина, с којим је Милош имао да дели управну власт. Но, Милош је избегавао да именује његове чланове све до 1834. У јануару те године, "Новине сербске" су писале да је кнез Милош решио да заведе "разна попечитељства: инострани, внутрени и полицајни дела, правосудија, просвјешченија и финансије; попечитељства, на која ће се сва дјела народна подјелити и која ће се после свако о себи, и сва у скупу старати о усавршавању поједини струка дела исти..."[7] Своју намеру Милош је у току 1834. и остварио, поставивши првих пет министара (попечитеља) вазалне Србије: правосуђа, унутрашњих дела, финансија, војних и иностраних дела. Министарство просвете није формирано, него је овим ресором најпре управљало "Попечитељство правосудија"[8], а потом министар иностраних дела.[9]

Значајан импулс конституисању савремене државне управе у Србији дао је чувени Сретењски устав из 1835. Тај устав је, по први пут у уставној историји Србије, инаугурисао принцип поделе власти на "законодатељну", "законоизвршителну" и "судејску". "Законоизвршителну" власт вршио је кнез као "глава државе" преко "надлежни Попечитеља разни струка дјела народни", који су били чланови Државног совјета, највише власти "у Србији до Књаза".[10] По Уставу, министара (попечитеља) је било шест: правосуђа, унутрашњих дела, финансија, иностраних

[3] М. Јовичић: *Лексикон српске уставности 1804-1918*, Београд, 1999, стр. 69.
[4] Д. Јанковић, М. Мирковић: нав. дело, стр. 108.
[5] Д. Јанковић, М. Мирковић: нав. дело, стр. 108.
[6] М. Јовичић: нав. дело, стр. 69.
[7] Цит. према: Лазо М. Костић: *Административно право Краљевине Југославије*, прва књига, устројство управе, Београд, 2000, стр. 59.
[8] Л. М. Костић: нав. дело, стр. 59.
[9] Д. Јанковић, М. Мирковић: нав. дело, стр. 160.
[10] М. Јовичић: нав. дело, стр. 274.

дела, војске и просвете. Министре је постављао кнез и они, сходно чл. 133, ст. 1, "остају таквима за живота", из чега се да закључити да је установљена чиновничка непокретност.[11] Но, како је Милош овај Устав убрзо суспендовао, он се није придржавао уставне одредбе о броју министара, него је уместо шест именовао пет попечитеља (просветом је управљао министар унутрашњих дела), али је и ове, већ после месец и по дана, отпустио.[12]

Са тзв. Турским уставом из 1838. и прописима који су након њега донети, у Србији започиње "чиновничка ера". "Централно правленије" (тј. владу) чинила су три министра: унутрашњих послова, финансија и правосуђа и кнежев представник (шеф кнежеве канцеларије) као министар иностраних дела. Захваљујући утицају учених Срба из Аустрије ("немачкара", како су их звали "отачаствени синови", тј. људи из Србије), статусно-правни и материјални положај чиновника се знатно поправља. Заправо, у претходном периоду Милошеве владавине, чиновника у данашњем значењу те речи, чиновника као државних органа, није ни било. Чиновници под Милошем нису били државне, него личне кнежеве слуге. Они "нису имали своја законом утврђена права и дужности о којима би и кнез морао водити рачуна."[13] Није било ништа необично за оно време да се чиновници користе за рад у кнежевом домаћинству: да послужују око кнежевог стола, навлаче кнезу јеменије и обављају друге послове кнежевих слугу и слушкиња. Милошеви чиновници, писао је Вук, у односу на чиновнике у Влашкој и Молдавији, изгледали су као "просјаци и робови".[14] Под уставобранитељима, по мишљењу савременика, наступио је "рај за чиновнике"[15]. Пре свега, правни положај чиновника детаљно се уређује низом уредаба (од којих је најважнија она из 1842.) и поставља се правило да чиновником може постати само онај који је свршио одговарајућу школу. Државна служба строго се одваја од осталих занимања; чиновници не само да су ослобођени рада у кнежевом домаћинству, него им се забрањује и да тргују и да врше послове правног заступања. У намери да у очима народа подигну ауторитет државне власти, уставобранитељи установљавају чиновничка одличја: титуле и униформу. Титуле, које се дају само вишим чиновницима, гласе: "превасходителство", "високородије", "високо благородије", "благородије". Чиновници се, као и војници, униформишу; мундир, рукавице, сабља и појас постају свакодневна чиновничка опрема. Сви чиновници сврстани су у тридесет класа, с тим што се у каријери, тј. из ниже у вишу класу, може напредовати уз испуњење унапред прописаних услова. Поправља се и економски положај државних службеника. Плате чиновницима не одређује више кнез по својој вољи, него се утврђују државним буџетом. Уводи се и право на пензију: сваки чиновник, који је у служби провео најмање десет година, стиче право на издржавање из чиновничког пензионог фонда. Материјално се обезбеђују и удовице и сирочад умрлих чиновника, тако

[11] М. Јовичић: нав. дело, стр. 274.

[12] Д. Јанковић, М. Мирковић: нав. дело, стр. 160.

[13] С. Јовановић: *Уставобранитељи и њихова влада - Друга влада Милоша и Михаила*, Београд, 1990, стр. 49.

[14] С. Јовановић: нав. дело, стр. 49.

[15] С. Јовановић: нав. дело, стр. 57.

што се ствара посебан фонд. Најзад, уставобранитељска власт увела је и принцип по којем чиновник, постављен кнежевим указом, није могао изгубити службу друкчије, него само судском пресудом. Чиновничка титула и звање постају неприкосновени као приватна својина и стичу статус стеченог права. "Отпуштање чиновника "по потреби службе" било је просто немогућно. Сваки указни чиновник био је сталан као данас судија."[16]

Нови талас промена државне управе у Србији пада у време владавине кнеза Михаила. И пре него што је Михаило ступио на престо (у јесен 1860.), мења се унеколико организација централне управе. 1859. издвајају се просветни послови из Попечитељства правде, и следеће, 1860., поверавају се новоформираној Управи просвете, која је по рангу била равна осталим попечитељствима. Те исте 1859, створене су још две самосталне управе: Главна војна управа и Главна управа грађевина.[17] Најзначајнији управно-правни пропис, донет за владе Михаилове, био је Закон о устројству централне државне управе из 1862., који је, што је посебно занимљиво, важио, са одговарајућим изменама и допунама, све до 1929.[18] По старом, уставобранитељском устројству из 1839., кнез је могао да узима министре само из реда саветника и министри су заседавали заједно с осталим саветницима. Нови закон дао је кнезу пуну слободу у избору министара, што значи да је кнез могао именовати министре и из реда оних који нису чланови Савета, као што је, иначе, и кнез Милош чинио. У време уставобранитеља, министри су били потпуно независни један од другога. Устав из 1838. помињао је, додуше, "Централно правленије провинције" (тј. владу Србије), а одредбе старог Закона о устројству централне управе из 1839. налагале су попечитељима да раде "у сојузу", али министри ипак нису чинили владу у данашњем смислу те речи. Тек је Михаиловим устројством из 1862. установљен, по први пут, Министарски савет као посебан орган државне власти са тачно опредељеном надлежношћу. О свим важнијим питањима расправљало се најпре у Министарском савету, а предлози, које су поједини министри упућивали Савету, сматрали су се предлозима целе владе. Нови Закон завео је у организацији министарстава чисто бирократски принцип. По старом устројству, министар није био прави старешина свога ресора, јер је сваки службени акт морао бити премапотписан од надлежног шефа одељења. Михаилово устројство не познаје институт чиновничког премапотписа, тако да се сви послови министарства концентришу у рукама самог министра. То је принцип који и данас важи.[19] Најзад, новим Законом створена су, поред постојећа четири министарства[20] (иностраних дела, унутрашњих дела, правосуђа и финансија) и три нова: просвете, грађевина и војске. Једног од министара кнез је именовао за председника

[16] С. Јовановић: нав. дело, стр. 52.
[17] Л. М. Костић: нав. дело, стр. 60.
[18] Л. М. Костић: нав. дело, стр. 60.
[19] Д. Милков: *Управно право I - уводна и организациона питања*, Нови Сад, 2001, стр. 74.
[20] Михаилов *Закон о централној државној управи* укинуо је стари назив "попечитељства" и увео нови назив: "министарства".

Министарског савета, који није морао (као под уставобранитељима) обавезно бити и министар иностраних дела.[21]

Кнез Михаило завео је међу чиновницима гвоздену дисциплину и потчињеност, готово војни запт, Законом о чиновницима из 1864. По Уредби из 1842. чиновнику је служба могла престати само на основу судске пресуде. Новим Законом је прописано да ту меру може изрећи и административна власт. Додуше, право отпуштања чиновника не даје се самом министру, него посебном дисциплинском суду састављеном од виших чиновника, против чијих одлука није била допуштена жалба. Чл. 76. тога Закона омогућио је и Министарском савету да отпусти чиновника, али само под условом да је овај постао, телесно или душевно, неспособан за државну службу. Већ почетком 1865. изменама и допунама Закона о чиновницима, промењена је формулација овог члана, па је сада Министарски савет могао да отпусти чиновника не само због психичких или физичких недостатака, већ просто зато што је његово отпуштање у државном интересу. На тај начин је са "чиновничком сталношћу за коју су се уставобранитељи борили, било (је) свршено. Чиновници су постали од сталних привремени", а кроз "целу државну управу проведена је једна воља: воља кнежева".[22]

Основни принципи организације државне управе, установљени од стране Михаиловог режима, нису ни касније, за све време самосталног државног живота Србије, битније мењани. Тако је чл. 99. Устава из 1869. било прописано: "На врху државне службе налази се министарски савет, који стоји непосредно под Књазом. - Министарски савет састављају министри, за поједине струке управе наименовани, између којих Књаз, по свом нахођењу, поставља једног за председника министарског савета. - Министре поставља и одпушта Књаз."[23] Посебним законом из 1882. формирано је ново, осмо министарство: Министарство за народну привреду. "Тих осам министарстава остала су све до 1918."[24] По Уставу Краљевине Србије из 1888. (чл. 132) "На челу државне службе налази се Министарски Савет, који стоји непосредно под Краљем. - Министарски Савет састављају министри, наименовани за поједине струке управе, и Председник Министарског савета, који може бити и без портфеља. Све министре и Председника Министарског савета поставља Краљ указом. - Ступајући у дужност министри полажу заклетву, да ће бити верни Краљу и да ће се савесно придржавати Устава и закона."[25] Сличне одредбе садрже и два потоња српска Устава (из 1901. и 1903.), с тим што Устав из 1901. не помиње Министарски савет, већ у чл. 76. прописује да "На врху Државне Управе, непосредно под Краљем стоје министри. Краљ именује једнога од њих за председника, који може бити и без портфеља. Ступајући у дужност, министри полажу пред Краљем

[21] Нпр. први председник Министарског савета, Илија Гарашанин, био је и министар иностраних дела, али већ његов наследник Никола Христић управљао је ресором унутрашњих, а не иностраних, дела.

[22] С. Јовановић: нав. дело, стр. 369, 371.

[23] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: *Одабрани извори из државноправне историје Југославије*, Београд, 1982, стр. 154.

[24] Л. М. Костић: нав. дело, стр. 60. М. Јовичић (*Лексикон српске уставности 1804-1918*, стр. 130) као годину оснивања тог осмог министарства наводи 1883.

[25] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 172.

заклетву, да ће бити верни Краљу, и да ће савесно вршити уставне и законске одредбе"[26], док Устав из 1903. преузима одредбе Устава из 1888.

За историју српске државне управе од нарочитог су значаја два института, који су у правни систем Кнежевине Србије уведени Уставом из 1869. Ради се о управном спору и министарској одговорности. Чл. 90. тога Устава образован је Државни савет (који је и раније постојао, али као орган који је делио законодавну власт са кнезом), којем је, између осталог, стављено у надлежност да "расматра и решава жалбе против министарских решења у спорним административним питањима."[27] Иако није било изреком речено, да се закључити да су одлуке Државног савета, "донете у спорним административним питањима", биле обавезне за министре.[28] Тако је Србија, чак и пре Француске[29], увела систем контроле министарских решења (управних аката) од стране Државног савета. Међутим, Закон о Државном савету из 1870. изменио је ову одредбу Устава, утолико што је министру дао право "да против саветскога решења апелује на Министарски савет. Министарски савет није могао поништити саветско решење, али могао је поводом њега тражити од Скупштине тумачење закона. У пракси влада, кад год се није слагала са Саветом, одлагала је извршење саветскога решења, докле Скупштина не буде протумачила закон", тако да су, *in ultima linea*, одлуке Савета престале да буду обавезне за министре и Савет, "који је по Уставу требао да буде прави административни суд, постао је у пракси само саветодавни орган владе у административним споровима."[30] Решења Државног савета поново су стекла обавезну снагу на основу чл. 145. т. 6. Устава из 1888, тако што је прописано да Савет "разматра и решава жалбе против министарских решења у спорним административним питањима. Ова решења Државног савета обавезна су за министре."[31] Готово истоветну одредбу садржи и последњи Устав донет за владе династије Обреновић (Устав из 1901,чл. 85, т. 2.).[32]

Министарска одговорност регулисана је чл. 101, 102. и 103. Устава из 1869. По Уставу, наиме, "Министар може бити оптужен, кад учини издајство према отачаству или владаоцу, кад повреди устав, кад прими мито и кад оштети државу из користољубља" (чл. 101). Министра оптужује Народна скупштина, а предлог оптужбе "мора садржавати тачке оптужења и бити подписан најмање од двадесет посланика" (чл. 102). "Да се у скупштини изрекне, да има места оптужењу,

[26] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 180.

[27] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 153.

[28] С. Јовановић: *Влада Милана Обреновића I*, Београд, 1990, стр. 79.

[29] Наиме, француски Државни савет (основан 1799.) имао је, још од 1806., у свом саставу Комисију за спорове, "чији је задатак био да припрема одлуке у вези са управним споровима", али Савет, ипак, "дуго времена није био овлашћен да сам решава управне спорове, већ је само предлагао одлуку шефу државе, а шеф државе је решавао. " Тек од реформе Државног савета, извршене 1872, ово тело постаје овлашћено "да самостално пресуђује у управним споровима. " (Д. Милков: *Управно право III - контрола управе*, Нови Сад, 1998, стр. 49.).

[30] С. Јовановић: *Влада Милана Обреновића I*, стр. 79.

[31] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 173.

[32] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 181.

изискује се две трећине гласова" (чл. 103).[33] Ове уставне одредбе разрађене су Законом о министарској одговорности из 1870. Тим Законом је за суђење министрима установљен посебан државни суд од дванаест чланова, бираних коцком између чланова Касационог и Апелационог суда и између чланова Народне скупштине. Државни суд је доносио одлуке по слободном уверењу. Као санкције, изрицао је само казну лишења звања или казну неспособности за државну службу, али није могао изрећи казну из Кривичног ("Казнителног") законика. У случају да министар учини неко кривично дело прописано тим Закоником, предаван је редовном суду. "Цео тај систем надахнут је оновременим немачким теоријама, да министарска одговорност није обична кривична, него пооштрена дисциплинска одговорност."[34] Институт министарске одговорности познавали су и Устав из 1888. (чл. 137-138) и Устав из 1901. (чл. 79-80).[35]

Као што се из овог кратког прегледа развоја државне управе у нас у XIX веку види, Србија, која је све до 1830. била, са становишта међународног права, "само једна побуњеничка област"[36], успела је, за свега неколико деценија, да стане уз бок правно најразвијеним државама европског континента. Државна управа организована по ресорном принципу; правно уређен положај чиновника; начело уставности и законитости доследно спроведено у организацији и делатности управе; обезбеђена административно-судска контрола министарских решења; министарска одговорност (кривична, са елементима политичке одговорности): све су то тековине на које и данас можемо да будемо поносни и због којих не морамо пред "цивилизованом и културном Европом" (која то, на жалост, врло често није) да сагињемо главу.

Почеци проучавања државне управе у Србији у XIX веку

Државна управа постаје предмет научног истраживања још у току Првог српског устанка, у време стварања првих облика националне политичке власти. Већ 1808. у Београду се, благодарећи, Доситеју Обрадовићу, оснива Велика школа, чији су ђаци, између осталих, били и Вук Караџић и Карађорђев син Александар, потоњи српски кнез. У историјским аналима остало је забележено да је на Великој школи знаменити Лазар Воиновић предавао Државно право "са извесним основима управног права, међународног права и кривичног судског поступка", а и до данас је сачуван текст његових предавања под насловом: "Наставленија права државнога".[37]

Одређене податке о организацији управе тога доба оставио је и Вук Караџић. Он је у свом Ријечнику (прво издање из 1818.) описао појмове, као што су: "Војвода, господар, кмет, кнежине, кнез, село, спахија, срез, старјешина, субаша, читлук" и сл. Вредни су и Вукови историјски списи, у којима је подробно описао

[33] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 154, 155.
[34] С. Јовановић: *Влада Милана Обреновића I*, стр. 78.
[35] Цит. према: Љ. Кркљуш, С. Шаркић: нав. дело, стр. 172, 180-181.
[36] Л. М. Костић: нав. дело, стр. 26.
[37] Д. Денковић: "*Развој наставе управног права*", Универзитет данас, бр. 7, 1967, стр. 46.

организацију Совјета и целе управе у устаничкој Србији. Али, Вук није само описивао фактичко стање, него се и активно залагао "за увођење и поштовање законитости и обезбеђење правне сигурности, као и за доношење прописа који ће осигурати правни положај државних службеника."[38] Чувено је његово писмо кнезу Милошу, написано 1832, а објављено 1843, у којем се Вук немилосрдно обрушава на Милошев деспотизам и поручује му да одбаци аутократске методе владања и узме у службу школоване и способне чиновнике. Јер, каже Вук, чиновници су "свакоме владаоцу потребни као крила орлу."[39]

Не треба заборавити ни то да је један учени Србин, по имену Симеон Петровић, још 1813. у Будиму објавио српски превод (под називом: "Полицаи") дела познатог бечког професора Јозефа фон Зоненфелса: "Основе полицијске, трговачке и финансијске науке" из 1770-1776. Проф. Драгаш Денковић, стога, сматра да је С. Петровић тим преводом постао "први представник школе камералних правних наука" у српској правној књижевности.[40]

Оснивање Лицеја и његов значај за српску правну мисао о управи

Силан полет српска правна наука добија оснивањем Лицеја, претече данашњег Универзитета у Београду. Лицеј је основао крајем своје прве владе кнез Милош 1838. у Крагујевцу, тадашњој престоници Србије. У почетку, Лицеј је био својеврсни "наставак" Гимназије (такође основане у Крагујевцу 1838.), али се од ње одваја већ 1839. као виша школа, али "без икаквога стручног обележја".[41] 1841. Лицеј се премешта у нову престоницу, Београд, и те године уводи се прва година права, а 1850. и друга. По Закону из 1844, Лицеј се сматра "великим училиштем", са два одељења: филозофским и правним ("православним").[42] Нову реформу Лицеја извео је 1853. учени аустријски Србин Платон Симоновић (за кога С. Јовановић каже да је у то време "вршио диктаторску власт у просвети"[43]), тако што је поделио Лицеј на три одељења: "правословно", "естествословно-техничко" и "обште". "Прва су два одељења факултети; слушаоци лицеја уписују се по својој вољи у једно или друго; предмете општег одељења (ранијега философског одељења) уписују слушаоци оба стручна одељења. Течај лицејски траје три године: како се општи предмети слушају упоредо са стручним, у том року од три године свршује се и опште одељење и једно од стручних." Од тада, дакле, "течај на нашем правном факултету траје, као и на страним факултетима, три године."[44]

На Правном одељењу Лицеја предавао се већи број предмета, од којих су за историју српског управног права свакако најзначајнији: "Природно право", као

[38] Д. Денковић: нав. дело, стр. 46.
[39] Цит. према: С. Лилић: *Управно право*, Београд, 1998, стр. 133.
[40] Д. Денковић: нав. дело, стр. 47, прим. 2).
[41] С. Јовановић: *Уставобранитељи и њихова влада - Друга влада Милоша и Михаила*, стр. 70.
[42] С. Јовановић: нав. дело, стр. 70. Иначе, "правословље" представља буквалан превод латинске речи *iuris-dictio*, што значи "говорити (словити) право".
[43] С. Јовановић: нав. дело, стр. 70.
[44] С. Јовановић: нав. дело, стр. 71.

својеврсни филозофски увод у правне науке, "Штатистика"[45], која је пружала знања о правном, политичком и економском уређењу великих европских држава и "Полициа", српска варијанта науке о полицији, односно науке о управи, која је у то време у Европи, нарочито Француској, Аустрији и Немачкој, била веома развијена. Већ 1848. на Лицеју се уводи нови предмет: "Административно право", готово у исто време када ова научна и наставна дисциплина започиње свој живот и на осталим европским универзитетима.[46]

1863. Лицеј прераста у Велику школу, а његово "Правословно" одељење у Правни факултет Велике школе. Најзад, на основу Закона о универзитету из 1905., Велика школа постаје Универзитет у Београду.

Значај Лицеја, односно Велике школе за науку о државној управи и науку управног права у Србији, лежи у томе што су утемељивачи ових научних дисциплина у нас били управо професори Лицеја и Велике школе. Међу њима, поред оних са којима ћемо се детаљније бавити у овом раду, ваља још поменути: Димитрија Матића, Косту Цукића, Чедомиља Мијатовића и низ других, чија имена заслужују да се памте.

Први професори на Правном одељењу Лицеја, односно Правном факултету Велике школе, били су школовани Срби из Аустрије, који су своје правничко образовање стекли на бечким и пештанским универзитетима. Али, српска влада већ од 1839. почиње да шаље државне питомце ("отачаствене синове") "на страну" (дајући им стипендије или, како се тада говорило, "благодејање" - отуда "благодејанци"), и то најпре у Аустрију и Саксонију (око десет питомаца), а затим све више и у Француску, тако да се већ средином XIX века, а нарочито пред крај уставобранитељске владавине у Србији појављују и наше прве "паризлије": Димитрије Црнобарац, Филип Христић, Стојан Јовановић-Цукић, Коста Магазиновић, Милован Јанковић, Јеврем Грујић и др. [47] Неки се образују чак и у Енглеској (нпр. Миленко Веснић). Многи од државних питомаца, школованих у Француској и другим европским земљама ван Аустрије и Немачке, постаће касније професори Правног факултета Велике школе. На тај начин, ова прва наша високошколска установа, постаће и место сусрета две културе и, што је за нас овом приликом нарочито значајно, две концепције управе и управног права: француске и германске (аустро-немачке).

Јован Рајић и *Начални основи умоправословне и положителне полиције*

Јована Рајића наша правна историја памти као аутора првог уџбеника написаног за потребе студената Правног одељења Лицеја. Уџбеник је објављен у Београду 1841., а носио је наслов: "Начални основи умоправословне и положителне полиције списани за потребу младежи србске у лицеуму књажевства србског учеће се Јова-

[45] Назив потиче од немачке речи "Staatslehre" (наука о држави).
[46] С. Лилић: нав. дело, стр. 134.
[47] С. Јовановић: нав. дело, стр. 73, 74.

ном Раићем у истом лицеуму професором правословља". Дело није, како и сам Рајић признаје, потпуно оригинално, али не може се, напомиње писац, "ни пуким преписом или преводом назвати."[48] Уџбеник је писан у традицији аустријске камералне науке и под утицајем бечког професора фон Зоненфелса (Рајић детаљно пише о болницама, школству, позоришту, штампи и цензури, јавној безбедности, али се бави и узроцима сиромаштва, као и правима и обавезама слугу), али је очигледан и утицај природно-правне концепције, што се види из пишчевог става да свако укидање или ограничење права "мора бити засновано на јасном и извесном позитивном или природном закону. Не може бити недозвољено што таквим законом није забрањено."[49]

Иначе, Рајић је рођен у Осијеку 1805. Свршио је техничке и правне науке, а професор Лицеја постао је марта 1841., али се на том месту није дуго задржао, пошто је убрзо постављен за начелника одељења у Министарству правде. Како је био одушевљени присталица династије Обреновић, са падом кнеза Михаила 1842., повукао се и он из Србије и прешао у Нови Сад, где је радио као адвокат до 1848. Касније је био секретар Великог жупанства у Сомбору, а потом секретар Намесништва у Темишвару. У Темишвару га је и смрт затекла 1856. Био је један од најобразованијих Срба свог доба; говорио је латински, немачки и мађарски, а разумевао француски и италијански. Одлично је познавао латинску и немачку књижевност[50], а био је надалеко чувен и као адвокат и као чиновник. Рајић је био и велики родољуб. Због тога га мађарска револуционарна власт изводи 1848. пред преки суд, али он успева из те невоље да извуче живу главу, а када му је мађарски генерал Перцел, априла наредне године, понудио да уређује један српски лист у мађарском духу, Рајић је ту нечасну понуду са гнушањем одбио.[51]

Сергије Николић - професор Административног права

Један од пионира науке управног права у Србији био је и Сергије Николић. Рођен је у Новом Саду 1816. Ту је завршио основну школу и гимназију, а студије права и филозофије у Пешти. 1840. прешао је у Србију, да би већ у јесен 1842. постао професор Лицеја, на којем је, најпре, предавао Природно право, Народну економију, Римско право и Немачки језик. Увођењем административног права на правне студије Лицеја, Николић постаје први професор овог предмета. Касније је, поред Административног права, предавао и Међународно право и Јавно право Србије. Након смрти Косте Бранковића вршио је, неко време, и дужност ректора Велике школе. Пензионисан је 1866, а умро је у Београду осам година касније (новембра 1874.).

---

[48] О Рајићу и његовом ухбенику в. Д. Денковић: нав. дело, стр. 47.

[49] Д. Денковић: нав. дело, стр. 47.

[50] 1844. превео је чувено Гетеово дело *Јади младог Вертера*.

[51] Драгоцене податке о животу Ј. Рајића оставио је Милан Ђ. Милићевић у свом *Поменику знаменитих људи у српског народа новијега доба* (Београд, 1888.). Ми смо користили савремено издање: М. Ђ. Милићевић: *Поменик знаменитих људи у српског народа новијега доба*, Београд, 1979, стр. 609-611.

Сергија Николића савременици памте као човека "бистра ума" и "логично уређена мишљења", са урођеним даром да предаје "врло јасно и врло разговетно".[52]

Јован Стерија Поповић као професор Природног права

Није довољно познато да је писац "Кир Јање", "Лаже и паралаже", "Покондирене тикве" и других значајних књижевних остварења, Ј. С. Поповић, био не само сјајан књижевник и драмски писац, него и изванредан правник. Рођен у Вршцу 1806., Стерија, свршивши филозофију и права на угарским универзитетима, прелази, након што се неколико година бавио адвокатуром, у Србију 1840. На Правном одељењу Лицеја предавао је, током школске 1840/41. и 1841/42. два предмета: "Куријални штил и судејски поступак при грађанским парницама" и "Природно право".[53] Иако се на Лицеју није дуго задржао (пошто је већ 1842. постао начелник одељења у Министарству просвете[54]), остао је упамћен као сјајан предавач, чија су предавања, посебно из Природног права, била на завидној теоријској висини.

У својим предавањима из Природног права (која су до данас сачувана у рукопису, а "Матица српска" их је штампала 1995.), Стерија претреса низ важних питања из области теорије државе и права, грађанског права и међународног права, а разматра и неке проблеме уставног и управног права.

По мишљењу Стерије, право се јавља у три облика: као филозофско (природно), као откривено ("Мојсеово") и као позитивно ("положително").[55] Он, при томе, одлучно одбацује тврдњу да постоји само позитивно право, јер би то значило да је "извор сваког права произвољан", односно, да би сваки "моћни могао постојеће законе одбацивати, и оно за право издавати, што се с његовом вољом или његовим поњатијем слаже".[56] Природно право Стерија разлаже на приватно, које се бави човеком као појединцем и јавно, које проучава човека као члана државне заједнице, или, како он каже, као биће које "јавни карактер носи".[57]

Слично Хобсу, Стерија везује настанак државе за природно стање, у којем је уживање природних права "различним сумњама, нарученијама и пр. неуклонимо изложено".[58] Стога је нужно да се, на темељу друштвеног уговора, изгради држава као субјекат "који свима за управленије законе предизлаже, распре и сваке незгоде пресудом тиша, и грозењем и извршивањем нагонителних средства помоћу сојужених сила чини, да права воопште и појединце обезбеђена бивају".[59] Стерија, дакле, разликује, три функције државне власти: законодавну, управну ("извршителну") и судску.

---

[52] М. Ђ. Милићевић: нав. дело, стр. 437.

[53] Радомир Лукић: *Јован Стерија Поповић - професор природног права на Лицеју*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1, 1957, стр. 1.

[54] М. Ђ. Милићевић: нав. дело, стр. 564.

[55] *Природно право*, Јована Стерије Поповића, Нови Сад, 1995, стр. 23, 24.

[56] Исто, стр. 25.

[57] Исто, стр. 27.

[58] Исто, стр. 77.

[59] Исто, стр. 78.

Управна власт састоји се у "праву надзиранија" над радом поданика (како "физических", тако и "моралних особа"), што подразумева да држава мора имати податке о "возрасту и годинама својих поданика, даље о имању" и о свим другим питањима, чије је познавање од значаја "да се цел државе докучи".[60] С друге стране, да би се надзирање учинило ефикасним, "нужно је извршивање определенија и закона" и коришћење свих средстава које владатељ (тј. власт) "употребити може" да би се постигао крајњи циљ државно-правног поретка: безбедност и благостање грађана.[61] И судска власт, као и управна, састоји се у извршавању закона, али је разлика у томе што дејство суда почиње у тренутку када је повреда правног поретка већ учињена, док је делатност управе ("полиције") усмерена на то да такву повреду спречи, односно да је предупреди. Суд, дакле, безбедност грађана обезбеђује "непосредствено", а управа "посредствено".[62]

Такође, Стерија разматра и питање власти над добрима у држави ("финанцијална власт") и право државе да убире порез, који је, по његовом мишљењу, средство да се достигну "опште цели".[63] Говорећи о државним службеницима, Стерија препоручује да се места у државном апарату попуњавају тако да се обезбеди штедња државних финансија, односно да се чиновничка "званија" уводе онолико "колико нужда изискује". Државне службенике ваља бирати међу онима који су телесно и душевно способни и који поседују "знања и умну вештину". Ништа друго ("нити племе, нити препорука, нити надежда, да ће се у смотренију оскудевајућих својства временом поправити, нити напоследак подли мит") не сме бити услов да се неко у државну службу прими. Чиновничка служба треба да буде доживотна ("до времена смрти"), с тим што се, сматра Стерија, може изгубити у случају злоупотребе, коју ваља утврдити судским путем ("изреченом пресудом"). Најзад, чиновници морају бити одговорни за свој рад, али и адекватно плаћени, како се у администрацији не би зацарио мит, из којега се "млога зла за државу рађају."[64]

Своја разматрања јавног права, Стерија завршава констатацијом, која је и данас актуелна: да "тако совршеног и доброг правленија на свету нема, које би за све државе и за свако време сходствовало" и да је свако "правленије добро, које духу народа, времену, и опстојателствима потпуно одговара."[65]

Државна служба и државне слуге Милоја Лешјанина

Милоја Лешјанина је модерна српска наука управног права, потпуно неоправдано, готово сасвим заборавила. Његово име се у нашим уџбеницима, монографијама, студијама, расправама и чланцима[66] уопште не помиње. А он је дао вредан

[60] Исто, стр. 112.
[61] Исто, стр. 113.
[62] Исто, стр. 113.
[63] Исто, стр. 125.
[64] Исто, стр. 126, 127.
[65] Исто, стр. 150.
[66] Не помиње га чак ни проф. Д. Денковић, који се једини у нашој савременој правној науци бавио српском управно-правном старином.

допринос у расветљавању неких важних питања управног права, пре свега, положаја и права државних чиновника. Своја схватања о томе изнео је у својој расправи "Државна служба и државне слуге", објављеној у Бечу 1859.[67]

Лешјанинова расправа је настала као реакција на уставобранитељске прописе о чиновницима (Устав из 1838, Закон о устројству централне државне управе из 1839. и Уредбу о чиновницима из 1842.). Тим прописима, како смо видели, било је предвиђено да је чиновничка служба доживотна и да се може изгубити само на основу судске пресуде. На тај начин је влади одузето не само право отпуштања чиновника, него чак и могућност њиховог дисциплинског кажњавања.[68] Отуда је недисциплинованост и распуштеност чиновника постала општа појава под режимом кнеза Александра Карађорђевића; чиновници су постали својеврсна "држава у држави" и њиховој бахатости се, формално-правно, није могло стати на пут.

Лешјанин је у својој расправи, писаној под утицајем владајућих схватања у немачкој правној теорији, доказивао да чиновник није власник своје службе, него да је слуга државе, којој дугује законит и савесан рад. Стога би се, по његовом мишљењу, поред одговорности пред судом, морала установити и одговорност чиновника пред вишим административним инстанцама: министром и кнезом. Судови су, наиме, "добри да извиђају и суде обичне кривице учињене од чиновника у службеној дужности, али небрижљиво и нетачно вршење службе боље могу утврдити више административне власти, које воде над чиновницима свакодневни надзор."[69] Право отпуштања чиновника треба, дакле, дати и влади, јер је то једини начин да чиновник престане да буде "ага и беспосличар" и да постане оно што треба да буде: "државни слуга, који у своме звању не види само извор својих личних користи, него још и једну службу према држави која тражи најсавесније вршење."[70]

Али, поставља се питање: који су то разлози због којих влада може отпустити чиновника? Да ли се ради о обичним дисциплинским неуредностима или се влада може руководити и одређеним политичким мотивима? Лешјанин је сматрао да у државној администрацији не смеју да постоје, како их је он називао, "гарантирана звања", него да влади треба дати пуну слободу да из државне службе уклања не само недисциплиноване и неуредне, него и политички непоуздане чиновнике. Тиме се, додуше, ствара могућност да влада своја права политички злоупотреби, али, по његовом мишљењу, боље је "отрпети у понеком случају и очиту неправду, него допустити да се у државној служби зацари неред и анархија."[71]

Схватања М. Лешјанина о статусу чиновника, дошла су до изражаја у већ помињаном Михаиловом Закону о чиновницима из 1864, а посебно у измењеном чл. 76. тога Закона из 1865, који је, низ година, био прави страх и трепет за државне

[67] С. Јовановић: *Уставобранитељи и њихова влада - Друга влада Милоша и Михаила*, стр. 367; М. Ђ. Милићевић: нав. дело, стр. 299.

[68] Дисциплинске санкције, предвиђене Уредбом из 1842, биле су, заправо, безначајне: укор и губитак плате до месец дана. (в. С. Јовановић: нав. дело, стр. 367.).

[69] С. Јовановић: нав. дело, стр. 367.

[70] С. Јовановић: нав. дело, стр. 368.

[71] С. Јовановић: нав. дело, стр. 368, 369.

службенике и благодарећи којем су, између осталих, из државне службе, из чисто политичких разлога, протерени и многи врсни интелектуалци школовани на страни: Милован Јанковић, Владимир Јовановић (отац Слободанов), Милан Кујунџић, Глигорије Гершић и др.[72]

Иначе, Лешјанинова расправа је леп пример како правна теорија може да утиче на законодавца. Таква кореспонденција науке и законодавства нам је и данас и те како потребна. То би резултирало доношењем закона и других прописа, који су промишљени, начно-теоријски засновани и, што је такође врло важно, постојани и имуни од честих, али исхитрених измена.

Администрација Краљевине Србије, с нарочитим погледом на науку о држави и државној управи Стојана Марковића

Важан претеча управног права у нас био је и знаменити професор, а неко време, и ректор Велике школе Стојан Марковић. Његово најзначајније дело је уџбеник "Администрација Краљевине Србије, с нарочитим погледом на науку о држави и државној управи" из 1893. Неки наши писци истичу да је С. Марковић први који се у српској правној књижевности бавио проблемима управе и управног права. Ми се са тим не би могли сложити. Видели смо да су нека важна питања из ове области разматрали српски правници знатно пре Стојана Марковића. Али, остаје чињеница да је ово Марковићево дело оставило неизбрисив траг у нашој науци управног права.

Уџбеник је писан претежно дескриптивним стилом, са доста ванправних елемената.[73] Аутор је био под знатним утицајем чувеног аустријског теоретичара Лоренца фон Штајна и његовог дела "Наука о управи" (објављеног у осам књига између 1865. и 1884.), тако да "Администрација Краљевине Србије" више припада науци о управи, него управном праву.[74] Ипак, значај Марковићевог дела лежи у томе што су у њему подробно описане неке важне управно-правне установе, као што су: службеничко право, Државни Савет и Главна контрола. На тај начин, његов ухбеник представља фреску и важан историјско-правни споменик за упознавање државне управе и управног права Краљевине Србије на крају XIX века.

Војислав Вељковић о односу између судске и административне власти у држави

Последњи аутор чијим ћемо се делом бавити у овом раду био је професор Велике школе Војислав Вељковић. Најзначајнији његов допринос проучавању одређених проблема управног права Србије XIX века представља "уводно предавање из Административнога права, држано у дворници Вел. школе 6. априла 1896.", на тему: "Однос између судске и административне власти у држави".

[72] в. С. Јовановић: нав. дело, стр. 369, 370.
[73] П. Димитријевић, П. Марковић: *Управно право I*, Београд, 1986, стр. 385.
[74] Д. Денковић: нав. дело, стр. 48.

У том предавању говори се о примени "онога великога, основнога, принципа поделе власти у држави на односе између власти судске и власти административне."[75] Ипак, овај принцип не сме бити примењен у свом крајњем, апсолутном виду, јер лако може да се изметне у своју супротност: у систем у којем ће права и слободе појединаца бити доведени у питање, односно у којем појединци неће имати довољно инструмената за њихову заштиту. До краја примењен, принцип поделе власти онемогућавао би, између осталог, суду да поништава или мења одлуке управне власти, чак и кад су оне очигледно незаконите.[76] Појединац, незадовољан неким управним актом, могао би, у систему круте примене принципа поделе власти, да апелује само опет на ту исту управну власт, само вишег степена. А то би, напомиње В. Вељковић, било исто као "кад бисте у једном приватном спору били принуђени да за судију узмете свога парничара."[77] Стога се показује целисходним да се принцип поделе власти примени у свом блажем облику и да се судској власти да право да отклања незаконитости садржане у управним актима.

Јасно је, дакле, да постоји потреба формирања "једнога нарочитога тела, ако не увек независног а оно бар одвојеног од активне администрације, коме се поверава да расправља спорове између појединаца и административне власти."[78] И Србија је у то време, као и Француска и Немачка, познавала институт управног спора. Али, Вељковић оштро критикује систем, који је у нас био усвојен. Треба, наиме, знати да су у то доба у Србији важили Устав из 1869. и Закон о Државном савету из 1870. (враћени на снагу државним ударом краља Александра Обреновића 1894.), а по овом потоњем, као што смо видели, пресуда донета у управном спору није била обавезна за министре, нити је независност Државног савета од Министарског савета и активне администрације била до краја загарантована. "Колико у оваквом систему има гарантије за права приватних није тешко оценити."[79]

На крају, Вељковић предлаже да се изврши реформа система решавања управних спорова у Србији, тако што би се створили посебни, од активне администрације потпуно независни, административни трибунали или тако што би се решавање управних спорова ставило у надлежност редовних судова. Таква реформа постигла би двоструки циљ: "стављајући судове у извесном погледу изнад администрације", дала би им "и већега ауктитета", док би за грађане она представљала једну нову гаранцију заштите њихових субјективних права.[80]

[75] В. Вељковић: *Однос између судске и административне власти у држави* - уводно предавање из Административног права, држано у дворници Вел. школе 6. априла 1896, Парна радикална штампарија, Београд, 1896, стр. 3.

[76] Исто, стр. 6.

[77] Исто, стр. 7, 8.

[78] Исто, стр. 11.

[79] Исто, стр. 13.

[80] Исто, стр. 24, 25.

Aleksandar Martinović, Assistant
Law Faculty of Novi Sad

THE CREATION OF A MODERN STATE ADMINISTRATION AND THE BEGINNINGS OF ITS STUDY IN THE 19th CENTURY - THE EUROPEAN COORDINATES

- CONTRIBUTIONS TO THE HISTORY OF SERBIAN ADMINISTRATIVE LAW-

Abstract

The restoration of Serbian statehood began during the early 19th Century, with the First and Second Serbian Uprisings, with the removal of the chains of several centuries of Turkish oppression and the creation of the first forms of its own, independent political control. In its main form, this process lasted all the way up until 1878, when, the Principality of Serbia (and the other Serb state: the Principality of Montenegro) was finally recognized as independent (from 1882) by the large European powers (including Turkey itself, as the Serbian suzerain). However, this did not mean that the process of establishing the rule of law, political, social and cultural change in Serbia had been completed. On the contrary, Serbia had been changing and perfecting its institutions, always leaning towards the most developed European states, up until 1918, with the end of its independence.

Tumultuous, almost revolutionary, changes engulfed the Serbian state administration as well. While during the early stages of the Serbian people's battle for liberation the state administration was personified by illiterate national chiefs, of which only a few had "studied a rugged elementary reader," as stated by father Matija Nenadović, by the second half and towards the end of the 19th Century, Serbia had inherited a whole number of highly modern administrative institutions, modeled after France, Austria and Germany.

Already during the Karađorđe Uprising, Serbian legal science began dealing with administrative problems, followed by administrative law, so that in time, with the arrival of more favorable political, social and cultural opportunities, the methodology and systematics in the study of relevant issues in this area, were continuously being perfected. Elements of the Serbian science of administrative law began surfacing, almost simultaneously during the first days of the existence of this science in countries which are generally considered to be its birthplace: France and Germany.

It is understood, that there was plenty of superficiality, descriptiveness, uncritical support of foreign models, insufficient depth and other defects in those pioneering efforts. Despite this, the achievements of Serbian legal science in the 19th Century in studying the phenomenon of administration and administrative law were, in many aspects, on par with the great European schools of administrative law and represented an invaluable foundation for the expansion of our administrative legal science in later times, up until today.

УДК
Изворни научни рад
Предато: 15.12.2002.
BIBLID: 0550-2179,36(2002),1-3:p.371-378

Гордана Дракић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

СУДСКА ВЛАСТ НА ПОДРУЧЈУ ВОЈВОДИНЕ ОД 1918. ДО 1919. ГОДИНЕ

Сажетак: *У раду се обрађује период након одржавања Велике народне скупштине у Новом Саду 25. новембра 1918. године, на којој је поред одлука о отцепљењу Војводине од Угарске и прикључењу Краљевини Србији, донета и одлука о формирању Великог народног савета, као законодавног, и Народне управе као извршног органа власти за подручје Баната, Бачке и Барање. Пажња је усмерена на активности Одсека за правосуђе Народне управе на успостављању судске мреже, стварању судских кадрова, уношењу суштинских, и напредних, измена у судски поступак, као и на проблеме које је Одсек имао у свом раду.*

Кључне речи: Војводина, подручје Баната, Бачке и Барање, Одсек за правосуђе Народне управе, суђење, судски кадар.

Прикључење Војводине заједничкој држави Срба, Хрвата и Словенаца у новембру 1918. године представља тему која је у историографији доста обрађивана. Овај значајан догађај посматран је углавном кроз призму политичких збивања уочи Велике народне скупштине и на самој Скупштини.

Мањи број радова се бави анализом организације власти која је настала у Војводини крајем 1918. године. Сматрамо да би било значајно детаљније проучити постанак и рад органа власти у Војводини у време провизоријума, као и проблеме са којима су се суочавали у својим напорима да формирају јединствени систем власти. Међутим, свеобухватна анализа овог проблема превазилази оквире овог рада. Због тога ћемо сумарно приказати постанак законодавне и управне власти, а покушаћемо да детаљније опишемо формирање судске власти и основне проблеме у њеном функционисању.

*

* *

Велика народна скупштина одржана је у Новом Саду 25. новембра 1918. године. Прва резолуција која је објављена на скупштини садржала је одлуку о директном прикључењу Војводине Краљевини Србији.

Другом резолуцијом, која је као и прва једногласно усвојена, проглашено је отцепљење Баната, Бачке и Барање од Угарске и основан је Велики народни савет и Народна управа.

Велики народни савет био је законодавно тело састављено од педесет чланова, који су били изабрани из реда посланика на Великој скупштини. Задатак савета био је да доноси потребне уредбе и наредбе, да постави Народну управу и да врши надзор над њеним радом. Народна управа је била извршни орган, имала је задатак да управља Банатом, Бачком и Барањом у територијалним границама које је требало да означи Антантина балканска војска. За свој рад Народна управа је била одговорна Великом народном савету.[1]

Дакле, одлукама Друге резолуције, коју је усвојила Велика народна скупштина, биле су постављене основе за изградњу система српске власти на подручју Војводине означеном демаркационом линијом.

Веома је значајно било то што су новостворени органи власти као начела у свом раду усвојили једнакост и равноправност свих народности на територији Војводине и право сваког грађанина да употребљава матерњи језик када општи са властима.

Према одлуци Велике народне скупштине, Народне управа се састојала од следећих једанаест одсека: политички послови, унутрашњи послови, правосуђе, просвета, финансије, саобраћај, привреда, прехрана и снабдевање, социјалне реформе, народно здравље и народна одбрана, а Велики народни савет је требало да је конституише.

Избору повереника, и њихових заменика, за сваки ресор Народне управе приступило се на седници Великог народног савета одржаној 27. новембра 1918. године. За председника Народне управе био је изабран др Јован Лалошевић. Изабрани повереници и њихови заменици положили су заклетву. На истој седници је решено да се одлуке Велике народне скупштине посебно одштампају на српском и другим језицима и да се разделе по народу.[2]

Народна управа је у данима после Велике народне скупштине па до оснивања прве владе заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца 20. децембра 1918. године, вршила скоро у потпуности све функције власти.

У свом раду имала је бројних тешкоћа, пре свега недостатак људства и материјалних средстава. О томе сведоче и речи председника Народне управе др Јована Лалошевића на седници Великог народног савета, приликом подношења извештаја о раду тог извршног органа: “Ишчупати из руке угарских власти целу

[1] К. Милутиновић, *Војводина и стварање Југославије*, Посебни отисак из "Хисторијског прегледа" 3-4/1961, 206-207.

[2] Архив Војводине, Фонд Народне управе за Банат, Бачку и Барању, Записник са седнице Великог народног савета од 14. новембра 1918. године (по старом календару).

администрацију широких области покрајина Баната, Бачке и Барање, те организовати сав строј државног живота, био би велик и тежак посао и онда када би нам у изобиљу стајала на расположењу и сва потребна средства и сви потребни људи. “[3]

“После 20. децембра Народна управа постепено се разрешава и преноси своје функције на централну владу, да би коначно престала са радом 11. марта 1919. године чиме је завршено организационо уклапање Војводине у нову државу. “[4]

*

* *

Стање у судовима на подручју Баната, Бачке и Барање пре ослобођења веома је добро приказано у Извештају новосадских адвоката Стевана Адамовића, Милана Бокшана и Косте Хаџија, који су сачинили на позив Народне управе у фебруару 1919. године.

У Извештају се, најпре, подвлачи да су од неколико хиљада судија у Мађарској само седморица били Срби, а и они су били размештени у несрпским крајевима. Поменути адвокати су сматрали да је разлог тако малог броја српских судија било то што нису постојали услови “ за редовну, правилну и правичну каријеру”.

Према мађарским законима званични језик је био мађарски, а странке нису могле да подносе молбе и жалбе судовима на матерњем језику. Тиме су, каже се у извештају, “искључили добру половину становништва- које осим матерњег другог језика не познаје - целе земље из благодети, да са својим судовима може на матерњем језику опћити. “ Аутори извештаја су нарочито замерали што није било ни једног закона или наредбе о томе да судија мора знати језик народа којима суди, па су странке на суђењу морале да имају тумача - “неправника ...сумњиве квалификације”, што је све представљало повреду начела непосредности суђења.

Држава није постављала и плаћала судске тумаче, па су то морале да чине странке уколико нису знале мађарски језик.

Адвокати су у извештају, најзад, изнели да “ сами закони угарски су доста либерални били на папиру, и није се у њима правила разлика између Мађара и Немађара”, али су судије имале велика дискрециона овлашћења која су често злоупотребљавале.[5]

Имајући у виду претходни извештај, утолико напредније делују промене које је у тадашњем правосудном систему извршио Одсек за правосуђе Народне управе. О томе сазнајемо из експозеа заменика повереника за правосуђе др Јована Петровића, који је поднео на пленарној седници Народне управе одржаној 6. децембра 1918 године.

Заменик повереника за правосуђе је, најпре, обавестио пленум Народне управе да је послао позив свим судовима и државним одветништвима да ступе у слу-

[3] Архив Војводине, Фонд Народне управе (у даљем тексту АВ, ФНУ), Записник са седнице Великог народног савета од 15(28). децембра 1918. године.

[4] Љ. Кркљуш, Л. Ракић, *Војводина и стварање југословенске државе 1918. године*, Нови Сад 1992,20.

[5] АВ, ФНУ, Извештај новосадских адвоката С. Адамовића, М. Бокшана и К. Хаџија из фебруара 1919. године.

жбу Народне управе и да им је оставио рок од осам дана да на позив одговоре. По истеку тог рока сви судови су требали да почну са редовним радом.[6]

На подручју Баната, Бачке и Барање судска мрежа среских и окружних судова углавном је била наслеђена од Угарске. Међутим, отцепљењем тог подручја од Угарске престала је надлежност виших угарских судова - Апелационог суда у Сегедину и Угарске краљевске курије у Будимпешти, чија су седишта била изван Баната, Бачке и Барање.[7]

У складу са променом државних граница, Одсек за правосуђе је извршио одређене организационе промене у судству: проширена је стварна надлежност општинских судова, адвокатске коморе су остале непромењене али им се територија изменила према демаркационој линији. Такође је било одређено да ће функцију председника суда у општинским судовима у селима, вршити сеоски општински кнез или његов заменик, а да ће чланови тих судова бити два општинска представника. У градовима је функцију председника општинског суда требало да врши, од градске управе за то одређен, сенатор или чиновник, а да чланови буду два члана градског представништва.[8]

Много значајније биле су суштинске промене извршене усвајањем напредних начела судског поступка. Наиме, супротно дотадашњој пракси угарских судова, усвојено је начело *језик странака је и језик суђења* . Усвајање овог начела представљало је најбољу потврду и оживотворење одлука Велике народне скупштине о потпуној слободи и равноправности свих народа на територији Војводине и о праву сваког грађанина да користи матерњи језик у општењу са властима.

На истој седници Народне управе, прочитан је и предлог упућен Великом народном савету, да то тело донесе наредбу о увођењу осталих језика, на територији Народне управе за Банат, Бачку и Барању, у судски и административни поступак. То је био још један доказ настојања нове војвођанске власти да правосудни систем устроји на напредним и демократским основама.

Заменик повереника за правосуђе изнео је и план тог Одсека, да се установи испитна комисија за оне који желе да ступе у правосудну службу, а немају потребну законску квалификацију.

Овај план је представљао један од начина за поступно превазилажење проблема кадровског дефицита у правосуђу.

У циљу ефикаснијег рада, предложено је да се Одсек за правосуђе Народне управе организује у десет одељења по угледу на Министарство правде у Будимпешти.[9]

Позив који је Народна управа упутила правосудним установама да ступе у њену службу и положе заклетву, изазвао је реакцију министра правде Мађарске

[6] АВ, ФНУ, Записник са пленарне седнице Народне управе од 23. новембра 1918. године(по старом календару).

[7] АВ, Фонд Апелационог суда Нови Сад 1919-1941.

[8] АВ, ФНУ, Записник са пленарне седнице Народне управе од 23. новембра 1918. (по старом календару)

[9] Исто.

Народне Републике, др Денеша Беринкајиа. Он је у писму упућеном поверенику за правосуђе Народне управе изразио свој протест.

Министар Беринкаји је, позивајући се на Уговор о примирју, подсетио да се тачком 1. Уговора, у поседнутим крајевима, оставља недирнута мађарска грађанска управа у коју спада и правосуђе. Како је истим Уговором мађарској влади стављено у дужност одржавање реда и мира у тим крајевима, мађарски министар правде је нагласио да је то немогуће испунити уколико судови не буду у надлежности мађарских власти.

Мађарски министар правде је предложио да се, у циљу решавања проблема, у Будимпешти поведу разговори између представника мађарске владе и Народне управе.[10]

Повереник за правосуђе Народне управе је, на овај протест мађарског министра, одговорио да се цео народ Баната, Бачке и Барање дефинитивно отцепио од Мађарске и да Народна управа то отцепљење сматра за коначно.

Он је, даље, навео да је Народна управа вољна, да у Новом Саду, ступи у преговоре са представником мађарског министра правде.

Нагласио је, при том, да Народна управа жели да започне преговоре ради решавања административних питања, као и из "осећања човечности" према интересима неколико стотина мађарских судија и чиновника, и њихових породица, које је Народна управа спремна да прими у своју службу.[11]

О важности ових преговора за обе стране сведочи и извештај поднет на једној од наредних пленарних седница Народне управе. У том извештају се говори о вестима из Будимпеште, према којима је мађарском министру правде било поверено да преговара са надлежним одсеком Народне управе не само о правосудним, већ и о свим осталим чиновницима. У истом извештају је, даље, речено да је мађарски министар просвете изјавио спремност мађарске владе да плаћа све своје чиновнике, на поседнутом подручју, да би се на тај начин изразило постојање мађарског империјума у тим крајевима.[12]

Спремност Народне управе да у служби задржи мађарске судије и чиновнике, уколико положе заклетву, био је још један од начина за решавање проблема недостатка стручних кадрова у правосуђу.

Међутим, решити проблем на тај начин није било лако, зато што су судије, и друго особље судова, изражавале отпор према новој власти.

О томе сведоче записници са пленарних седница Народне управе од 24. јануара и 19. фебруара 1919. године, у којима се говори о одбијању неких судија да положе заклетву Народној управи.

---

[10] АВ, ФН, Писмо др Денеша Беринкајиа министра правде Мађарске Народне Републике од 12. децембра 1918. године.

[11] АВ, ФНУ, Одговор Одсека за правосуђе на протест мађарског министра правде др Д. Беринкајиа.

[12] АВ, ФНУ, Записник са пленарне седнице Народне управе од 10. децембра 1918. год. (по старом календару).

На седници од 19. фебруара 1919. године, пленум Народне управе је на упражњена места, судија и службеника који нису хтели да положе заклетву, именовао неколико адвоката вољних да ступе у службу Народне управе. [13]

Новосадски суд је тек 20. фебруара 1919. године коначно преузет од мађарских судија, а прва расправа на српском језику одржана је два дана касније, 22. фебруара 1919. године.[14]

Да су наведени проблеми још дуго постојали види се и из наредбе министра унутрашњих дела Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца – Одељење за Банат, Бачку и Барању, бр. 11663/1919 од 30. октобра 1919. године, која је била упућена свим великим жупанима и градским начелницима .

У наредби се истиче, да се на територији Баната, Бачке и Барање " још нису могли организовати у свима местима наши судови, те још у неким судовима раде мађарске судије на мађарском језику".

Као разлог таквом стању наводи се недостатак, у свим покрајинама Краљевства СХС, образованих правника као кандидата за судијске положаје. Нарочито, за подручје Баната, Бачке и Барање, проблем је представљало то што су кандидати поред службеног морали знати и мађарски језик, јер су се још увек користили мађарски закони.

Уједно је у овој наредби поновљен позив министра правде Краљевства СХС, упућен свим "свршеним правницима" који су желели да се приме судијског положаја, а испуњавали су све услове осим судијског и адвокатског испита. Позив је био упућен и " апсолвираним правницима" који нису завршили правни факултет, а желели су да буду бележници. Сви заинтересовани су могли да се молбом обрате Министарству правде.[15]

Садржај наредбе сведочи да су се напори, да се што више младих правника уведе у правосудну службу, да се употпуни правосудни кадар и судски систем организује, наставили још дуго након демисије Народне управе за Банат, Бачку и Барању, када је њен Одсек за правосуђе постао одељење Министарства правде Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца у Београду.

*

* *

Можемо закључити, да је једно кратко време, од краја новембра 1918. до почетка марта 1919. године, на подручју Војводине постојала самостална власт. Органи власти били су основани одлукама Велике народне скупштине. О тим одлукама власти у Београду биле су накнадно обавештене.

Признање Народне управе за легални орган власти, иако је затражено, из Београда није било добијено. О нејасном правном положају Народне управе говорио је

[13] АВ, ФНУ, Записници са седница Народне управе од 24. јануара и 19. фебруара 1919. године.

[14] Љ. Јудин,*О раду Народне управе за Банат, Бачку и Барању 1918-1919.,* Посебни отисак из Зборника за друштвене науке Матице српске, св. 51/1968,17.

[15] АВ, ФНУ Наредба министра унутрашњих дела бр. 11663/1919. од 30. октобра 1919. године.

и њен председник, подносећи извештај о раду тог органа на седници Великог народног савета.[16]

Пред Одсеком за правосуђе Народне управе је, у том периоду, стајао велики посао. Иако је судска мрежа, у основи, била наслеђена од Угарске, било је потребно да се употпуни. То је значило предузимање припремних послова на оснивању и уређењу Апелационог суда за подручје Баната, Бачке и Барање.

Одлука Одсека за правосуђе да се организује у десет одељења, била је доказ решености да се што ефикасније и оперативније спроведу у дело постојећи планови.

Веома је значајан био рад Одсека на превазилажењу проблема недостатка судија и судских службеника. Одлучност у решавању овог проблема испољила се установљавањем испитне комисије, која је била надлежна за проверу кандидата који су желели да ступе у судску службу, а нису имали потребну квалификацију.

Одлука да се у правосудној служби задрже мађарске судије и чиновници, уколико положе заклетву Народној управи, било је решење условљено постојећом ситуацијом и изражавало је свест нове власти о реалним могућностима.

Да би се наставило функционисање судова, Народна управа је покушала да у своју службу придобије и мађарски стручни кадар јер је српски тек требало формирати.

Свакако су најнапредније биле одлука, Одсека за правосуђе, о увођењу, поред службеног, и осталих језика у судски поступак и усвајање начела језик странака је и језик суђења. Тиме су, најзад, сви грађани без обзира на националност, били изједначени у заштити својих права и интереса пред судом.

Дакле, можемо рећи да су органи власти у Војводини, у време провизоријума, имали напредне идеје и конкретне планове за изградњу правосудног система. Али су им на том путу стајале бројне тешкоће, пре свега: њихов недефинисан правни положај у односу на владу у Београду, материјална оскудица и кадровски дефицит. Успостављање редовног рада у судовима било је отежано и услед отпора који је, према новој власти, изражавало затечено особље судова.

На захтев централне владе Краљевства СХС, Народна управа је поднела своју демисију на седници Великог народног савета од 28. децембра 1918. године.[17]

Након тога је, у току јануара и фебруара, извршена постепена ликвидација одсека Народне управе. Тако је и Одсек за правосуђе постао Одељење Министарства правде у Београду, за Банат, Бачку и Барању, а послови усмерени на организовање судског система, надаље, су се водили у оквиру настојања централне владе да се на територији целог Краљевства СХС изгради јединствени правосудни систем и изједначи право.

---

[16] "То признање, ту правну основу смо ми тражили не једанпут, али смо свагда добијали само усмена уверавања и нека врло мутна упутства, акта пак о томе да смо ми призната легална власт, која је позвана да у овим крајевима врши ексекутиву државне воље, не добисмо ни сада", АВ, ФНУ, Записник са седнице Великог народног савета од 15 (28) децембра1918. године.

[17] Телеграм упућен од владе Краљевства СХС, који је садржао захтев за демисију Народне управе, прочитан је на седници Народне управе од 14 (27) децембра 1918. године. (АВ, ФНУ).

Gordana Drakić, Assistant
Law Faculty of Novi Sad

JUDICIAL AUTHORITY IN THE TERRITORY OF VOJVODINA FROM 1918 TO 1919

Abstract

Independent rule existed on the territory of Vojvodina for a short period of time, from November 1918 to March 1919. The article presents the activities of the Judiciary Department of the National Administration in that period, in creating new professionals and in establishing regular judicial functioning. Particularly significant, were the changes, which the Judiciary Department brought into judicial procedure by adopting the principles of client language and trial language, in addition to the official language and other languages.

The article points to the basic problems which the Judiciary Department faced in its work: resistance of judicial personnel who found themselves in the midst of regime change and who refused to acknowledge the new government and its decisions, a shortage of professionals and material resources and the uncertain status of the Vojvodina governing body in relation to the central government of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes in Belgrade.