



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

ЗБОРНИК РАДОВА

RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVII, 3, (2003)

УДК 3

НОВИ САД, 2004.



УДК 3 YU ISSN 0550-2179
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YUGOSLAVIE)



ЗБОРНИК РАДОВА

RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVII, 3 (2003)

НОВИ САД, 2004.

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3 (2003)

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3 (2003)
ЗПФНС, Година XXXVII, бр. 3 (2003)

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 Мунђан (1992-1997), проф. др Милијан Поповић (1998-2003).

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 Родољуб Етински

Чланови Уредништва:

Проф. др Момчило Вукићевић, проф. др Јожеф Салма, проф. др Зоран Арсић, проф. др Предраг Јовановић, проф. др Љубомирка Кркљуш, проф. др Мило Бошковић, проф. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, доц. др Сања Ђајић.

Секретар Уредништва

Доц. др Зоран Лончар

Штампа: "Кримел" Будисава

Тираж: 200 примерака

САДРЖАЈ

- Др Милијан Поповић, редовни професор
Србија као регионална држава
- Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
*Војно-организациона делатност Главног одбора Српске Војводине
1848-1849. године*
- Др Марија Вучковић, редовни професор
*Регија под протекторатом Уједињених нација
(Косово и Метохија: старатељство ОУН)*
- Др Јожеф Салма, редовни професор
*Реформе, хармонизација и рекодификација грађанских закона у
области деликтног права*
- Др Даница Попов, редовни професор
Државина права стварне службености
- Др Душан Николић, ванредни професор
Италијански метод уједначавања грађанског права (mos docendi italicus)
- Др Магдолна Сич, ванредни професор
*Путеви стварања јединственог европског приватног права и
проблем различитих модела стицања својине*
- Др Раденка Цветић, доцент
Нека спорна питања везана за институт права прече куповине
- Др Ђорђе Попов, редовни професор
Приватизација уз учешће страног капитала
- Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Концесије у нашем и упоредном праву
- Др Драго Дивљак, доцент
Приватизација и заштита страних лица
- Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Уговори са потрошачима са иностраним елементом
- Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
*Регулатива Савета (РЗ) бр. 2201/2003. о надлежности и признању
и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске
одговорности, којом се ставља ван снаге Регулатива (ЕЗ) бр. 1247/2000.*
- Др Драган Милков, редовни професор
Омбудсман у земљама Европске уније

Др Ранко Кеча, редовни професор

О променама закона о парничном поступку

Др Марија Салма, доцент

Независност судовања

Др Момчило Вукићевић, редовни професор

Еколошко освешћивање човечанства

Др Снежана Бркић, доцент

Изостанак фаза претходног поступка у упрошћеним процесним формама

Мр Татјана Лукић, асистент-приправник

Претходно (припремно) рочиште у кривичном поступку

Мр Драгиша Дракић, асистент-приправник

Анализа прописа о неурачунљивости кроз судску праксу

Мр Гордана Дракић, асистент-приправник

Судови на подручју Војводине и проблеми у њиховом раду у првих десет година постојања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца

TABLE OF CONTENTS

- Milijan Popović, Ph.D., Full Professor
Serbia as a Regional State
- Ljubomirka Krkljuš, Ph.D., Full Professor
Military and Organisational Aspects of the Work of Principal Board of Serbian Vojvodina in the period between 1848 and 1849
- Marija Vučković, Ph.D., Full Professor
UN Protectorate Region (Kosovo and Metohija: OUN Protectorate)
- Jozef Salma, Ph.D., Full Professor
Reforms, Harmonization and Recodification of Civil Codes in Matters of Torts
- Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Possession of Real Servitudes
- Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor
Italian Approach to Unification of Civil Law (mos docendi italicus)
- Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Methods of Creating Uniform European Private Law and Problems of Different Modes of Property Acquisition
- Radenka Cvetić, Ph.D., Assistant Professor
Some Issues Relevant for Preemption Rights
- Djordje Popov, Ph.D., Full Professor
Privatization Involving Foreign Capital
- Dušanka Djurdjev, Ph.D., Full Professor
Concessions in Our Legal System and Comparative Overview
- Drago Divljak, Ph.D., Assistant Professor
Privatization and Protection of Foreign Investors
- Maja Stanivuković, Ph.D., Associate Professor
Consumer Contracts – Applicable Law and Jurisdiction
- Bernadet Bordas, Ph.D., Associate Professor
EC Council Regulation no. 2201/2003 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Marital Affairs and Matters of Parental Responsibility Which Sets Aside the EC Regulation no. 1347/2000
- Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
Ombudsman in Member States of European Union
- Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
Amendments of Civil Procedure Act

Marija Salma, Ph.D., Assistant Professor
Independence of Judiciary

Momčilo Vukićević, Ph.D., Full Professor
Raising the Awareness of the Mankind Regarding Ecological Issues

Snežana Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Absence of a Preliminary Stage in Summary Proceedings

Tatjana Lukić, LL.M., Teaching Assistant
Preliminary Trials in Criminal Proceedings

Dragiša Drakić, LL.M., Teaching Assistant
Rules on Mental Incompetency as Applied by Courts

Gordana Drakić, LL.M., Teaching Assistant
Courts in the Territory of Vojvodina and Problems in Their Work during First Ten Years of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

*Др Милијан Поповић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

СРБИЈА КАО РЕГИОНАЛНА ДРЖАВА?

Сажетак: Три су облика државног уређења: унитарна држава, регионална држава и федерација. Унитарна држава је најстарији и данас најраспрострањенији облик државног уређења. Прва федерација је настала крајем XVIII века, а регионална држава после Другог светског рата. Преовлађује становиште у теорији државе и Уставном праву да је унитарна држава "најприроднији" облик државног уређења, која најбоље одговара задацима и сврси државе. Федерацију поједини писци виде као "недовршен" облик државе. Регионална држава је замишљена као облик државног уређења који треба да преВлада слабости и унитарне државе и федерације, а да задржи њихове добре стране. Који је облик државе бољи зависи од конкретноисторијских прилика сваке земље, мада је, на апстрактном плану, унитарна држава најпоузданија.

Идеју о регионализацији Републике Србије први је код нас изнео Миодраг Јовичић у својој Уставноправној студији Регионална држава (Београд, 1996.год.).

Јовичићева идеја о регионализацији Републике Србије је актуелизована после петооктобарских промена 2000. године у неколико пројеката новог Устава Републике Србије. Прво је независна група експерата, окупљена око Београдског центра за људска права, августа 2001. године израдила нацрт Устава Републике Србије у којој су садржане и одредбе о преуређењу Републике Србије у регионалну државу. Потом је проф. Павле Николић сачинио нацрт Устава Краљевине Србије 2001. године који садржи и његов предлог за регионализацију Србије. Група експерата из Новог Сада окупљена око неВладине организације FORUM JURIS, те исте 2002. године изашла је са својим нацртом Устава Републике Србије и предлогом о регионализацији Србије. Најзад, и Демократска странка Србије је 2003.

године изашла у јавност са својим предлогом Устава Републике Србије и предлогом о регионализацији Србије. Од свих наведених предлога о регионализацији Републике Србије, најрадикалнији је предлог групе експерата из Новог Сада. У тежњи да се изрази и сачува тзв. суштинска аутономија, они су направили модел по којем нема никакве начелне разлике између постојеће Аутономне Покрајине Војводине и федералне јединице у федерацијама.

Данас није време за регионализацију Републике Србије. Ако стојимо на становишту грађанског суверенитета, а не на националном становишту мањинским националним заједницама не треба дати право на територијалну аутономију. Своја индивидуална и колективна мањинска права оне могу остваривати на друге погодне начине како се то уосталом и ради у развијеним и демократским земљама Европе. Не постоје ни историјски разлози за регионализацију Србије, као на пример, у Италији и Шпанији, пошто у прошлости нису постојале државе на просторима Републике Србије. Поред тога, организација и делатност регионалних органа изискује велика финансијска средства којима данас Република Србија не располаже. Најзад, подела на регионе аутоматски не доводи до јачања демократије. Уситњавање простора може да изазове супротан ефекат - затварање и партикуларизам, а може чак да доведе у питање и јединство државе, особито с обзиром на карактерне особине већинског српског народа.

Кључне речи: унитарна држава, регионална држава, федерација, регион (аутономна покрајина), мањинска права.

Уводне напомене

Петооктобарске промене у Србији двехиљадите године избациле су у прави план доношење новог Устава Републике Србије. Наместо до тада важећег Устава од 1990. године, за који се говорило да, и нелегалан (да је, поред осталог је, донет од Парламента коме је истекао мандат) и нелегитиман (поред осталог: због остатака комунизма у својинским односима и јаке председничке власти која потенцијално угрожава људска права и слободе) требало је да се донесе нови демократски Устав који ће Републику Србију вратити, и у том погледу, у породицу демократских европских народа и држава. Ако се Устав схвати у социолошком смислу, ласаловски¹, као однос политичких снага, Република Србија је већ имала нов Устав, али невидљив, неписан. Победничке снаге које су обориле дотадашњи ауторитарни режим, најавиле су доношење новог Устава, у писаном облику, као

¹ В. Фердинанд Ласал, *Суштина Устава* (превод), Београд 1907.

основног закона земље, који ће санкционисати извршене промене и бити гарант људских права и слобода и одговорне и сменљиве власти.

Када је занос победе прошао, победничке снаге су се нашле пред бројним проблемима, а питање доношења Устава потиснуто је у други план. Три године после петооктобарских промена поново се актуелизује доношење новог Устава. Појединци и поједине експертске групе имају различита мишљења у погледу дефиниције Републике Србије а, такође, у погледу облика Владавине, делом у погледу принципа организације власти, а посебно у погледу опсега децентрализације и регионализације у Србији. Разлике у мишљењима постоје и у неким другим питањима. У расправу су се укључиле и поједине политичке странке. Неке од њих, посебно Демократска странка Србије, изашле су у јавност и са нацртом Устава Републике Србије.

Сврха овог рада је представљање и критички претрес постојећих предлога о регионализацији Србије.

I - Унитаризам, регионална држава и федерализам

Од како су настале прве државе у далекој прошлости, пре више хиљада година, па све до данас, оне су, по облику државног уређења, биле у преовлађујућем броју, а тако је и данас, унитарне државе. Заправо, све до стварања Сједињених Америчких Држава 1787. године, са неким ретким изузецима и у краткотрајним раздобљима, државе су по облику државног уређења биле унитарне. Ако одбацимо конфедерацију која и није држава, већ савез суверених држава, федерација је била први облик државног уређења која је успостављена насупрот унитарној држави. Амерички пример деловао је подстицајно на више држава у свету, које су, такође, кренуле путем федерализма. Број федеративно уређених држава се усталио на око двадесетак. Једно време је изгледало да федерација улази у моду и да постаје привлачна за све већи број држава. Данас, међутим, вирус федерализма изгубио је своју снагу и моћ ширења, па се неке федерације враћају "природном" облику државе, тј. унитарној држави.

Регионална држава, као трећи могући облик државног уређења, настала је тек после Другог светског рата, прво у Италији 1948. године, а потом у Шпанији 1978. године, да наведем најважније (и најуспешније) регионалне државе у Европи. Она је требало да преВлада слабости како унитарне државе, тако и федерације, а уз то да сачува предности како унитарне државе, тако и федерације.

О предностима и манама појединих облика државног уређења, посебно унитарне државе и федерације, а у последње време и регионалне државе доста је расправљано.

Што се тиче унитарне државе, истичано је да је она једина права држава, а да регионална држава, а поготово федерација, као тзв. сложена држава, у себи садрже моменте властите негације. Преовлађује мишљење да само унитарна држава, као чвршћи и стабилнији облик организовања, може да одговори, на прави начин, улози која је намењена држави уопште, односно њеним главним задацима. Она

лакше и ефикасније обезбеђује ред и мир у друштву, правну сигурност и друге значајне циљеве - вредности. Уз то, поред унутрашње сигурности, она обезбеђује и Већу спољну сигурност. Са становишта финансијског, њена организација, као "простија", је неупоредиво јефтинија од организације како регионалне државе, тако и федерације. Исто тако, у њој је много једноставнији систем права, са неупоредиво мањом количином општих правних аката. У таквим околностима државна управа је много ефикаснија, а "правда" пред судовима лакше достижна. То све омогућује и бржи економски напредак и снажнија осећања солидарности, како материјалне, тако и моралне. Једном речју, како је један наш писац између два светска рата сажето приметио: "преимућства су на страни унитаризма, недостатци на страни федерализма"², како у наведеним, тако и у неким другим областима. Зато уопште није случајно што и данас од близу двеста држава које постоје у свету, њих само тридесетак нису изграђене као унитарне државе, већ као федерације, а по изузетку као регионалне државе.

Без обзира на предности унитарне државе у односу на регионалну државу и федерацију, кад се ти облици државног уређења посматрају апстрактно, на начелном плану, може се показати да су за поједине народе и државе прихватљивије и регионализација и федеративни облик државног уређења.

Заговорници унитарне државе њену вредност проглашавају апсолутном, а вредности регионалне државе и федерације релативном. Тако, на пример, они кажу ако би федерација настала сједињавањем две или више, до тада, самосталних, суверених држава, таква држава би, са становишта "потпуније организације света и његове пацификације" представљала напредак.³ Супротан процес пак, претварање унитарне државе у федерацију, као резултат центрифугалних снага, представљао би назадак.⁴ Озбиљнија анализа би показала да су и ове оцене релативне, недовољно поуздане, јер све зависи од конкретноисторијских прилика, националног састава становништва, традиције и историје, привредне развијености, степена развијености културе и других околности и чинилаца. У сваком случају федерација са својом сложеностом структуром, као "заједница заједница", делује мање савршено од унитарне државе, подсећа на нешто недовршено, на торзо, који може бити и величанствен, али је ипак само торзо.

Ипак, има и мишљења да је федерација савршенији облик државног уређења од унитарне државе и да су њене предности вишеструке. Тако се истиче да су "преимућства и предности" федерализма у томе што: "1. он боље задовољава локалне потребе; 2. више води рачуна о историјским успоменама и заоставштини прошлости; 3. обезбеђује и чува расну или племенску индивидуалност; 4. помаже

² В. Михаило М. Живанчевић, *Федерализам и унитаризам*, Београд, Штампарски завод "Орао", 1936, с. 150.

³ Исто, с. 150. "Федерализам, који би довео до федерације Балкана, Европе или света био би нешто здраво, напредно и корисно, јер би омогућавало позитивну сарадњу тамо где су била међусобна трвења, судари, борбе и стална ратна опасност".

⁴ Исто, с. 151. "Федерализам који би дошао на место француског, енглеског, италијанског, пољског, чехословачког или југословенског јединства, био би рђав, назадан и штетан, јер би органску сарадњу и јединство хотења заменио трвењем, штетним ривалством, сударима и парализом воље".

стварање већег броја духовних и културних центара; 5. осигурава већи утицај народа на законодавни рад путем плебисцита и 6. онемогућава крути централизам".⁵ Поборници унитаризма доводе у питање наведена "преимућства и предности" федерализма. Они критикују "претерани регионализам односно локални менталитет федерализма", видећи у њему "озбиљан недостатак".⁶ Исто тако, истичу да "федерализам узима прошлост и историју као полазну и завршну тачку, као своје трајно и руководно начело, не само као извор надахнућа већ и као крајњи смисао, подређујући им и садашњост и будућност".⁷ Поборници унитаризма одбацују и наводни аргумент да федерализам "обезбеђује и чува расну или племенску индивидуалност". Они стављају у први план, уместо расног или националног јединства, "јединство културе". При том, "једна култура", "не значи и једну индивидуалност".⁸ Поборници унитаризма одбацују и аргумент да федерација "помаже стварање већег броја културних и духовних центара", јер он "има релативну вредност и важи унеколико само у поређењу са политички и административно централизованом државом, али не и са унитарном".⁹ Што се тиче утицаја народа на законодавни рад путем плебисцита истиче се да "плебисцит није никакав елеменат у појму федерализма: нити је плебисцит неопходна претпоставка за федерализам нити федерализам безусловна погодба за плебисцит".¹⁰ Плебисцит није искључен чак ни у условима централизоване унитарне државе. Најзад, аргумент наводно да само федерализам "ономогућава крути централизам" одбацује се од поборника унитаризма истицањем да "централизам није неопходан ни у савезној ни у унитарној држави а није начелно искључен ни у једној ни у другој".¹¹

У недостатке федерације који су уједно "преимућства унитаризма и то главне, који су, како се каже, израз "опште сагласности и искуства" спадају: "1. федерализам повлачи слабост и неотпорност савезне државе споља и изнутра; 2. по својој природи федералистички систем бива неизбежно укочен, тешко прилагодљив и конзервативан; 3. у савезној држави судство добија ненормалну премоћ према другим властима и законодавним телима; 4. код јединства федерализам повлађује морално разједињавање а разједињеност овековечава; 5. федерализам постоји у знаку хаоса у законодавству, а двојства у поданству и у патриотизму; 6. у савезној држави спорост и тромост у отправљању послова и скупоба система иду нераздвојно; 7. федерализам искључује могућност плана у области привреде".¹²

Што се тиче регионалне државе, њени протагонисти истичу нека њена преимућства како у односу на унитарну државу, тако и на федерацију, бар када је у питању облик државног уређења који би, наводно, био најприхватљивији за

⁵ Исто, с. 152.

⁶ Исто, с. 153.

⁷ Исто, с. 153.

⁸ Исто, с. 156.

⁹ Исто, с. 156, 157.

¹⁰ Исто, с. 157.

¹¹ Исто, с. 158.

¹² Исто, 159.

Републику Србију. Један од њих код нас Миодраг Јовичић каже за регионалну државу да она "спаја извесне добре стране и унитарне и федерално уређене државе, а да у исто време отклања поједине слабости и једног и другог облика државног уређења".¹³ Додаје да регионална држава "више од федерације обезбеђује 'јединство у различитости', али, с друге стране, избегава претерану концентрацију власти, иначе својствену унитарној држави".¹⁴ То је могуће због тога што регионална држава "садржи елементе и унитарно уређене државе и федерације", као држава која је "заиста нешто између".¹⁵

Овде се нећу упуштати у властито вредновање појединих облика државног уређења. Уосталом свако такво вредновање лако може да одведе у произвољност, као што је многе писце и одвело. На начелном и апстрактном плану, јасно је да је унитарна држава најближа појму и сврси држави уопште. У односу на њу, на пример, федерација се појављује као "један прелазан, још тачније један недовршен систем".¹⁶ Међутим, ако се процењује који је најбољи облик државног уређења за једну конкретно узету државу, на пример, за Републику Србију, онда се мора поћи од анализе традиције и историје, економских, социјалних и других околности, националног састава становништва, географских и културних фактора, итд., па све до степена политичке зрелости већинског дела становништва. Ако се том анализом утврди да је за Републику Србију, данас, с обзиром на постојеће околности, федерација најбољи облик државног уређења, или на пример, регионална држава, онда се мора прихватити тај облик, без обзира на начелну предност коју има унитарна држава, као "најприроднији" облик државе.

II - Јовичићева идеја о регионализацији Републике Србије

Академик Миодраг Јовичић, одличан познавалац компаративног Уставног права, објавио је 1996. године једну Уставноправну студију под називом *Регионална држава*. У њој је ближе обрадио појам регионалне државе, као трећег облика државног уређења (*tertium genus*), која се налази између унитарне државе и федерације, организацију и главне карактеристике Италије и Шпаније, као првих и најпознатијих регионалних држава у Европи, а посебно потребу изградње Републике Србије као регионалне државе.

1. Слабости територијалне организације СРЈ

Једна група разлога којима Јовичић оправдава своје залагање за регионализацију Републике Србије и ондашње Савезне Републике Југославије тиче се слабости територијалне организације СРЈ. Те слабости су двојаке природе. Прво,

¹³ В. Миодраг Јовичић, *Регионална држава*. Уставноправна студија, Београд, Вајат, 1996, с. 15.

¹⁴ Исто, с. 16.

¹⁵ Исто, с. 18.

¹⁶ В. Михаило Живанчевић, н.д., с. 177.

федерација се показује као неодговарајући облик државног уређења и, друго, аутономне покрајине у Републици Србији су непотребан баласт, који треба одбацити.

а) Федерација - неодговарајући облик државног уређења

Брозова Југославија је формирана угледањем на СССР, тзв. прву земљу социјализма, на темељу лењинистичко-стаљинистичког принципа о решавању тзв. националног питања. Од остатака такве Југославије, на њеним рушевинама, настала је двочлана федерација - Савезна Републике Југославија, састављена од Републике Србије и Републике Црне Горе које су и по последњем Уставу СФРЈ од 1974. поседовале значајне атрибуте државности.

Срби и Црногорци, су сматра Јовичић "два веома блиска етноса",¹⁷ па решавање тзв. националног питања не може бити довољан основ за формирање федерације. Ако је национално питање на дневном реду, и ако оно треба да се решава, онда се оно мора решавати "у виду српског питања" и то "у борби за уједињење свих српских земаља".¹⁸

И поред тога, тзв. Жабљачким Уставом, који је по својој природи октроисани Устав, поново је учињена "фатална грешка наопаког уређивања државе".¹⁹ Тај Устав је "донео неУставан орган, по неУставном поступку".

Две су главне слабости СРЈ као федерације. Прва је што је то двочлана федерација, а друга што "постоје огромне разлике" између Србије и Црне Горе у броју становника, привредним потенцијалима, величини државног простора, и уопште, снази. Због бројних слабости две двочлане федерације: Пакистан и Чехословачка престале су да постоје. Федерација може да опстане само као трочлана или вишечлана, јер је само у таквој федерацији могуће доношење одлуке већином, која онда обавезује и незадовољну федералну јединицу.

б) Неопходност укидања аутономних покрајина

Миодраг Јовичић види као другу основну слабост у територијалној организацији СРЈ постојање аутономних покрајина (Војводине и Косова и Метохије) у саставу Републике Србије.

Војводина и Косово и Метохија формиране су као аутономне покрајине већ 1945. године. При том је Косово и Метохија у почетку имала назив аутономна област. Њихово образовање било је правдано етничким разлозима, а у погледу Војводине и разлогом "традиционалне природе, оживљавање успомена на Војводину Србску", насталу у револуционарној 1848. години".²⁰

¹⁷ В. Миодраг Јовичић, н.д., с.53.

¹⁸ Исто, с. 54.

¹⁹ Исто, с. 54.

²⁰ Исто, с. 63.

Као и у образовању федерације, и за образовање аутономних покрајина, југословенским комунистима су као узор послужила Уставна решења у СССР-у, а опет све у склопу решавања националног питања. При том су примењивана двојна мерила: једна за Републику Србију, а друга за остале републике. Тако, на пример, у Републици Хрватској нису образоване аутономне покрајине у Истри, Далмацији и Српској Крајини.

Образовање аутономних покрајина само у Републици Србији, рађено је са основном намером да се ослаби Република Србија, према коминтерновском принципу "Слаба Србија, јака Југославија". Срби су у Брозовој Југославији, као већински народ били оптерећени коминтерновском хипотеком хегемонистичког народа. Ту хипотеку су нарочито подупирали хрватски и словеначки комунисти. Подупирали су је и поједини Срби који су били на утицајним партијским и државним положајима, који су имали поданички однос према Јосипу Брозу. То се у подједнакој мери односи и на црногорске комунисте. Свима њима су се придружили и утицајни људи из осталих република, посебно припадници националних мањина.

Од седамдесетих година XX века са оштрим заокретом ка конфедерализму, све више је јачао Уставноправни положај аутономних покрајина. Оне су све више добијале атрибуте државности, па су се готово изједначиле, у правном статусу, са федералним јединицама. Република Србија је била делом федерализована и, чак, конфедерализована у постојећој федералној конфедерацији или конфедералистичкој федерацији (тј. у СФРЈ). То је све било праћено низом непријатних ствари по Републику Србију, посебно убрзаним исељавањем Срба са Косова и Метохије. Даље негативне тенденције су пресечене путем амандмана на Устав Републике Србије од 1989. године, односно доношењем новог Устава Републике Србије од 1990. године. Наведеним Уставним променама нису укинуте аутономне покрајине. Оне су и даље остале у Уставном поретку, али са "знатно смањеном аутономијом" па су тако "престале да представљају неразумљив, Уставноправно неодржив, изузетак у погледу облика територијалне организације у свету".²¹

Јовичић истиче два основна разлога у прилог укидања аутономних покрајина. Први се односи на "лоша искуства" која је Република Србија имала са њима, "посебно у периоду 1971-1989".²² Уосталом, каже Јовичић, "асиметричност, поготову када није нужна, значи слабљење државног организма и води поремећајима у обављању државних функција".²³ Слично је било и са Бановином Хрватском 1939. године у Краљевини Југославији. Други разлог који иде у прилог укидања аутономних покрајина је преовлађујућа пракса у већини европских земаља у погледу решавања статуса националних мањина. У њима се статус националних мањина не решава путем територијалне аутономије. Равноправност свих грађана једне државе и посебно индивидуална и колективна права националних мањина и

²¹ Исто, с. 66.

²² Исто, с. 68.

²³ Исто, с. 68.

етничких група обезбеђује се различитим мерама на нивоу локалне самоуправе, у поступцима пред управним органима и судом, у сфери културе и у другим областима, чак и тзв. позитивном дискриминацијом.

2. Образовање регионалне државе

а) Разлози за увођење регионалне државе

Јовичић је не само против федерације као облика државног уређења за СРЈ, већ је и против класичног унитаризма, особито у централистичком облику. Он је против централизоване унитарне државе из два разлога. Први је разлог у вези са демократијом. Централистички уређена унитарна држава није у складу са демократским принципима на којима почива територијална организација власти. Јер, демократија подразумева широку децентрализацију. Други је разлог психолошке природе. Грађани би тешко прихватили централизам као другу крајност у односу на постојећу федерацију (са конфедералним елементима). Могућа је, каже Јовичић, и унитарна држава са широком децентрализацијом, мада он даје предност регионалној држави.

Разлози за увођене регионалне државе су двојакe природе. Једни се односе на демократију. Држава подељена на регионе који почивају на аутономији грађана, подразумева демократију. Она је "*conditio sine qua non* реконструкције државног уређења".²⁴ Други разлози за увођење регионалне државе односе се на "неопходност рационализације читавог система власти и, посебно, територијалне организације".²⁵ По свом статусу региони се налазе између федералних јединица и јединица локалне самоуправе највишег степена. А то значи, да би на њих требало да се пренесу неке надлежности федералних јединица и то оне надлежности за које општине и будући срезови или окрузи не би представљали "погодан оквир" за њихово вршење.

б) Подела на регионе

1⁰ Подела на четири региона

Ако би се одбацио федерализам и облици територијалне аутономије у Србији, будућа регионална држава би могла, сматра Јовичић, да се састоји из четири региона: Црна Гора, Централна Србија, Војводина и Косово и Метохија. Ипак, он такву поделу на регионе одбацују из два разлога: прво, рационална подела на регионе претпоставља њихову приближност у погледу броја становника, а у наведеној подели постоје велике разлике, јер један регион, Централна Србија, има више становника од остала три региона. И, друго, предложена регионализација

²⁴ Исто, с. 78.

²⁵ Исто, с. 78.

"задржава садашњу штетну вештачку одвојеност Војводине и Косова и Метохије од централне Србије".²⁶

2⁰ Подела на тринаест региона

Да би се обезбедила рационална регионализација СРЈ потребно је у њеном спровођењу поштовати четири основна критеријума. То су: број становништва појединих региона (оптималан распон је од 500 хиљада до 1 милион становника); историјски односно традиционални разлози (посебно у погледу Црне Горе); специфичности у култури, обичајима и менталитету појединих подручја и фактори, економске, саобраћајне и географске природе.²⁷ Поред ових главних критеријума, постоје још и допунски, као што су они административне природе.

Применом наведених критеријума, Јовичић је предложио увођење регионалне државе која би се састојала из тринаест региона. То су: Црна Гора, Бачка, Банат, Срем, Косово, Метохија, Западна Србија, Шумадија, Подунавље, Источна Србија, Јужна Србија, Стара Рашка и Београд (као посебан регион).

в) Надлежност региона

Јовичић полази од једне упрошћене формуле (његове речи) према којој би у надлежност региона "спадале функције које нису чисто националног карактера, као и оне које превазилазе могућности општина да их оне обављају".²⁸ Или, другим речима, према овом негативном дефинисању у надлежност региона спадају оне функције које не припадају ни држави ни општини. Битно је да у надлежност региона не улазе оне функције које би могле угрозити државно јединство. Држава мора остати и "снажна" и "јединствена".

Надлежност региона Јовичић је одредио на "релативно исцрпан" начин како сам каже, како следи:

- уређивање регионалних органа и служби;
- утврђивање извора прихода региона (пореза и других);
- управљање регионалном имовином;
- индустрија регионалног значаја и занатство;
- пољопривреда, сточарство, шумарство (сем тзв. државних шума);
- лов и риболов;
- туризам и угоститељство;
- бање и лечилишта;
- вашари и сајмови;
- мелиорација и наводњавање;

²⁶ Исто, с. 84.

²⁷ Исто, с. 85.

²⁸ Исто, с. 92. Јовичић не прави разлику између функција и надлежности. Тако, на пример, он каже: "Приликом расправљања о функцијама које би Уставом биле поверене регионима, дакле о њиховим надлежностима...".

- водоводи регионалног значаја;
- путеви и мостови регионалног значаја;
- регионални друмски и евентуално железнички саобраћај;
- регионално планирање и уређивање простора;
- јавни радови регионалног значаја;
- заштита животне средине регионалног значаја;
- здравствене и социјалне службе регионалног значаја;
- просвета и култура регионалног значаја;
- музеји и библиотеке регионалног значаја;
- регионална полиција.²⁹

Од наведених надлежности региона могућа су тројака одступања. Прво, могуће је да Парламент законом у основи регулише дату материју, а да разраду закона препусти регионима. Друго, могуће је да се предвиди право регионалних органа да они својим прописима регулишу примену закона (државних) од стране регионалних органа управе. И, треће, могуће је да се поједини послови из надлежности државе пренесу у надлежност појединим регионима (уколико то захтевају њихове економске, географске или друге специфичности).³⁰ Јовичић је против овог трећег, евентуалног, проширења надлежности појединих региона, без обзира на његову могућу рационалност, пошто би оно довело до "статусних разлика између појединих региона". Најзад, у надлежност региона улазе још два особена права: право обраћања Уставном суду (уколико би био нарушаван њихов правни статус) и право покретања управног спора (уколико би било повређено право региона или интерес заснован на закону).

г) Организација власти у регионима

Полазећи од принципа регионализације система власти и дебиروقратизације главне организационе јединице у регионима би биле: регионална скупштина, регионални савет (као извршни орган) и органи управе.

Регионална скупштина произашла из општих и непосредних избора са мандатом од четири године имала би између четрдесет и педесет представника.

Регионални савет као колегијални извршни орган би имао седам или девет чланова. Док би представници народа у регионалној скупштини примали за свој рад само дневнице и накнаду трошкова, чланови регионалног савета, као старешине појединих органа управе, добијали би за свој рад плату.

Најзад, органи регионалне управе, водећи рачуна о потреби смањивања броја чиновника, обезбеђивали би вршење послова који проистичу из надлежности региона.

²⁹ Исто, с. 93.

³⁰ Исто, с. 94-95.

Поред наведених органа, у регионима би постојали државни тужилац и правобранилац ("именовани и плаћени из центра") и регионални судови, као другостепени судови, који би припадали јединственом систему судства.

Јовичић поставља и питање да ли би у регионима требало да постоје и неки посебни државни органи, са посебним овлашћењима у односу на регионалне органе. Ти органи би били чувари законитости и браниоци, општедруштвених интереса. Такви органи постоје и у Италији и Шпанији. Јовичић каже да би такав орган ("Владин повереник") био "вероватно нужан", особито у прво време".³¹ Он, међутим, не би смео да се постави "као тужор регионалних органа", мада би имао, у контроли законитости, значајна овлашћења.

д) Регионални прописи

Врста и карактер регионалних прописа проистичу из права региона на самоорганизовање и на доношење општих аката у оквиру Устава и закона. С обзиром на то, регионални органи својим општим актима уређују организацију региона и обављају послове из своје надлежности.

Главни акти регионалних органа су статут и регионалне одлуке. Статут доноси регионална скупштина. Он је конститутивни акт региона. Ступа на снагу тек уз прибављену сагласност надлежног државног органа. По правној снази је испод Устава и закона. У случају сукоба са подзаконским актима, одлуку о његовој примени доносио би Уставни суд.

Што се тиче регионалних одлука, њих би доносиле, такође, регионалне скупштине, а донекле и регионални савети. Предмет њиховог регулисања би била питања која су у надлежности региона.

Регионални органи, а пре свега органи управе би били надлежни за доношење управних аката и то како из регионалне надлежности "тако и у материјама регулисаним државним прописима, уколико су на то овим прописима овлашћени".³²

ђ) Регионалне финансије

Да би регионални органи могли обављати послове из своје надлежности, потребна су им одговарајуће средства и то, како каже Јовичић, "релативно велика средства".³³

Да би дошли до потребних средстава регионима се мора признати право на убирање властитих прихода путем регионалних пореза, као и право на учешће у приходима од државних пореза убраних на њиховој територији. Поред пореза, регионима треба дати право да наплаћују посебне таксе (као накнаду за обављање појединих активности). По себи се разуме да у регионалне приходе улазе и приходи од регионалне имовине.

³¹ Исто, с. 99.

³² Исто, с. 103.

³³ Исто, с. 104.

Полазећи од могућности да поједини региони неће моћи да уберу довољно прихода за финансирање својих активности, Јовичић је предвидео могућност тражења и доделе кредита и зајмова, као и начело солидарности стварањем посебног фонда из државног буџета.

е) Учешће региона у вршењу централне власти

Учешће региона у вршењу централне власти огледа се пре свега у заступљености региона у Парламенту.

За разлику од органа локалне самоуправе, региони морају бити представљени у Парламенту. По томе се, поред осталог, разликују унитарна и регионална држава. Јовичић чак сматра да је то "основна *differentia specifica* између унитарне и регионалне државе".³⁴ Да би се на најбољи начин организовало представљање региона неопходна је дводомна структура Парламента. Поред Дома у којем би били представљени грађани путем општих и непосредних избора за целу земљу, постојао би и Дом у којем би заседали представници региона. Такво решење имају и две најпознатије регионалне државе у Европи: Италија и Шпанија.

Јовичић је за образовање Дома региона у којем би заседали само представници региона, а не и евентуално друга лица, било да су изабрана, или именована или по положају. Он је, такође, против примене принципа паритета у образовању Дома региона. С обзиром на број становника региони би били заступљени са бројем представника од три до седам, а то би износило негде између седамдесет и осамдесет чланова. Дом грађана би имао сто двадесет посланика. Посланичке мандате би требало расподељивати применом мешовитог већинско-сразмерног система. Што се тиче избора чланова Дома региона, питање је да ли треба да их бирају регионалне скупштине (што би више било у духу регионалне државе) или грађани путем општих избора. У оба случаја треба применити систем сразмерног представништва. Принципу рационалности више иде у прилог избор чланова Дома региона путем општих избора. Поред тога, такав начин избора је "више у складу с концептом јединства земље".³⁵

Дом грађана и Дом региона требало би, бар у начелу, да буду равноправни, особито у обављању законодавне функције. Ипак, важнији је Дом грађана. То би се показало у случају кад нема сагласности између два Дома у погледу доношења закона. Такав закон би ипак, на крају, био донет на заједничкој седници оба Дома, а ту би бројчана надмоћ Дома грађана била одлучујућа. Надмоћ Дома грађана би посебно морала да се манифестује у погледу усвајања буџета, где је одлука тог Дома одлучујућа. Исто тако, надмоћ Дома грађана би требало да се огледа и у избору Председника Републике, који се обавља на заједничкој седници оба доба већином гласова свим чланова Парламента, а посебно у погледу избора владе, што би требало да буде у надлежности само Дома грађана.

³⁴ Исто, с. 118.

³⁵ Исто, с. 124.

Што се тиче образовања других централних органа, "било би пожељно", каже Јовичић, да се приликом њиховог образовања "води у извесној мери рачуна о регионалној припадности њихових чланова".³⁶

III - Постојећи нацрти Устава о регионализацији Србије

До сада су направљена четири нацрта Устава Републике Србије. Творци тих нацрта су: независна група експерата окупљених око Београдског центра за људска права, проф. др Павле Николић, новосадска група експерата окупљена око неВладине организације *FORUM IURIS*, и Демократска странка Србије. У свим наведеним нацртима Устава посвећена је одговарајућа пажња и питању регионализације Републике Србије.

Већ изложена Јовичићева идеја о регионализацији СРЈ, односно Републике Србије, олакшава ми посао око представљања понуђених Уставних решења наведених предлагача. Отуда уместо подробног представљања предлога, као у случају Јовичићевог пројекта, биће издвојени и представљени само кључни моменти.

1. Уставна решења за Србију и Југославију

Предлоге Уставних решења за Србију и Југославију изградила је независна група експерата у саставу: др Лидија Баста-Флајнер, мр Владимир Ђерић, др Маријана Пајванчић, др Драгољуб Поповић, др Зорица Радовић и др Слободан Самарцић.

Београдски центар за људска права публиковао је 2001. године наведена *Уставна решења за Србију и Црну Гору*.

Из предговора, чији је писац др Војин Димитријевић, сазнајемо да је независна група експерата образована јуна 2000. године, дакле, неколико месеци пре петооктобарских промена. За директора пројекта одређена је др Лидија Баста-Флајнер, а за секретара пројекта Танасије Маринковић. Приликом израде нацрта Устава Републике Србије, независна група експерата се користила и идејама др Весне Ракић-Водинелић (у делу о судству) и др Слободана Бељанског (у делу о Уставности и законитости), а такође и идејама групе LEX. У састављању одредаба о финансијској аутономији територијалне самоуправе помагао је др Бошко Мијатовић. Независна експертска група са предлогом новог Устава Републике Србије изашла је августа 2001. године.

Из уводних напомена, чији је писац др Лидија Баста-Флајнер, руководилац независне групе експерата, поред осталог, сазнајемо да је као "полазиште" за рад Групе послужио "програм *Уставних претпоставки за демократску Србију*, урађен у Београдском центру за људска права још 1997.године, а да је "основни циљ Уставне реформе (...) успостављање општих Уставносистемских услова за

³⁶ Исто, с. 128.

демократску реконструкцију Србије као модерне политичке заједнице, легитимне за грађане свих етничких заједница које у њој живе".³⁷ У уводним напоменама се истиче да је "строга централизована држава" по још важећем Уставу "један од несумњивих разлога за постојеће напетости".³⁸ Отуда се у предлогу Устава Републике Србије независна група експерата залаже за демократску и децентрализовану државу која треба да буде заснована на начелима регионализма, а такође развијене локалне самоуправе и солидарности. Писац уводних напомена истиче да предлог независне експертске групе "иде далеко када је реч о степену територијалне децентрализације у целини".³⁹ Као "посебну новину" истиче организовање целе територије Републике Србије у аутономне покрајине. Територије постојећих аутономних покрајина остају у садашњим оквирима. При томе аутономним покрајинама се враћа право на самоорганизовање и законодавна надлежност. На крају уводних напомена се истиче да су аутори нацрта Устава Републике Србије "недвосмислено јасни у свом залагању за регионализовану Србију, са високим степеном децентрализације", уверени у то да је наведено "*conditio sine qua non* за њен демократски преображај".⁴⁰

За територијалну организацију власти битне су две одредбе садржане у основним начелима нацрта Устава Републике Србије. Једна се односи на Уставно дефинисање државе Србије. У њој се каже да је "Република Србија мултикултурна демократска држава свих грађана и свих народа који у њој живе...", а друга се непосредно односи на регионализам: "Јединствена територија Републике Србије организује се на основама права свих грађана на демократску и децентрализовану државу засновану на начелима регионализма, развијене локалне самоуправе и солидарности".

У трећем делу нацрта Устава Републике Србије посвећена је једна посебна глава територијалној организацији власти. Ту се, прво, истиче да Републику Србију чине: општине, окрузи, области и аутономне покрајине. Наведене територијалне јединице се подводе под назив и појам заједнице територијалне самоуправе. За све њих важи принцип аутономије у вршењу послова из своје надлежности. Наведена аутономија праћена је и њиховом финансијском аутономијом.

Како у образовању Сената (другог дома у Парламенту Републике Србије) поред аутономних покрајина (као региона), учествују и окрузи и области (као нека врста субрегиона), важно је да се напомене кад могу да се образују окрузи и области. Округе образују најмање три општине, а области најмање седам општина. Независној групи експерата је вероватно пред очима лебдео пример седам општина са већинским мађарским становништвом у Војводини.

Што се тиче аутономних покрајина оне су, према једном предлогу, таксативно наведене. То су: Београд, Војводина, Југозападна Србија, Југоисточна Србија, Косово и Метохија и Шумадија - Подунавље. Према алтернативном предлогу

³⁷ В. Уставна решења за Србију и Југославију, Уводне напомене, Београд, Београдски центар за људска права, 2001., с. 11-12.

³⁸ Исто, с. 18.

³⁹ Исто, с. 18.

⁴⁰ Исто, с. 20.

пored Аутономне Покрајине Војводине (која задржава досадашње границе и назив), границе и називи осталих аутономних покрајина одредиће се Уставним законом.

На одређивање надлежности аутономних покрајина, као и код Миодрага Јовичића, видљив утицај су имала решења садржана у Уставима Италије и Шпаније. То, уосталом, изричито напомиње у уводним напоменама др Лидија Баста-Флајнер: "италијански и шпански модел регионализма су били предмет сталног 'ишчитавања'".⁴¹

У надлежности аутономних покрајина спада:

- доношење конститутивног акта;
- уређење и организација покрајинских органа и служби, као и јавних служби;
- утврђивање прихода и расхода покрајине у покрајинском буџету и доношење завршног рачуна;
- просторно и развојно планирање;
- управљање покрајинском имовином;
- јавни радови покрајинског значаја;
- истраживање и коришћење минералних налазишта;
- покрајинска статистичка служба;
- пољопривреда, шумарство, сточарство, лов и риболов, изузев општих одредаба проистеклих из међународних обавеза земље;
- водопривреда, мелиорација и наводњавање покрајинског значаја;
- бање и лечилишта, изузев општих медицинских одредаба;
- туризам и угоститељство, изузев одредаба о класификацији хотела;
- друмски, водени и железнички саобраћај покрајинског значаја;
- спорт, рекреација и физичка култура;
- организација здравствене службе;
- служба социјалног старања и брига о деци, породици, трудницама и инвалидима;
- сајмови и привредне манифестације покрајинског значаја;
- оснивање медија покрајинског значаја;
- оснивање просветних установа покрајинског значаја;
- култура, културна и научна баштина;
- заштита припадника националних мањина, њиховог језика и писма, изузев основа зајемчених Уставом и републичким законодавством;
- референдум о питањима из покрајинске надлежности;
- одржавање јавног реда у координацији с полицијом Републике;
- сарадња са другим аутономним покрајинама у Републици;
- сарадња са иностраним регијама у оквирима државне спољне политике.

⁴¹ Исто, с. 20.

Од важнијих ствари остаје још да се представи начин образовања Сената, као другог Дома у Парламенту Републике Србије. Он се наметнуо као погодно решење независној групи експерата за сразмерно представљање региона и мањина. Сенатори се бирају на шест година на општим и непосредним изборима и то по десет Сенатора из сваке аутономне покрајине, по четири Сенатора из сваке области и по два Сенатора из сваког округа. Поред тога, у састав Сената улазе и Сенатори као представници мањина чији ће број бити утврђен законом. Надлежност Парламента врше Веће грађана и Сенат на одвојеним седницама, изузев доношења одлуке о буџету и о избору и изгласавању неповерења Влади, што је само у надлежности Већа грађана. Правни положај Сената је ојачан његовим правом суспензивног вета на све одлуке Већа грађана ("осим ако Уставом није другачије урађено") и правом апсолутног вета на оне одлуке донете у Већу грађана "које су од непосредног интереса за заједнице територијалне аутономије".⁴²

2. Нацрт Устава Краљевине Србије

Др Павле Николић, угледни професор Уставног права, сачинио је пројекат Устава Краљевине Србије. У том је пројекту одговарајуће место добила и регионализација Србије, под именом обласне аутономије (чл. 188-204).

У уводном тексту под насловом "Србија на прагу свога васкрса" Николић, поред осталог, истиче да би новим Уставом требало да се створи "правни (Уставноправни) основ за конституисање модерне, демократске, социјалне, правне и регионалне српске државе".⁴³

У првом делу Устава у којем су изложена основна начела важне су, са становишта овог рада, две одредбе: првом се дефинише Србија као "држава српског народа и свих њених равноправних грађана без обзира на расу, националност, етничко порекло, језик и вероисповест" (чл. 1.), док се другом одредбом зајемчују "локална самоуправа и обласна аутономија" (чл. 4. ст. 2.).

Четврти део Устава садржи одредбе о обласној аутономији. Области се дефинишу као "аутономне политичко-територијалне јединице које представљају заједнице општина и грађана" (чл. 65.). Њих би требало да буде, према предлогу Павла Николића, дванаест. То су: Бачка област, Банатска област, Сремска област, Београдска област, Подрињско-Посавска област, Златиборска област, Шумадијска област, Рашка област, Подунавско-Тимочка област, Јужноморавска област, Косовска област и Метохијска област.

Области немају законодавну власт. Њихов основни акт је обласни статут.

Сходно чл. 92, надлежност области обухвата:

- образовање и уређивање обласних органа власти и управљање пословима од обласног интереса;

⁴² Исто, с. 48.

⁴³ В. Павле Николић, *Устав Краљевине Србије*, нацрт, Београд, Издање аутора, 2001, с. 6.

- планирање и организовање функционисања и развоја индустрије, пољопривреде, сточарства, шумарства, лова и риболова, туризма, угоститељства, урбанизма и становања од обласног значаја;
- старање о водоводу, путевима, саобраћају, мелиорацији и наводњавању на територији области;
- старање о развоју занатства;
- старање о извођењу јавних радова у области;
- организовање и старање о раду здравствене и социјалне службе, школства и образовања, културних установа и спорта;
- старање о животној средини;
- утврђивање извора прихода;
- управљање обласном имовином;
- старање о остваривању локалне самоуправе на територији области;
- извршавање закона и других нормативних аката Краљевине Србије када је на то овлашћења, доношење аката за извршавање закона и других нормативних аката Краљевине Србије када је тим законима и актима овлашћења;
- организовање обласне полиције.

Једном општом формулом садржаном у чл. 193. Устава предвиђена је могућност да се законом могу пренети и други послови у надлежност области који иначе, по својој природи, припадају држави као целини.

Важне су још одредбе Устава које се односе на финансијску аутономију области. Као и у другим нацртима Устава о регионализацији у Србији, области "утврђују сопствене порезе, таксе и прирезе и располажу приходима од сопствене имовине" (чл. 194. ст. 2.). Исто тако, областима припада и део од појединих државних пореза и других државних прихода. И Николић предвиђа, као и Јовичић, стварање фонда "за кредитирање недовољно развијених области".

Организација власти у областима је слична оној организацији коју је предложио и Миодраг Јовичић: скупштина области, савет области, као извршни орган скупштине области и обласни органи управе, чије старешине на предлог савета именује скупштина области.

Према чл. 201. Устава аутономија области "ужива Уставно-судску, судску и сваку другу заштиту".

Најзад, важне су још одредбе Устава које се односе на права области у погледу образовања Парламента Краљевине Србије. Према одредби чл. 100. Парламент је једноДоман, а њега чине посланици "који представљају српски народ и све грађане Краљевине Србије као и области". Области су посебно представљене у Парламенту тако што се на сваких двеста хиљада становника бира по један посланик, а уколико је преостали део становништва већи од сто хиљада бира се још један посланик (чл. 101. ст. 2.).

3. Основне поставке Устава Републике Србије

НеВладина организација *FORUM IURIS* из Новог Сада, марта 2002. године формирала је радну групу са задатком да припреми, пре свега, "поступак Уставне ревизије као и решења која се односе на територијалну организацију и правосуђе".⁴⁴ Радна група је проширила постављени јој задатак, пошто је у свом раду дошла до сазнања да "поставке за нови Устав морају обухватити целокупну Уставну материју".⁴⁵ У састав радне групе ушли су: др Ненад Димитријевић, др Маријана Пајванчић, др Станко Пихлер, Димитрије Боаров, др Радивој Степанов и др Слободан Бељански. Од наведених чланова радне групе Уставним правом као ужом струком, бави се само Маријана Пајванчић, а донекле и Ненад Димитријевић. Остали су стручњаци за друге области: Станко Пихлер за кривично право, Слободан Бељански за кривичнопроцено право, Радивој Степанов за теорију и филозофију права, а Димитрије Боаров је новинар.

Из предговора сазнајемо да су се сви у радној групи сложили да Република Србија треба да буде "сложена, децентрализована држава, у којој се, уз аутономне покрајине, Војводину и Косово могу образовати и друге аутономне територијалне заједнице са надлежностима једнаким или мањим од надлежности аутономне покрајине".⁴⁶

У основним одредбама нацрта Устава Републике Србије, који је писао Ненад Димитријевић, Република Србија се дефинише као "уставна демократска заједница свих грађана и националних заједница које у њој живе".⁴⁷ Важан је и предлог у погледу територијалне организације. Републику Србију чине: општине, Аутономна Покрајина Војводина, Аутономна Покрајина Косово и град Београд. Занимљиво је да Димитријевић досадашњу Аутономну Покрајину Косово и Метохију назива, као и Албанци, Косово. Једном еластичном формулацијом дозвољава се могућност образовања и других аутономних територијалних заједница "под условима и у поступку прописаним Уставом".

Предлоге у погледу територијалне организације писао је Станко Пихлер. У одељку о праву грађана на локалну самоуправу и аутономију понавља се став из основних одредаба, да се поред Аутономне Покрајине Војводине и Аутономне Покрајине Косова могу образовати једна или више аутономних територијалних заједница са истим или мањим овлашћењима које има аутономна покрајина "под условом да одговарајуће подручје чини одређени број територијално повезаних општина и да представља економску, историјску, социјалну и културну посебност и да се може самостално финансирати".⁴⁸ У алтернативи уместо речи "чини одређени број територијално повезаних општина" садржан је став "чине територијално повезане општине са одређеним најмањим бројем становника".⁴⁹ Овим предлогом ствара се правни основ за постојање две врсте региона

⁴⁴ В.Пројект Устава Србије, Предговор, Нови Сад, *FORUM IURIS*, 2002, с. 3.

⁴⁵ Исто, с. 3.

⁴⁶ Исто, с. 3.

⁴⁷ Исто, с. 20.

⁴⁸ Исто, с. 78.

⁴⁹ Исто, с. 78.

(аутономних покрајина): обичних региона и оних са посебним статусом. Са посебним статусом (са већим овлашћењима) биле би досадашње аутономне покрајине: Војводина и Косово и Метохија. Исто тако, образовање нових аутономних покрајина се условљава њиховом способношћу да се самостално финансирају. Не предвиђа се могућност стварања фонда солидарности за кредитирање недовољно развијених средина. Аутономним покрајинама се гарантује право на учешће у централној власти. На који се начин оно остварује, биће касније показано.

За правни статус аутономних покрајина веома је важно питање њихових надлежности. Према Пихлеровом предлогу, њихове изворне надлежности утврђују Устав Републике и конститутивни акти аутономних покрајина и то таксативно. Што се тиче Аутономне Покрајине Војводине, она "непосредно уређује односе које потпуно не уређује Република, или их Република уређује основним законима".⁵⁰ Поред ове опште формуле, надлежност Аутономне Покрајине Војводине утврђује се и таксативно:

- доноси свој Устав;
- организује покрајинске органе и службе, укључујући и јавне службе;
- утврђује приходе и расходе Покрајине у покрајинском буџету и доноси завршни рачун;
- уређује просторно и развојно планирање, управљање покрајинском имовином, јавне радове покрајинског значаја, коришћење минералних налазишта, покрајинску статистичку службу, пољопривреду, шумарство, сточарство, лов, риболов;
- водопривреду, мелиоризацију и наводњавање покрајинског значаја, спорт, рекреацију и физичку културу, здравствену заштиту, социјалну заштиту, сајмове и привредне манифестације покрајинског значаја, оснивање и рад медија покрајинског значаја, културу, културно и научно наслеђе, науку, универзитет, основно и средње шкољство, остваривање и заштиту људских индивидуалних и колективних права, спровођење економске политике, референдум покрајинског значаја, одржавање јавног реда и мира, регионалну сарадњу, органе за пружање правне помоћи Покрајини и организацију правосуђа и адвокатуре у Покрајини.

Финансијска аутономија аутономних територијалних заједница обезбеђена је њиховим правом на имовину, на непокретности и правом на имовину од својих прихода.

Што се тиче учешћа аутономних покрајина у образовању и вршењу законодавне власти Републике Србије, оно је обезбеђено правом аутономних покрајина да буду представљене, Скупштини Републике Србије. Скупштина Републике Србије замишљена је као дводомна. Њу сачињавају Дом грађана, који представља грађане, и Дом територијалних аутономија, који представља аутономне покрајине, аутономне територијалне заједнице и град Београд. У Дом

⁵⁰ Исто, с. 82.

територијалних аутономија улазе по петнаест посланика из постојећих аутономних покрајина и по петнаест посланика из осталих аутономних територијалних заједница, уколико буду образоване, и петнаест посланика из града Београда. Док се у Дом грађана, у чији састав улази сто педесет посланика посланици бирају на општим и непосредним изборима, по пропорционалном изборном систему, посланике у Дом територијалних аутономија бирају скупштине аутономних покрајина и аутономних територијалних заједница и скупштина града Београда. Дом грађана и Дом територијалних аутономија одлучују о свим питањима (из надлежности (Скупштине Републике Србије) у равноправном делокругу, осим о избору владе и гласању о поверењу Влади (што је у надлежности Дома грађана). Правни положај Дома територијалних аутономија појачан је његовим правом апсолутног вета "на законе и одлуке које су од непосредног интереса за аутономне територијалне заједнице и за права припадника националних мањина".⁵¹ У таква питања спадају, на пример, територијална организација, уређивање права националних мањина и мањинске самоуправе, образовни систем, култура и наука.

Из предложеног текста о организацији власти, који је писао Радивој Степанов, видљиво је, такође, да аутономне покрајине треба да формирају и своје Врховне судове, док се за остале аутономне територијалне заједнице, уколико буду образоване, предвиђа формирање Високих судова, који могу имати "исти или мањи опсег надлежности у односу на опсег надлежности Врховног суда Војводине".⁵² У надлежност Врховног суда Војводине стављени су и послови који су карактеристични за делатност Уставних судова као што су, на пример, одлучивање "о сагласности закона, других прописа и општих аката, донетих у аутономној покрајини, и општих аката политичких странака регистрованих у аутономној покрајини, са конститутивним актом аутономне покрајине и покрајинским законом".⁵³ И у ставовима о тужилаштву предвиђен је висок степен независности и самосталности Јавног тужиоца Војводине и јавних тужилаца аутономних територијалних заједница (уколико оне буду образоване) у односу на Републичко јавно тужилаштво. Тако, на пример, Републички јавни тужилац није надређен Јавном тужиоцу Војводине "када се ради о примени закона донетог у Аутономној Покрајини Војводини (...) или о примени другог прописа донетог на основу таквог закона".⁵⁴

4. Нацрт Устава Републике Србије

Демократска странка Србије је једина од политичких странака која је изашла са предлогом регионализације Србије. Тај предлог је садржан у нацрту Устава Републике Србије те политичке странке. Последња верзија тог нацрта учињена је доступном јавности јула 2003. године. Првобитна Јовичићева идеја о регионализацији Републике Србије је у широј јавности постала позната

⁵¹ Исто, с. 63.

⁵² Исто, с. 73.

⁵³ Исто с. 73.

⁵⁴ Исто, с. 77.

захваљујући пре свега залагању Демократске стране Србије. При том, идеја Републике Србије као регионалне државе коју предлаже Демократска странка Србије се у појединим елементима разликује од Јовичићеве идеје. Разлике су приметне посебно у броју региона, делом у њиховој надлежности и врсти и рангу правних аката који они доносе.

У првом делу Устава Републике Србије, који садржи основна начела, за питање регионализма, од значаја су посебно одредбе садржане у чл. 1. и чл. 12. У првом се дефинише Република Србија као "држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на Владавини права и социјалној правди", а у другом се јемчи право грађана "на регионалну аутономију и локалну самоуправу".

Разрада наведених Уставних начела садржана је нарочито у петом делу Устава Републике Србије који носи назив "Територијално уређење". Ту се, прво, полази од начелне одредбе да је државна власт (тј. власт Републике Србије) ограничена правом грађана на регионалну аутономију. Наравно, она је ограничена и правом грађана на локалну самоуправу, а посебно корпусом људских и мањинских права и слобода. У погледу надлежности региона, у једној општој формули, и позитивној и негативној у исто време, наводи се да су региони надлежни "у питањима ширег значаја од локалног, у којима није надлежна Република Србија" (чл. 145. ст. 1). Потом се, опет на начелном плану, једном овлашћујућом диспозицијом, препушта могућност Републици Србији да својим органским законом повери регионима "извршавање закона и других општих аката из своје надлежности". То се *mutatis mutandis* односи и на регионе у односу према јединицама локалне самоуправе. Две су још важне начелне одредбе. Једна се односи на право на самоорганизовање региона. Региони имају право да самостално својим статутом (као својим највишим правним актом) "прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби, према сопственим приликама и потребама", мада су при том "везани Уставом и органским законом" (чл. 147.). Другом начелном одредбом се одређује да је скупштина региона највиши орган региона и да је она једнодомна.

Остале одредбе о регионима даље разрађују наведене начелне одредбе. Региони се дефинишу као "аутономне територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују право на регионалну аутономију" (чл. 150. ст. 1.).

Република Србија је подељена на шест региона чија су седишта у Београду, Крагујевцу, Нишу, Новом Саду, Приштини и Ужицу. Називи региона нису одређени, мада су њихови називи препознатљиви (по њиховим седиштима). То су досадашње две аутономне покрајине: Војводина и Косово и Метохија и регион Београд. Остају још три региона са седиштима у Крагујевцу, Нишу и Ужицу. Препознатљив је назив и региона са седиштем у Крагујевцу. То је Шумадија. Могући назив региона са седишту у Ужицу је Златиборски регион. У његов би састав вероватно ушла и Рашка област, у којој су и три општине са већинским муслиманским и бошњачким становништвом (Нови Пазар, Тутин и Сјеница). Остаје још регион са седиштем у Нишу. У састав тог региона би свакако ушле и општине са већинским албанским становништвом (Бујановац и Прешево). Како смо видели у појединим пројектима овај регион са седиштем у Нишу назива се

Југоисточна Србија, а онај, са седиштем у Ужицу Југозападна Србија. Називи региона по странама света, сигурно је, нису прихватљиви. Ако нема погоднијег назива, регион са седиштем у Нишу треба, по аналогiji са Београдским назвати Нишким регионом. Истина, чл. 151. Устава оставио је регионима да они сами својим статутима одреде називе својих региона.

Уставом Републике Србије одређене су две врсте надлежности региона: самостална надлежност и пренесена надлежност. У самосталну надлежност региона улазе послови регионалног значаја у областима:

- просторно планирање;
- план развоја;
- пољопривреда, сточарство, шумарство, лов, риболов;
- туризам и угоститељство;
- бање и лечилишта;
- индустрија и занатство;
- школство и култура;
- здравствена и социјална заштита;
- заштита животне средине;
- друмски, речни и железнички саобраћај;
- уређење путева, мостова и водовода;
- музеји и библиотеке.

Региони своје самосталне надлежности остварују доношењем закона. Законе, пак, извршавају доношењем општих и појединачних аката.

У пренесену надлежност региона улазе послови које им пренесе Република Србија из своје надлежности. При том Република Србија може одлучити да само неким, а не свим, регионима прошири надлежност. Овим се отвара могућност разлике у правном положају региона, тј. постојања региона са асиметричним статусом.

Што се тиче организације власти у регионима, региони имају поред скупштине још и владу и органе управе. Поред тога, они имају и јавне службе и омбудсмана. Владу региона, као свој извршни орган бира скупштина региона.

Надзор над радом органа региона врши Влада Републике Србије. Она има у различитим ситуацијама и различита средства на располагању. Тако, на пример, она може да покрене поступак пред Уставним судом за оцењивање Уставности или законитости закона региона и пре његовог ступања на снагу. Опште акте владе региона или органа управе региона Влада Републике Србије има обавезу да обУстави од извршења, уколико они нису сагласни са Уставом или законом Републике Србије. Појачану меру надзора над радом органа региона Влада Републике Србије остварује и преко начелника региона кога она именује. Надлежност начелника у региону се не исцрпљује само у контроли рада региона. Он има овлашћења и да усмерава рад државне управе у региону, а могу му, органским законом, бити поверени и други послови. Као *ultima ratio* служи право Владе Републике Србије да може тражити од Уставног суда да распусти скупштину

региона, ако она "грубо крши Устав или закон" и кад "угрожава јединство правног поретка Републике Србије" (чл. 159. ст. 1.).

С друге стране, Устав предвиђа и правна средства за заштиту регионалне аутономије. У случају ометања надлежности региона, каквим појединачним актом или радњом, регионални орган има право жалбе Уставном суду. Ако се пак право на регионалну аутономију повређује општим актом органа Републике Србије или органа локалне самоуправе, регионални орган може покренути поступак за оцењивање Уставности или законитости таквог акта.

Још је од значаја да се помене учешће региона у образовању Народне скупштине Републике Србије. Њу, као једноДомно тело, сачињава двеста педесет посланика. Од овог броја сто педесет народних посланика бира се у Републици Србији, као једној изборној јединици, а преосталих сто народних посланика у регионима. Утицај региона на одлучивање Народне скупштине Републике Србије нарочито долази до изражаја приликом доношења органских закона. Овим законом се, поред осталог, уређују грб, химна и застава Републике Србије, уживање индивидуалних и колективних права припадника националних мањина, а посебно територија региона. као и када су питања од регионалног значаја, кад је то потребно. Органски закон се усваја већином гласова народних посланика изабраних у Републици Србији као једној изборној јединици и већином гласова народних посланика изабраних у регионима (чл. 103. ст. 2.). Остали се закони доносе већином гласова народних посланика на седници (на којој је присутна већина народних посланика), а у појединим важним случајевима, у које спада, на пример, проглашавање и укидање ванредног стања, већином гласова свих народних посланика.

IV - Оцена предложених модела о уређењу Републике Србије као регионалне државе

Представио сам пет модела о регионализацији Републике Србије. Да има и других појединачна, политичких група и политичких странака којима је блиска идеја преуређења Републике Србије у регионалну државу, у то нема никакве сумње. Међутим, њихова досадашња настојања још нису добила форму одговарајућег пројекта Устава Републике Србије или бар шире и темељније теоријско образложење наведене идеје.⁵⁵ У сваком случају у предстојећој Уставној ревизији питање модела територијалне организације власти у Србији свакако је "реално

⁵⁵ В. на пример: др Радослав Стојановић, *Децентрализација Србије*, у књизи *Уставне промене у Србији*, научни скуп одржан 21. и 22. априла 2003. на Правном факултету у Београду, Београд, Правни факултет, 2003, с. 308-314; Миломир Степић, *Регионализацијом до (ре)интеграције - Србија као регионална Држава*, у књизи *Србија држава региона*, Зборник радова, Већеза демократске промене у Србији, Нови Сад, 2000; Милован Митровић, *Контрверзе око децентрализације, регионализације и локалне самоуправе у Србији*, Социолошки преглед, 1-2/2002.

најконтроверзније и потенцијално најтеже питање".⁵⁶ Др Милован Митровић, чије сам речи управо навео, у цитираном раду, залаже се за модел функционалне аутономије. Идеја је занимљива, али она није предмет ове расправе. По свему судећи више је противника, него присталица идеје о регионализацији Србије, како међу појединцима, посебно правницима, тако и политичким странкама. Од већих странака, на пример, тој идеји се противи Српска радикална странка, али и Српски покрет обнове и Демократска странка. Од ретких радова професора права, посебно је вредан помена, по одлучности против регионализације Србије, рад др Драгана Милкова.⁵⁷ Свој рад *О регионализацији Србији* он завршава речима: "Ми смо први у свету који хоћемо да седнемо за сто, цртамо по карти и кројимо регионе".⁵⁸

1. Оцена Јовичићевог модела

Јовичићева идеја о преуређењу Републике Србије као регионалне државе је са теоријске и Уставноправне тачке гледишта на темељан начин образложена. Његови предлози нису дати напречац него су производ вишегодишњег темељног изучавања и размишљања. Био је велики познавалац система локалне самоуправе у свету и кретања у савременом федерализму и уопште великих Уставних система а, такође, историје Уставног права у нашој земљи. Забринут за судбину властитог народа и државе у време тада Владајућег ауторитарног режима смело је изашао са снажном и утемељеном критиком нашег централистичког уређења и недемократског поретка. Већина његових критичких примедба усмерених на постојећу организацију власти у тадашњој Савезној Републици Југославији, али и Републици Србији су се показале утемељеним и оправданим. То се односи како на постојање двочлане федерације са многим конфедеративним елементима и нарушавањем принципа једнакости у образовању и функционисању такве државне заједнице, тако и на постојећи претерани централизам у Републици Србији.

С друге стране, међутим, Јовичићеве идеје о преуређењу наше државе на принципима регионализма подстицајне су за разговор, али не изгледају тако убедљиве, да би биле напречац прихваћене. Прво што је спорно је Јовичићев предлог да се СРЈ подели на тринаест региона, односно Република Србија на дванаест региона. Свођење Републике Црне Горе на регион тешко да је прихватљиво за грађане Црне Горе. Као што је познато, 2003. године усвојена је Уставна повеља, уз посредовање високих представника Европске уније, којом је престала да постоји СРЈ. Уместо ње, формирана је нова државна заједница Србија и

⁵⁶ В. др Милован М. Митровић, *Легитимитет политичких актера и нека отворена питања Уставне реформе у Србији*, у књизи *Уставне промене у Србији*, Научни скуп одржан 21. и 22. априла 2003. на Правном факултету у Београду, Београд, Правни факултет, 2003, с. 113.

⁵⁷ В. др Драган Милков, *О регионализацији Србије*, у књизи *Уставне промене*, Научни скуп одржан 21. и 22. априла 2003. на Правном факултету у Београду, Београд, Правни факултет, 2003, с. 208-307.

⁵⁸ Исто, с. 306.

Црна Гора са углавном конфедеративним елементима, али више као један провизоријум, с обзиром на то да је остављена могућност државама чланицама да се њихови грађани изјасне на референдуму да ли су уопште за такав тип заједнице или за самосталну државу. По свему судећи, већинско становништво у Црној Гори је ближе идеји самосталне државе уместо постојеће државне заједнице Србија и Црна Гора. Очекивати од грађана Црне Горе да би прихватили да Црна Гора постане регион и да тиме изгуби атрибуте државности, је потпуно нереално.

Што се тиче поделе Републике Србије на дванаест региона и та подела изазива недоумице, па се, у својим крајњим консеквенцама, показује арбитарном, без обзира на то што су критеријуми, од којих је пошао Јовичић у регионализацији Републике Србије, посматрани на апстрактном плану доста прихватљиви. Подсетимо се тих критеријума. То су: број становништва појединих региона, историјски односно традиционални разлози, специфичности у култури, обичајима и менталитету појединих подручја и фактори економске, саобраћајне и географске природе. Овде остављам по страни Аутономну Покрајину Косово и Метохију, која се сада налази под међународним протекторатом, али и Аутономну Покрајину Војводину, због сложености проблема. О њој пишем у једном другом раду. Кад се посматра уже подручје Републике Србије са главним градом Београдом, оно је подељено на седам региона: Западна Србија, Шумадија, Подунавље, Источна Србија, Јужна Србија, Стара Рашка и Београд. Називи три региона одређени су према странама света: Западна Србија, Источна Србија и Јужна Србија. Ти називи су, да будем благ у оцени, необични. У постојећим регионалним државама у Европи, Италији и Шпанији, регионализација је изведена пре свега према историјском критеријуму. Многбројне средњовековне државице на тлу данашње Италије и Шпаније постали су региони. И тамо има одступања од овог основног критеријума, уважавања и других мерила, али су она била секундарне природе. По овом историјском критеријуму показује се да је Јовичићева деоба уже Србије вештачка. Додуше други Јовичићеви критеријуми: специфичности у култури, обичајима и менталитету појединих подручја и фактори економске, саобраћајне и географске природе делимично стоје, али је велико питање да ли су они довољан основ за регионализацију Републике Србије.

Други Јовичићев разлог за преуређење Републике Србије у регионалну државу - демократски, не делује, такође, убедљиво. Јасно је да је децентрализација Републике Србије у складу са демократијом. Уместо регионализма, демократију може да обезбеди и широка и снажна локална самоуправа. Регионализам би могао у нашим условима да потхрањује затварање и партикуларизам, а то је супротно демократији. У пракси би се могло показати да је за једну политичку заједницу партикуларизам исто толико, а можда и веће зло од централизма. Јер, партикуларизам подстицан изнутра и споља могао би да угрози јединство политичке заједнице и да је чак разбије. Таквих примера било је и у нашој прошлости.

Кад би Република Србија била преуређена у регионалну државу, онда би се могао прихватити Јовичићев предлог у погледу надлежности региона. Они би морали бити лишени свих функција који су карактеристични за државу. Такође,

прихватљиво је његово становиште да треба избегавати регионе са асиметричним правним статусом, јер то нарушава једнакост региона. По својим надлежностима и правном статусу регионима је место "у средини", између јединица локалне самоуправе и државе тј. Републике Србије.

Речено у погледу надлежности региона, важи *mutatis mutandis* и у погледу осталих Јовичићевих предлога: организације власти у регионима, регионалним прописима, регионалним финансијама и учешћу региона у вршењу централне власти.

2. Оцена предлога независне групе експерата (Београдски центар за људска права)

Као и Јовичић независна група експерата се залаже за преуређење Републике Србије у регионалну државу, јер је то услов (без кога се не може) за њен демократски преображај. Речено у погледу тог Јовичићевог става, важи наравно и у овом случају. Демократска реконструкција Републике Србије би могла да се изведе и без регионализације, уз друге мере, нарочито јачањем правног статуса јединица локалне самоуправе, са свим осталим предностима које се односе на јединство државе.

Предлог независне групе експерата у погледу броја и назива региона пати од истих слабости као и Јовичићев предлог, с тим што се сада помињу Југозападна Србија (уместо Западна Србија, као код Јовичића) и Југоисточна Србија (уместо Јужна Србија, као код Јовичића). Бољи је њихов алтернативни предлог да се границе и називи региона утврде Уставним законом (с наДом, да би се у том случају пронашли одговарајући називи).

Надлежности региона су одређене на сличан начин, као и код Јовичића, што не треба да чуди, кад се има у виду да су и они као и Јовичић, више-мање преузимају решења из шпанског и италијанског Устава.

Подстицајан је предлог независне групе експерата у погледу образовања Сената, као другог Дома Парламента Републике Србије. У том предлогу се води рачуна о сразмерној заступљености не само региона (и субрегиона - области и округа), већ и о сразмерној заступљености мањина. Како изгледа наведена сразмерна заступљеност мањина, из предлога се не види, пошто је остављено законодавцу да то својим актом - законом утврди.

Предлог независне групе експерата у погледу одлучивања у Парламенту Републике Србије, с обзиром на доста компликовану процедуру, је доста проблематичан. Сенат као други Дом Парламента има право не само суспензивног вета него, у одређеним случајевима, и апсолутног вета (кад се одлучује о питањима која су од непосредног интереса за заједнице територијалне аутономије). На тај се начин ствара могућност да се изврши блокада и изазове парализа у раду Парламента, а то није рационално и може изазвати бројне непожељне последице по јединство државе.

Док се у Јовичићевом предлогу као главни акт помиње статут, независна група експерата предлаже да то буде конститутивни акт. Није сасвим јасно шта се

под тим подразумева. Ако је то друго име за Устав, онда би такав предлог био неприхватљив. Уставотворна власт је атрибут државе (у федерацијама и федералне јединице). Региони би морали да буду лишени атрибута државности, а то значи и Уставотворне власти. Што се тиче другог правног акта по правној снази, код Јовичића су то регионалне одлуке, а независна група експерата предлаже да то буду закони. Регионалне одлуке су ближе природи региона од закона, мада би се могла отворити и могућност поверавања законодавне функције регионима у оквирима њихових Уставом и законима Републике Србије и статутима региона утврђених надлежности.

3. Оцена предлога проф. Павла Николића

Предлози проф. Николића у погледу регионализације Краљевине Србије су у мноме слични предлозима Миодрага Јовичића. Тако и он уситњава простор малене државе и дели је на дванаест региона. Он је избегао опасност да појединим регионима даје називе према странама света, типа Западна Србија и Јужна Србија. Имена региона се поклапају са већ одавно устаљеним називима за поједине области.

И Николић се приклања Јовичићевом предлогу да регионима не треба дати законодавну власт, да су они ближи, по свом правном статусу, јединицама локалне самоуправе него федералним јединицама у федерацијама.

Из Уставног текста се, наравно, не виде разлози за укидање досадашњих аутономних покрајина Војводине и Косова и Метохије, а ти разлози се не виде ни из његовог уводног текста "Србија на прагу свог васкрса". Уместо две досадашње аутономне покрајине, он предлаже пет региона, три за Војводину и два за Косово и Метохију.

И одредбе о надлежностима региона, њиховој организацији власти, правној заштити и финансијској аутономији постављене су на истоветан или сличан начин као и у Јовичићевом моделу регионализације Републике Србије.

Одступања у односу на Јовичићеве предлоге су нарочито видљива у погледу образовања и структуре Парламента у држави Србији. Видљива су Николићева настојања да се умањи значај региона у образовању централног представничког тела, као и у процесу одлучивања. По Јовичићевом предлогу Парламент Републике Србије има два Дома: Дом грађана (са 120 посланика) и Дом региона (са 70-80 посланика). При том би оба Дома била, у начелу, равноправна у доношењу одлука. Према предлогу проф. Николића, Парламент Краљевине Србије би већи био једноДоман, а присуство региона би се осетило тако што би се на сваких двеста хиљада становника бирао по један посланик, а уколико би преостали део становништва био од сто хиљада бирао би се још један посланик. Иначе, Парламент би одлучивао већином гласова свих посланика, а у таквом случају би утицај региона на доношење одлука био маргинализован. Како природи регионалне државе одговара дводомна структура Парламента, предлог проф. Николића, у овој материји, не изгледа да је оправдан.

4. Оцена предлога групе експерата (FORUM JURIS) из Новог Сада

Група експерата из Новог Сада, окупљена око неВладине организације FORUM JURIS, оставила је отвореном могућност организовања Републике Србије као регионалне државе. Наиме, поред постојања досадашњих аутономних покрајина, Војводине и Косова и Метохије, предвиђена је могућност образовања и нових, једне или више њих, аутономних територијалних заједница, са истим или слабијим правним статусом, од статуса које већ имају постојеће аутономне покрајине. Како би се спречила арбитерност у формирању нових аутономних покрајина, постављени су и одговарајући услови: одређени (не каже се колики!) број територијално повезаних општина, економска, историјска, социјална и култура посебност (изгледа да се ови услови траже кумулативно!) и могућност самосталног финансирања.

Отварање могућности образовања аутономних покрајина са различитим правним статусом, противи се принципу равноправности и уводи асиметричност, која није пожељна ни у једној држави. У овом предлогу се, изгледа, пошло од "стечених" права садашњих аутономних покрајина, што се жели сачувати (и још увећати!), док би остале евентуално формиране аутономне покрајине могле бити са истим или слабијим правним статусом. Постављање услова да новоформирана аутономна покрајина мора саму себе да финансира, не уважава различит степен развијености појединих региона, а израз је и себичности богатијих региона и одсуства принципа солидарности. Ако би била Република Србија преуређена у регионалну државу, она би морала да се постара да се сви региони у њеном саставу развијају на хармоничан начин, како би се ублажавао јаз између богатијих и сиромашнијих средина.

Што се тиче надлежности досадашњих аутономних покрајина, а пре свега Аутономне Покрајине Војводине, оне нису постављене екстремно и не разликују се много од надлежности садржаних у предлозима осталих експерата и политичких странака. Међутим, једно смета, а то избија у први план. Предлаже се увођење Уставотворне власти у Аутономној Покрајини Војводини, а о законодавној власти, као овој подређеној, и да не говорим. Међутим, као што сам већ рекао, Уставотворна власт је један од атрибута државе и федералних јединица (у федерацијама). Давање такве власти аутономним покрајинама би у многоме федерализовало Републику Србију, што за њу, у овом тренутку, не само да не би био добитак, већ би могао да послужи и као правни основ за даље јачање центрифугалних сила и за, у крајње неповољном случају, њено разбијање. Предлог групе експерата је вероватно пошао од "стеченог" права на доношење покрајинског Устава из времена бивше СФРЈ. Правни основ за то се налази у тзв. Брионском Уставу од 1974. године, којим је тадашња Југославија била битно конфедерализована, док су аутономне покрајине биле, у свом правном статусу, готово изједначене са федералним јединицама (републикама). Међутим, право на Уставотворну власт се противи природи и најшире схваћене аутономне покрајине (тзв. "суштинске аутономије").

О постојању намере групе експерата окупљене око неВладине организације FORUM JURIS да Аутономну Покрајину Војводину уобличи као што самосталнију аутономну територијалну заједницу, са правним статусом који одговара федералним јединицама у федерацији, види се и по њиховом предлогу да се на врху пирамиде судова у Војводини налази Врховни суд Војводине, који би уједно имао и карактер Уставног суда Војводине. То се види и по пословима који су стављени у његову надлежност, као што су одлучивање о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом Аутономне Покрајине Војводине, као и о сагласности статута политичких странака које су регистроване у Војводини са Уставом Аутономне Покрајине Војводине.

Да је наведена намера групе експерата постојала види се и по правном положају Јавног тужиоца Војводине у односу на Републичко јавно тужилаштво. Тако је искључена надређеност Јавног тужиоца Републике Србије у односу на Јавног тужиоца Аутономне Покрајине Војводине када се ради о примени закона или другог прописа који су донети у Војводини. У већини федерација не постоји таква самосталност јавних тужилаца федералних јединица у односу на савезног тужиоца, јер је тужилаштво свуда у свету изграђено и функционише на принципу централизма и субординације.

Још је чудније што група експерата предлаже да се у Парламенту Републике Србије, који је замишљен као двоДомни, састављен из Дома грађана и Дома територијалних аутономија, што је уреду, јер је у складу с природом регионалне државе, одлуке доносе у равноправном делокругу (што је, такође уреду), али тако да Дом територијалних аутономија има право апсолутног вета на законе и одлуке које су од непосредног интереса за аутономне територијалне заједнице и за права припадника националних мањина. У таква питања спадају чак образовни систем, култура и наука. Оваквим правом нарушава се чак и принцип федерализма и поставља можда основ за некакву (будућу) конфедералистичку федерацију (каква је била и некадашња СФРЈ, по Брионском Уставу од 1974.). Наравно, свако има право на властити научни и политички став, па и група експерата из Новог Сада. Јер, Устав је не само највиши правни акт већ и политички акт. Слободно је да се каже шта се жели. Ако се жели да Аутономна Покрајина Војводина прерасте у федералну јединицу, а и то може бити легитимна тежња (појединаца, експерата и политичких странака), онда треба рећи да је то захтев не за "суштинском аутономијом", већ за преуређењем Републике Србије у правцу федерализма. Остаје нејасно зашто се термин и појам Аутономна Покрајина употребљава у неком другом, а не општеприхваћеном значењу.

5. Оцена предлога Демократске странке Србије

Од свих предлога Устава Републике Србије, предлог Демократске странке Србије је са теоријског и Уставноправног становишта "најчистији" и у многоме се приближава Јовичићевом моделу Републике Србије као регионалне државе. Правни статус региона одређен је слично као код Јовичића. То се односи и на надлежност региона и организацију власти у регионима, као и на њихове правне

акте. При том је, што и одговара природи регионалне државе, основни правни акт региона његов статут. Правна средства за заштиту регионалне аутономије, као и финансијска аутономија региона, постављена је на истим основама као и у Јовичићевом моделу Републике Србије као регионалне државе.

Демократска странка Србије се клонила претераног уситњавања региона. У њеном пројекту Устава предвиђено је шест региона. Два се региона поклапају са досадашњим аутономним покрајинама, главни град Београд, са приближно два милиона становника такође, постаје региона а уже подручје Републике Србије се дели на три региона (са седиштима у Нишу, Крагујевцу и Ужицу).

Супротно Јовичићу, Демократска странка Србије предвиђа могућност образовања региона са асиметричним статусом. У прилог таквом решењу говоре специфичности појединих региона (ту се, вероватно, мисли и на садашњу Аутономну Покрајину Војводину и главни град Београд), мада се тиме нарушава равноправност региона, што може бити извор неспоразума па и конфликта.

Утицај региона на образовање Парламента у Републици Србији и на његово одлучивање је знатно слабије него у већини осталих пројеката Устава. Парламент Републике Србије је замишљен као једноДомно тело, у чији састав улазе додуше, две врсте посланика: једни изабрани у Републици Србији, као једној изборној јединици (њих 150) и други изабрани у регионима (њих 100). Само кад Парламент Републике Србије доноси органске законе, утицај региона остаје респектабилан, док је у осталим случајевима (кад се доносе остали закони), тај утицај недовољан. Наиме, кад се доносе основни закони, за њихово усвајање, тражи се већина гласова у обе групе посланика (оних који су изабрани у Републици Србији као једној изборној јединици и осталих, изабраних у регионима).

Иначе, и са правнотехничке стране пројекат Устава Републике Србије, који је израдила Демократска странка Србије, надмоћан је осталим пројектима Устава Републике Србије.

З а к љ у ч а к

Републици Србији потребан је нови Устав који ће Србију, и на овом плану, приближити породици развијенијих европских народа и држава. Могуће су, наравно, и делимичне измене постојећег Устава од 1990. године, али би то било слабије решење. Подразумева се да Устав треба да буде донет на демократски начин, уз консултовање најширих кругова правничке и политичке јавности. Уз то, он треба да буде израз ако не опште сагласности, што је тешко постићи, оно бар сагласности већинског дела грађана, односно главних политичких снага које репрезентују политичке странке односно њихови чланови - посланици у Парламенту Републике Србије. Нови демократски Устав Републике Србије треба да почива на суверенитету грађана и њиховим неприкосновеним демократским правима и слободама, на политичком плурализму, тржишној привреди, правној држави, Владавини права и социјалној правди. Да би смо се сачували од рецидива тоталитаризма, који је више од пола века био присутан на нашим просторима, у

организацији државе неопходан је принцип поделе власти, посебно одговорна и смењива Влада и независно судство.

Што се тиче територијалне организације власти, ту треба бити веома пажљив и одмерен, посебно с обзиром на нашу већ пословичну склоност ка експериментима и правном авантуризму. При том, угледање на обрасце територијалне организације у другим државама, у којима ти системи власти добро функционишу, није довољно. Рецепција туђих решења, примерених тим народима и државама, по правилу, никада није успешна, ако не постоје одговарајуће претпоставке за ту рецепцију код нас.

Републику Србију треба одредити као државу свих њених грађана. Модерне државе у Европи изграђене су на принципу суверенитета грађана, а не на националном принципу. У пројектима Устава Републике Србије које сам представио, мешају се, непотребно, два принципа: принцип грађанског суверенитета и национални принцип.⁵⁹ У развијеним европским државама је практично напуштен принцип решавања права мањинских националних заједница територијалном аутономијом. Индивидуална и колективна мањинска права националних заједница решавају се данас на другачије начине и употребом различитих, а погодних механизма, како на нивоу локалних јединица, тако и у поступцима пред државним органима (управом и судом), у сфери образовања и културе, у области запошљавања и на многе друге начине. Припадници мањинских националних заједница као грађани имају исти правни статус као припадници већинског српског народа. А, поред тога, гарантована су им и друга, мањинска права, кад треба, и применом позитивне дискриминације. Из овога следи да би образовање региона само по националном принципу, данас, представљало анахронизам. Уосталом, кад би национални критеријум ипак био пресудан, одмах се поставља питање коликом броју припадника мањинских националних заједница треба признати право на територијалну аутономију? Је ли то, на пример 7 % у односу на укупан број грађана у Републици Србији? Шта је са припадницима мањинских националних заједница који не живе на једној компактној територији? Да ли је довољно да они само у једној или више општина, и у колико општина представљају већинско становништво? Да ли би се признавањем на територијалну аутономију једној, а не и осталим мањинским заједницама, којих има, на пример, само један или два процента у односу на укупан број становништва у држави, или рецимо, садашњој Аутономној Покрајини Војводини, нарушио принцип равноправности? Поред ових могу се, наравно, поставити и друга питања на која се тешко може, на рационалан начин, одговорити. Ако би се, на пример, признало Мађарима право на територијалну аутономију, да ли би то повукло за собом прекрајање територије Аутономне Покрајине Војводине? Или би постојала аутономија у аутономији? Како би се уредили односи између те две аутономије? Шта је са истим таквим правом Муслимана и Бошњака у Рашкој области и правом

⁵⁹ В. О томе добро утемељену критику у раду: Јасминка Хасанбеговић, *Моделари Устава у огледалцету људских права*, у књизи Уставне промене, Научни скуп одржан 21. и 22. априла 2003. на Правном факултету у Београду, Београд, Правни факултет, 2003, с. 260-288.

Албанаца који чине већинско становништво у две општине (Бујановац и Прешево)? Да ли то значи да малена Република Србија треба да има више аутономија, сазданих на националном принципу, него све европске државе заједно (изузев Руске Федерације)? По свему судећи треба у територијалном организовању Републике Србије потпуно напустити национални принцип, а питања мањинских националних заједница решавати на начине које користе развијене демократске државе Западне Европе.

Италија и Шпанија, најпознатије и најразвијеније регионалне државе у Европи, настале су, пре свега из традиционалних и историјских разлога. Тамо су у средњем веку постојале многобројне државице. Оне су после Другог светског рата, сломом фашизма у Италији и франкизма у Шпанији, постале региони (покрајине). У Републици Србији не постоје такви и слични разлози који би оправдавали њено преуређење у регионалну државу.

Данашње регионалне државе у Европи, и Италија, и Шпанија и Белгија су богате земље, док је данас Република Србија једна од најсиромашнијих земаља у Европи. Постојање већег броја региона претпоставља доста сложену и скупу организацију у њима: скупштине региона, владе региона, регионалне управе и, евентуално, и други органи и јавне службе. Ко ће да обезбеди финансијска средства за тако сложену и скупу организацију? Развијенији региони би, можда, могли да покрију властите трошкове. Шта је са неразвијеним и сиромашним регионима? Република Србија данас није у стању да покрива ни властите трошкове, без задуживања у иностранству и донација других држава и међународних организација. Хоће ли богатији региони давати средства за организацију и делатност сиромашним регионима? Ни богатији немају средстава довољно и ту се онда ствар још више компликује.

Није сасвим сигурно да би образовање региона омогућило бржи развој демократије. Све зависи од конкретноисторијских прилика и снаге центрифугалних сила. Не треба искључити могућност и "затварања" региона, а и тежње ка што већој самосталности, особито с обзиром на карактерне особине већинског српског народа, која би могла довести и до федерализације Србије, а то би могло да угрози и државно јединство.

Како данас ствари стоје, још није време да се приступи преуређењу Републике Србије у регионалну државу. Предност има унитарна држава, али са развијеном и снажном локалном самоуправом. Таква локална самоуправа би била и основа за бржи развој демократије, којој теже већина грађана и све озбиљне политичке снаге у Републици Србији.

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

Serbia as a Regional State?

Abstract

There are three types of a state structure: unitary state, regional state and federation. Unitary state is the oldest and most common type of state. First known federation dates back to the 18th century and the first regional state emerged after the Second World War. The general view, in the theory of state and constitutional theory, is that a unitary state is the "most natural" type of state, best for governance and fulfilling the purpose of a state. Some authors find that a federation is an "incomplete" state. Regional state is designed as a type of state which should overcome weaknesses of both unitary state and federation without giving up benefits which they may provide. The most suitable type of a state structure will depend on particular historical circumstances of each country. However, we find that, speaking *in abstracto*, a unitary state is the most reliable type of state structure.

The first idea of organizing Serbia as a regional state was given by Miodrag Jovičić in his constitutional law analysis *Regional State* (Belgrade, 1996).

This idea was reaffirmed after the political changes in Serbia after 5 October 2000 within few constitutional projects with drafts of a new constitution for Serbia. The first was given by the group of experts within the Belgrade Centre for Human Rights, in August 2001, which offered a draft of a new Constitution and regional organization of Serbia. Later that year Professor Pavle Nikolić made a draft of a new Constitution for the Kingdom of Serbia, which also envisaged Serbia as a regional state. In 2002 the group of experts of the nongovernmental organization FORUM JURIS, offered its draft of a new constitution which also envisaged Serbia as a regional state. Lastly, the Democratic Party of Serbia made its draft of a new constitution including the proposal for a regional organization of the state. The most radical solution of regionalisation of Serbia is in the project offered by the group of experts from Novi Sad. In order to provide and ensure so-called "essential autonomy", they designed a model according to which there are no substantial differences between the existing Autonomous Province and a federal unit in federations.

Today is not the right moment to organize Serbia as a regional state. If we follow the idea of sovereignty of citizens and not of a sovereignty of a nation, national minorities are not to be given the right to territorial autonomy. There are other more convenient ways in which they may enjoy their individual and collective minority rights, as it is the case in developed democratic countries in Europe. Also, there are no historical reasons for regionalization of Serbia, as there are, e.g. in Italy and Spain, as no states in the

territory of Serbia existed in the past. Also, organizing a regional state requires substantial expenditures far beyond financial capabilities of the Republic of Serbia. Lastly, regions themselves would not necessarily ensure democracy. Size-reduction of territorial units may have a quite contrary effect – isolation and particularization, which may even endanger a unity of the state, considering the character of majority of the Serbian people.

*Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ВОЈНО-ОРГАНИЗАЦИОНА ДЕЛАТНОСТ ГЛАВНОГ ОДБОРА СРПСКЕ ВОЈВОДИНЕ 1848-1849. ГОДИНЕ

Сажетак: Одлуке Мајске скупштине 1848. године нису прихваћене ни потврђене од стране двора, а мађарска влада је најоштријим мерама гушила српски покрет. После напада петроварадинског команданта Храбовског на Карловце 12. јуна почео је рат између Срба и Мађара.

Главни одбор је организовао српску војску, старао се о регрутовању, снабдевању и опремању војске, као и о стварању командног кадра. За војног команданта је изабран Ђорђе Стратимировић.

Главни одбор је 5/17. јуна основао посебни војни орган, Војни савет, а касније и Тајни војни савет. Војни савет је донео Кључ за народне војнике, по којем је утврђен број војника које треба да да свако домаћинство, старао се о распореду војске, снабдевању намирницама, опремом, оружјем и муницијом. Војни савет се од почетка бавио и суђењем, у војнодисциплинским и војнокривичним предметима, али и кривичним, па и грађанскоправним.

Пословима војне организације су се у време српског покрета 1848. и 1849. године бавили углавном сви органи који су тада били на челу покрета и руководили њиме. Изузев врховне војне команде и непосредног руковођења војним операцијама, Главни одбор, поједина његова одељења и тела која је он организовао су носили највећи део терета ових послова.

Кључне речи: Српски покрет 1848, Главни одбор, Војни савет, Тајни војни савет, Кључ за народне војнике, војноорганизациони послови, суђење.

Сукоб с мађарима и почетак рата

Настојања српских депутација упућених на разне стране да издејствују признање права српског народа и одлуке скупштине одржане у Сремским Карловцима 1/13. и 3/15. маја нису нигде постигле повољне резултате. Део хрватске јавности, првенствено омладина, поздравио је одлуке Мајске скупштине. Ставови водећих политичких кругова били су ипак уздржани, што се показало нарочито у току дебате у сабору, у погледу савеза Војводине са Троједном краљевином, када се радило о војводи, припадности Срема, али и о другим питањима.¹

Делегација упућена на двор затекла је цара у Инсбруку, куда се склонио од бечких револуционара. Српску депутацију је цар примио 19. јуна у приватну аудијенцију, а у присуству мађарског министра Естерхазија и том приликом изјавио да не може да потврди одлуке незаконитог конвента које су му донели његови поданици грчко-источне вероисповести заједно са гомилом дошљака из Србије. Спреман је да испуни све лојалне жеље ових својих поданика, које му буду поднете законитим путем, то јест преко законитог, црквеног конгреса.² Дворска камарила пак, на челу са надвојвоткињом Софијом и надвојводом Францом Карлом, родитељима будућег цара Фрање Јосифа примила је српске депутате сасвим другачије. Надвојвода је изјавио: "Признајмо, да смо и ми (двор) и ви несретни и помозимо себи узајамно. Ходите и даље почетним путем, јер он води к' спасењу нашем (двора) и вашем".³

После овог неуспеха неки чланови српске депутације: архимандрит Прокопије Ивачковић, др Константин Пеичић и Јован Суботић су се обратили министарству у Бечу, министру Доблхофу и министру иностраних послова Весенбергу и покушали да им објасне суштину српских захтева. Љубазно примљена, депутација није добила никакав позитиван одговор на своје молбе ни од једног министра.⁴

Изасланство које се упутило на италијански фронт да Стевана Шупљикаца обавести о његовом избору за војводу и да затражи од маршала Радецког да га отпусти из своје војске такође није било боље среће - Шупљикац је саветовао да Срби покушају да се измире са Мађарима, уз услов да ови признају српску народност и привилегије. Иако је прихватио избор за војводу, изјавио је да се нада да неће дуго бити војвода и ако добије царско одобрење, јер жели да на миру оконча своју старост.

¹ Грађа за историју српског покрета у Војводини 1848-1849, Београд 1952, (у даљем тексту Грађа), 305-306, 357, 367-368; Васа Богданов, Друштвене и политичке борбе у Хрватској 1848/49, Загреб, 213-217.

² Joseph Thim, *A magyarorsági 1848-49 - iki szerb fölkelés története* I-III, Budapest 1930-1940, (у даљем тексту Thim) II, 252-253; 278-283, 431-432; *Грађа*, 328; С. Капер, нав. дело, 64; Драг. М. Павловић, *Србија и српски покрет у Јужној Угарској 1848. и 1849*, Београд 1904, 19-20.

³ Миховил Томандл, Улога др-а Константина Пеичића у српском покрету 1848-1849 године, Зборник МС за друштвене науке 18/1957, 65.

⁴ Живот дра Јована Суботића (автобиографија), Други део: пролеће, Нови Сад 1902, 97-98.

На захтев српске депутације у Инсбруку и представку Радецког, цар и влада су одбили да дају потврду избора војводе 21. јуна, с образложењем да се молба не може уважити, "пошто српски војвода не постоји, стога је његов чин незаконит, а војвода незаконит ауторитет".⁵

Овај поразни исход труда српских депутација да постигну одобрење одлука Мајске скупштине, односно да у револуционарним променама које су захватиле царевину и српски народ добије слободу и равноправност показивао је од самог почетка какав ће правац царска политика имати према српском, али и према покретима других народа у Монархији, "Јер интерес Срба био је демократизам и слобода, а интерес Аустрије реакција и контрареволуција".⁶

У једном писму аустријском министру председнику митрополит Рајачић констатује да је скоро у исто време док су њега одбијали у Бечу, аустријски генерал Храбовски напао на Карловце.⁷ Мађарска влада је наиме, већ од почетка српског покрета предузела најоштрије мере за његово гушење. Делатност преког суда, установљеног још пре Мајске скупштине настављена је. Мајску скупштину влада је прогласила за незакониту, а на њене учеснике за велеиздајнике. Већ 11/23. маја министар унутрашњих послова Семере оштро је прекорио комесара Чарнојевића због догађаја у Војводини и наложио му: "Карловачку скупштину прогласити незаконитом, као и све што је из ње проистекло. Заслужује укор и казну што је бирала без претходног пристанка владе, патријарха, коме ћете забранити да се служи овом титулом; што је бирала војводу; што је један свој одбор прогласила перманентним; што ће под именом Војводине образовати посебну област и покрајину; што ће послати изасланике на словенски конгрес, која ће се одржати у Прагу. Ове две последње ствари директно су у противности са уставом и статутарним јединством, и руше га". Истога дана палатин Стефан је именовао новог комесара уз Чарнојевића, који по оцени владе није деловао довољно одлучно.⁸

У склопу уступака мађарској влади цар је још 25. априла/7. маја потврдио параграфе 6 и 8 III законског чланка који је донео угарски сабор, а по којима се сва војна сила у Мађарској подвргава мађарској влади. Под мађарско министарство подвргнута је овом одлуком и Војна граница. На растуће незадовољство граничара и његове непредвидиве последице указао је и Јован Хацић у писму Чарнојевићу. Сматрао је да у Граници треба извршити неке реформе.⁹ И генерал Храбовски, командант Петроварадина известио је цара о својим страховањима да би последице те одлуке могле бити опасне: "Ја имам морално убеђење да би изненадним безусловним потчињавањем Војне границе под кр. угарско министарство историска верност и оданост храброг граничарског народа према преузвишеном царском дому могла

⁵ Миховил Томандл, Војвода Стеван Шупљикац као главнокомандујући српских војних снага у Војводини 1848. године, Зборник МС за друштвене науке 27/1960, 32-33; Грађа, 414-415.

⁶ Васа Богданов, Устанак Срба у Војводини и мађарска револуција 1848 и 1849, Суботица 1929, 172.

⁷ Исто, 146.

⁸ Грађа, 317-319.

⁹ Thim II, 257-259.

бити пољуљана у својим темељима, да би веза покорности много олабавила и да би се грађански рат са свим својим несрећним последицама могао изазвати".¹⁰

У име мађарске владе министар Етвеш је 22. маја/2. јуна обавестио Рајачића да се проглашава за незаконит избор патријарха, јер је извршен од незаконите скупштине. Налаже му да хитно објави одлагање црквеног сабора за 15. јун и одржавање тог сабора у Темишвару, а не одобрава одлагање сабора после 15. јуна и његово одржавање у Новом Саду. Све наредбе владара издаваће се преко мађарског министарства.¹¹ Мађарска влада предузимала је у то време припреме за рат, али је покушавала неким мерама да умири нерасположење у граници. Граничарима су дате неке олакшице: слободна својина на земљи, укидање кулука држави, слободна сеоба, слободно бављење трговином, индустријом и занатима.¹²

Међутим, у Граници је отпор потчињавању мађарској влади све више јачао. Народ у Панчеву је 11/23. маја испољио велико незадовољство када му је прочитана ова одлука. Граничари у Шајкашком батаљону такође су били незадовољни овом одлуком и, по једном извештају мађарској влади, то незадовољство подстицали су официри. "Официри, са изузетком неколицине, заклети су непријатељи Мађара, потајно хушкају и у стању су да све учине против Мађара само да се овде не призна мађарско министарство".¹³

Свестан опасности која је Србима претила од мађарске владе, поготову после Мајске скупштине, обавивши најнужније послове око свог конституисања и предузевши прве кораке на оснивању мреже месних одбора, Главни одбор је почео са припремама за рат. Већ 15/27. маја упућен је народу проглас којим га Одбор упозорава на опасност и позива да се припреми за могући рат.¹⁴ Одлучнији позив на одбрану од мађарске опасности упућен је Шајкашима 22. маја/3. јуна, а 23. маја/4. јуна Одбор је позвао све месне народне одборе да одмах са оружјем дођу у Карловце да бране Нови Сад и Карловце, које се Мађари спремају да нападну. Један одред мађарске војске, око 800 људи, стигао је 5. јуна у Нови Сад, чије је становништво било дужно да га уконачи. Одбор је 24. маја/5. јуна прогласом позвао граничарске официре и подофицире да се ставе на чело народне војске.¹⁵

Пропаганда Главног одбора у Граници наишла је на плодно тле. Панчевачки окружни одбор, један од првих месних одбора, позвао је 21. маја/3. јуна општине са територије Немачко-банатске регименте да пошаљу своје представнике на протестну скупштину против подвргавања Војне границе мађарској влади. Скупштина је одржана 25. маја/6. јуна и са ње је упућен протест цару. И граничари Немачко-банатске регименте упутили су цару свој писмени протест. Генерал Пире је истога дана из Темишвара упозорио мађарског министра војног Лазара Месароша да су све општине подигнуте на узбуну и спремне да пођу према Новом Саду и Карловцима: "Најбоље расположење влада у народу за Њ. величанство, али народ неће ништа да

¹⁰ Исто, 262-263.

¹¹ *Грађа*, 366-367.

¹² *Грађа*, 352.

¹³ *Грађа*, 345, 356.

¹⁴ *Грађа*, 339-343.

¹⁵ *Грађа*, 369-370; Thim II, 331, 335-337, 334-335.

зна за мађарско министарство нити за икакав њихов утицај на судбину Границе, него хоће да се надзирању тога елемента одупре до последњег човека".¹⁶

Утицај Главног одбора је већ био тако ојачао да је његова реч, по изјави генерала Храбовског постала право "делфијско пророчиште" за Србе. "Оно што Главни одбор нареди", пише Храбовски, "тачно се извршава, и све везе дисциплине и субординације у шајкашком батаљону и Петроварадинској регименти су попустиле".¹⁷ Око 600 шајкаша придружило се добровољачком одреду Зарије Јовановића, а прикључују му се и нови. Потпуковник Молинари је о томе обавестио Славонско-сремску команду 26. маја/7. јуна, приписујући то пропаганди Главног одбора.¹⁸ Већ 26. маја/7. јуна, по Чарнојевићевом извештају министру Семереу, отворено су се побуниле Петроварадинска и Панчевачка регимента, Шајкашки батаљон и Сремска жупанија. Наоружани народ чека наређења од Главног одбора. Чарнојевић је проценио да се у Карловцима и у крају између Новог Сада и Будисаве налази око 16.000 људи.¹⁹ Покушаји неких угледних Срба да наговоре окупљени народ да се разиђе није успео.²⁰

Царским ручним писмом 8. јуна Граница је стављена под непосредну власт мађарског министарства, а предузимање мера против српских устаника, укључујући употребу војне силе наредио је министар војни Л. Месарош Храбовском 27. маја / 8. јуна.²¹

Главни одбор се 29. маја/8. јуна обратио цару износећи му разлоге незадовољства српског народа. То су разне мере мађарске владе: мобилизација гарде, непризнавање српског сабора и његових одлука, сазивање и премештање црквеног сабора за 15. јун у Темишвар, проглашење преког суда, чак и на територији Војне границе, "против целог једног невиног народа завођење казненог терористичког поступка". Ове примедбе Срби су изнели Храбовском путем једне бројне делегације. Том приликом он је оспорио постојање српског народа у Аустрији, изјавивши "да он за име "Србин" не зна, да никакву српску народност у Аустрији не познаје". Увређен оваквим поступцима, Главни одбор изјављује пуну лојалност цару, моли га да уклони Храбовског и да опуномоћи патријарха Рајачића, бана Јелачића и војводу Шупљика да дођу у Војводину да би се спречио грађански рат и крвопролиће.²² Међутим, истог дана издат је царски "Манифест на моје граничаре" у којем цар Фердинанд објашњава да је Граница подвргнута мађарској влади "ради бољег управљања нашег отечества, ради бржег отправљања наши дела". Гарантује граничарима неповредивост њихове народности, вере и језика, али позива на пуну послушност угарској влади. Потврђује ауторитет Храбовског и објављује лишавање банског достојанства и свих војничких звања Јосипа Јелачића.²³

¹⁶ *Грађа*, 363, 378-379, 381.

¹⁷ *Thim II*, 255.

¹⁸ *Грађа*, 382-383.

¹⁹ *Грађа*, 383, 387.

²⁰ Јаков Игњатовић, *Мемоари*, Београд 1966, 165; *Грађа*, 387.

²¹ *Грађа*, 385.

²² *Грађа*, 389-390.

²³ *Грађа*, 391-392.

Мађарска влада упутила је позив жупанијама да се Мађари и Немци наоружају, а Србима Банатске границе да не подлежу утицају Главног одбора.²⁴ Одлуком владара од 8. јуна питање мађарске власти над Границом дефинитивно је решено. Мађарска влада тражила је хитну акцију, те је Храбовски 12. јуна упутио на Карловце седам компанија пешадије, једну батерију артилерије са четири топа и један ескадрон коњице. У то време у Карловцима је био један слабо наоружан сремски провинцијални батаљон, две компаније домобранаца, 150-200 граничара Петроварадинске регименте, нешто Србијанаца и један Црногорац. "Поред ових било је и Бачвана", каже Стратимировић, "без оружја, само са великим батинама". Од тог људства, стицајем околности, само 30-40 војника било је у могућности да се супротстави нападу и да га чак одбије. Овом војном демонстрацијом почео је рат између Срба и Мађара.

Организовање војске и војних власти

Одмах после Мајске скупштине Главни одбор је бројним прогласима упућеним народу, граничарима, официрима и подофицирима упозорио на опасност од оружаног сукоба с Мађарима и позвао их да се припреме за тај сукоб. Циљеви српског народа у рату који прети су одбрана слободе и народности, завичаја и огњишта, поново успостављених српских права, али и царске власти и престола.²⁵

Народ се скупљао у све већем броју, у Карловцима и у другим логорима. Доживљавајући подвргавање Војне границе угарском министарству као својеврсну издају, граничари су масовно отказивали послушност својим командама и стављали се на располагање Главном одбору. Непосредно пред напад на Карловце, 29. маја/10. јуна, петроварадински заповедник Храбовски је обавестио цара да се у Римском шанцу налази већ 40.000 људи, већином граничара Шајкашког батаљона и Петроварадинске регименте, са више стотина наоружаних сељака из Срема, под царским заставама. Исти, ако не и већи број окупљен је у Карловцима и околини. Храбовски извештава да би он имао довољно снаге да нападне, али да би његове трупе то одбиле.²⁶

После изненадног и мучког напада Храбовског на Карловце 31. маја/12. јуна постало је сасвим извесно да је сукоб неизбежан.²⁷ Овај напад, који је означио почетак рата, убрзао је окупљање српске народне војске. Део шајкашке флотиле напустио је своје опредељење и упутио се у Карловце. Под Стратимировићевом командом заузет је и тителски арсенал, 15/27. јуна, тако да је цео Шајкашки батаљон био захваћен устанком.²⁸ Окупљену српску народну војску је требало организовати, те се, хронолошки посматрано, војно-организациона делатност јавља као један од пр-

²⁴ Грађа, 394-395, 396.

²⁵ Архив Српске академије наука и уметности у Сремским Карловцима, Српски народни покрет (у даљем тексту АСАНУК, СНПок), кут. 1, Штампани проглас.

²⁶ Грађа, 393.

²⁷ Грађа, бр. 360.

²⁸ Грађа, 403-406; С. Гавриловић, *Срем у револуцији*, 150-170.

вих, али и најзначајнијих послова Главног одбора. Главни одбор је 12/24. јуна склопио са Храбовским и Чарнојевићем примирје, да би се избегао грађански рат, али је оно уствари само омогућило несметане припреме за војни сукоб. По условима примирја Главни одбор и пододбори основани у појединим местима наставиће са својим радом до повратка депутације, или док се од ње не добије извештај. Уколико се депутација не врати у року од десет дана, сакупљено људство треба да се распусти. До тог времена гарантује се пуна безбедност Одбору и народу окупљеном у Карловцима, у Јарку и на другим местима. Уколико се народ не разиђе после повратка депутације или у року од десет дана, престају гаранције утврђене овим примирјем. Главни одбор јамчи за одредбе овог споразума, сам и уз помоћ месних одбора и својих комесара.²⁹ Примирје није било поштовано. Главни одбор се 27. јуна пожалио комесару Чарнојевићу да је петроварадинска стража ухапсила неке његове курире, а и два члана Главног одбора, Радака и Милетића.³⁰

Крајем јуна наоружани народ био је окупљен у Карловцима, Перлезу и у Шајкашком батаљону у Римском шанцу.³¹ У току рата били су формиран и други војни логори. Ратно стање наметнуло је Главном одбору низ послова везаних за војну организацију: регрутовање и снабдевање војника, врховну команду и обезбеђење командног кадра у војсци - официра, планирање и спровођење војних операција. У оквиру војних припрема Одбор је предузео низ мера. Свим пододборима је упућен још 9/21. јуна, пре закључења примирја, захтев да наложе паросима свих вероисповести да на основу домовних протокола начине спискове свих породица, како би Главни одбор знао број за оружје способних становника.³²

Као што је поменуто, Мајска скупштина није утврдила прецизније надлежност Главног одбора, што није учињено ни у актима који су касније регулисали његово уређење. Још од Мајске скупштине Главни одбор је руководио и овим, као и свим другим пословима. Мада је у следећем периоду Одбор доносио све најважније одлуке, укључујући и оне војног карактера, он није могао непосредно, оперативно преузети врховну војну команду, нити сам обављати све послове везане за војску и ратовање. Тако је већ 27. маја/8. јуна изабран за привременог заповедника војске, у одсуству војводе Шупљикца, Ђорђе Стратимировић.

Свестан тежине обавеза и броја дужности које му предстоје, Главни одбор је, предузимајући и сам послове на војном организовању и припремама за рат, али и схватајући да је немогуће да у својим рукама држи све функције власти, и војне и цивилне, одлучио одмах на почетку да формира и један посебни војни орган. На седници Главног одбора 5/17. јуна је установљен Војни Савет.³³ Том приликом је донето и *Устројеније Војеног савета*. *Устројеније* је имало 18 тачака, у којима је утврђен положај и надлежност овог тела. У § 1 је објашњено из којих је разлога основан Војни савет. Он је требало да преузме дужност организовања одбране покрета и осигурања његове безбедности. У том циљу Војни савет је овлашћен да из-

²⁹ *Грађа*, 435-437; *Thim II*, 454-457; Д. Ј. Поповић, нав. дело, 264-265.

³⁰ *Србски летопис* за годину 1866, књ. 11, у Новоме Саду 1867, 142-143.

³¹ *Грађа*, 443, 444, 447.

³² АСАНУК, СНПок, кут. 1, Штампани проглас.

³³ АСАНУК, СНПок, кут. 3, бр. 10, бр 39.

даје нужне наредбе. Савет је могао самостално да одлучује о уконачавању дотада окупљене војске, стражарењу, отпуштању војника и њиховој измени (§ 2). Поред тога, Војни савет ће доносити самостално одлуке и о војсци која се буде окупила и о целокупној војсци српског народа (§ 3). Савет ће се старати о снабдевању и дисциплини окупљене војске (§ 4). Требало је да обезбеди уредно обавештавање о расположењу народа. Савет ће оценити да ли постоји и потреба за новим четама, па је, али уз сагласност Одбора, могао да изврши нову регрутацију (§ 5). Што се тиче официрских чинова, Војни савет је имао право да поставља официре до ранга мајора, а у више чинове са сагласношћу Главног одбора (§ 7). Савет је само у погледу одбрамбених мера могао да одлучује сам; кад се радило о офанзивним акцијама и о дислокацији војске морао је имати сагласност Одбора (§ 8). Војни савет ће имати дисциплинску власт у војсци: моћи ће да изриче мање казне припадницима народне војске, као што су укор, затвор, истеривање из народне војске. За теже преступе ће Војни савет формирати војни суд. Његове пресуде ће Савет моћи ублажавати, са сагласношћу Главног одбора (§ 9).

Војни савет се састоји од председника, седам чланова и једног секретара, који има право одлучивања у Савету. Савет ће имати и нужни персонал. У својим седницама одлучује већином гласова. Војни савет ће строго водити рачуна о економском пословању и штедљиво располагати повереним средствима. Једном седмично подносиће рачун о утрошеним средствима. Имаће војно-полицијску и војно-економску надлежност, за шта ће установити одговарајуће органе. Они чланови Војног савета који су и чланови Главног одбора имају право да учествују у раду Главног одбора, али неће моћи да гласају онда када се буде одлучивало о оним питањима о којима је већ решавано у Војном савету и која су потом изнесена пред Главни одбор. Чиновнике војне канцеларије и других надлештава подређених Војном савету, као и њихове плате ће он сам одредити.³⁴

За председника Војног савета изабран је Петар Стојшић, а за чланове мајор Милојевић, капетан Сурдучки, капетан Исак Давидовац, лајтнант Костић, Блануша, Мита Миленковић, Иванић, Захаријевић, Јуришић, Бугарски и Живановић. За канцелисте је изабрано шест чиновника.³⁵ Пошто је секретар Савета убрзо дао оставку, новог секретара Теофила Димића именовао је Главни одбор, чији је он члан био.³⁶ Касније је неке чланове Војног савета именовао Главни одбор, обично на предлог и препоруку Савета, али је Војни савет и сам бирао своје чланове и војне чиновнике.³⁷ Војни савет је за свог члана изабрао 9/21. јуна инжењера Хенка, а како се број чланова у међувремену смањио, Главни одбор је, на предлог Војног савета именовао за члана начелника србијанских добровољаца Димитрија Љотића, 22. јуна/4. јула.³⁸

³⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3, бр. 39.

³⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 3/39; кут. 3/7, II и III; кут. 3/ 10/II

³⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 3/158.

³⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 2/158, кут. 3, бр. 10/II, 117, бр. 143.

³⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 3/224; кут. 11/св. III.

О оснивању Војног савета Главни одбор је обавестио команданте већ сакупљене војске и наложио им да Војном савету свака 24 часа шаљу извештаје о свом положају и ситуацији.³⁹

Задаци који су стајали пред новим војним органом нису били ни малобројни ни безначајни. Спонтано и стихијски окупљена, војска је и организационо и финансијски, била такоређи потпуно несређена. Своју прву седницу је Војни савет одржао већ истог дана, 5/17. јуна. На тој првој седници је већ донео неколико одлука војноорганизационе природе. Радило се углавном о начину регрутације у народну војску и измени војника.⁴⁰ На седници 6/18. јуна је такође било речи о сличним питањима. Поред тога, секретар Главног одбора је предао Војном савету два печата, са натписом *Врховно управитељство војске Народа Србског*, а други *Главни Војни Комесаријат Народа Србског*. Војни савет је 7/19. јуна од Главног одбора затражио информацију о броју надлештава и чиновника који раде при разним војним становима: ко их је поставио и колику плату примају, јер Војни савет не располаже подацима о томе. Траже податке и о постојећој опреми и намирницама за војску. Ови су подаци неопходни, јер многи чиновници захтевају плате, а Војни савет не зна ни њихов број ни звања, те су му зато тражени подаци неопходни. Потребно је да се прегледају и рачуни свих надлештава. Ова је молба била поновљена на седници 13/26. јуна.⁴¹ Извесна беспомоћност и неодлучност осећала се у првим корацима Војног савета. Већ 6/18. јуна он се обратио Одбору молбом да му обезбеди средства за најнужније потребе у износу од 100 форинти, што је Главни одбор одобрио истог дана.⁴²

Војни савет је 6/18. јуна обавестио војне команданте о свом оснивању и наложио им да свака 24 сата извештавају Савет о својим положајима и о стању војске.⁴³ Пуковницима народне војске Зарији Јовановићу и Јовану Дракулићу, команданти-ма логора на Јарку и у Перлезу упућен је 17/29. јуна захтев да одмах организују војску, поделе је у одељења и батаљоне и о томе извести Савет. Тражени су и подаци о броју и чиновима војних службеника, које треба што пре доставити, како би се војска могла коначно организовати. Овај свој предлог је Војни савет упутио и Главном одбору, истог дана. Предложено је да се у сваки логор поставе лекари, што је Одбор и одобрио и препоручио Војном савету да то изврши. Истовремено је Војни савет замолио Одбор да о његовом оснивању обавести одмах народ и све војне логоре.⁴⁴

Савет је 18/30. јуна обојици команданата, Јовановићу и Дракулићу пребацио што не поштују налог да свака 24 сата шаљу извештај о стању војске, налаже им строго да то чине и понавља наредбу да се начине спискови војних чиновника.⁴⁵ Одговор о стању војске командант стана на Јарку Зарија Јовановић је доставио Вој-

³⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3, бр. 14; кут. 3/36; кут. 3/41/І.

⁴⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. III.

⁴¹ АСАНУК, СНПок, кут. 3, бр. 50, бр. 104.

⁴² АСАНУК, СНПок, кут. 3, бр. 12, бр. 36.

⁴³ АСАНУК, СНПок, кут. 3/14.

⁴⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3/155, 165, 167, 169, 213,.

⁴⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 3/177.

ном савету 19. јуна/1. јула. Извештава Савет да је војска која је под његовом командом тако организована да је свака општина за себе устројена у одељења, која имају своје заповеднике. Није могуће организовати војску у редовне јединице, јер би то захтевало више командног кадра, па самим тим и веће издатке, што по његовом мишљењу, садашње новчано стање не би поднело. Број окупљених војника је око две хиљаде и која стотина и око 130 Србијанаца. Тачан број се не може утврдити, јер једни одлазе, а други долазе. Располаже са осам топова. Међутим, готово трећина војске наоружана је исправљеним косама, вилама и сличним. Војска је одушевљена у највећем степену. Извештај није раније послао, јер не може држати канцеларију под ведрим небом, али се обавезује да ће их убудуће слати. Сем напада на Духове, непријатељских дејстава није било.⁴⁶

Најважнији задатак који је у то време стајао пред Војним саветом био је организовање регрутације народне војске. У току јуна и јула 1848. године је Војни савет издавао бројне наредбе о регрутовању војника, њиховом распореду у поједине логоре и друга места, опремању и снабдевању. О томе је било речи готово на свакој седници. Одлуке су доношене у самом Савету, или су издавана одговарајућа упутства месним органима. Већ на свом првом заседању 5/17. јуна Војни савет је уочио потребу да се измена народних војника окупљених у Карловцима организује, уважавајући жалбе појединих војника да им због боравка у логору пољски радови пропадају. Стога је установио правила по којима ће бити обављена регрутација и о томе упућен распис свим месним одборима: из кућа где су тројица позиваће се један војник, од четворице мушкараца зваће се у Карловце двојица и то на недељу дана, с препоруком да сваки понесе довољно хране за то време. Ако у тој општини има мало кућа са тројицом или четворицом мушкараца може општина и једног од двојице регрутовати. Наредбу треба спровести хитно, у року од два дана после пријема. Главни одбор је ову наредбу одобрио на својој седници 6/18. јуна.⁴⁷

На истој, првој седници је Савет наложио Сурчинском пододбору да пошаље људе у Карловце. Стратимировић је молио Одбор да му се пошаље у стан на Јарку 200 Сремаца, јер се плаши да се због одласка Сремаца кућама не разиђу и шајкаши. Мајору Јелачићу Савет је 9/21. јуна упутио позив да дође у Карловце са 100 граничара, Кузману Папулићу, иришком капетану да доведе 90 људи, а Румском одбору такође да упути у Карловце 100 војника. Од Огарског одбора тражени су војници 22. јуна/4. јула, а на предлог Главног одбора Војни савет је упутио из карловачког логора у логор на Јарку 50 људи.

Регрутовање није текло без потешкоћа и често је изазивало незадовољство и отпор. Белегишком одбору је приговорено да шаље у војску све саму сиротињу, а житељи Грабовца су сматрали да се из њиховог села узима несразмерно много људи. Сурдучки пододбор је 10/22. јуна молио да се њихови људи пусте кућама, обавивши да ће одмах послати друге. Војни савет је на то огорчено одвратио да најпре дођу људи на измену, па ће тек онда они који су у стану бити пуштени кућама.⁴⁸

⁴⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 3/191.

⁴⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 3/4; кут. 3/37.

⁴⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 3/13, 65, 66, 67, 68, 194, 226, 328; кут. 4/509, 510, 531, 532; кут. 11/III.

Савет је 16/28. јуна наложио мајору Јелачићу да свим војним старешинама нареди да спрече бекство војника кућама. Ако се бегунац ухвати, треба одмах да се под стражом спроведе Војном савету. На седници 19. јуна/1. јула Савет је закључио, са сагласношћу Главног одбора, да се ниједан војник без дозволе свог команданта не сме удаљити из логора, под претњом строге казне, о чему обавештава команданте Костића и Бланушу.⁴⁹ Строго је укорен Михаљевачки одбор 20. јуна/2. јула што мештани не долазе у Карловце и наложено му је да убудуће из породица где има тројица по једног, а где су четворица по двојицу шаље у карловачки стан. У супротном, употребиће се строга средства. Пододбору у Руми Савет је замерио 28. јуна/10. јула што појединци одбијају да врше војну службу. Уколико се не обезбеди да се по 75 људи шаље у Карловце, биће то обезбеђено силом и кажњено глобом.⁵⁰

Да би се осигурало уредно регрутовање и измењивање војника Савет је 1/13. јула донео *Кључ за народне војнике*, по којем је поново одређен број војника које је дужно да да домаћинство у зависности од броја укућана. Јединци ће се отпустити кућама, нарочито у време док трају пољски радови. Ако би то прилике захтевале, половина јединаца остајала би у логору, а друга половина би се измењивала свака 4 дана. Ако у домаћинству има два војника (двоглавци), један треба да је у служби, а други код куће. Од тројице двојица служе, а један је код куће, од четворице двојица, а од петорице и шесторице су тројица на служби, а остали у домаћинству. Од осморице и деветорице обавезни су на службу по четворица.⁵¹

Војни савет није бринуо само о регрутацији него и о распореду војника по појединим логорима према тренутним потребама и војним приликама. На молбу Јоксима Новића, којег је Главни одбор опуномоћио да у Срему (Провинцијалу и Граници) утврђује власт Војводине и бана, препоручио је Одбор Војном савету 6/18. јуна да му упуту 25 србијанских добровољаца.⁵² Команданту добровољаца Савет је наредио 23. јуна/5. јула да му упуту 20 Србијанаца у Жабал. Начелник чете из Черевиха молио је помоћ у људству, јер се у Футогу окупља бројна мађарска војска, која врши репресалије према становништву, зато што је лепо дочекало србијанске добровољце. Из Перлеза је Дракулић молио Главни одбор да му што пре пошаље 400 - 500 Србијанаца, јер му је супротстављена сила од 3.700 мађарских коњаника. Иришком капетану Кузману Папулићу Војни савет је наложио да пажљивије надзире страже, јер се неуредно одржавају и војници се разилазе. Прети да ће га сменити и поставити другог команданта уколико се то настави. Половином јула Војни савет је наредио месним одборима Ковиљском, Турђевачком, Надаљском, Госпођиначком, Чурушком и Тителском да из сваке општине пошаљу у Карловце изучене тобције ради обучавања регрута. Пошто је одборима то једном већ наложено, а овај налог није испуњен, заповест Војног савета се понавља. У случају непослушности се прети војним судом. У логор на Јарку такође су послане тобције.⁵³ И друге општи-

⁴⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/137, 194.

⁵⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 3/192; *Грађа*, 480.

⁵¹ АСАНУК, СНПок, кут. 4/524.

⁵² АСАНУК, СНПок, кут. 3/21.

⁵³ АСАНУК, СНПок, кут. 3/249, 255, 257, 265; кут. 2/418, 463/II, 111; кут. 4/534.

не су строго опомињане због неуредног доласка војника из тих општина.⁵⁴ Савет је често одлучивао о изменама војника у војним логорима, најчешће када им не би на време стизала смена и у неким ванредним ситуацијама, када се јављала потреба да се у неке логоре, страже или за неке послове ангажује додатни број војника.⁵⁵ Командант србијанских добровољаца тражио је 15/27. јуна да му се обезбеди свакодневно 500 људи са мотикама, ашовима и лопатама да копају шанце за одбрану вароши, као и пруће и притке за утврђивање шанца, што је Војни савет одобрио, наложивши карловачкој полицији да то обезбеди.⁵⁶

Сразмерно највећи део посла којим се бавио Војни савет се односио на опремање и снабдевање војске. Савет је доносио одлуке о опремању појединих војних формација: оружјем - сабљама, копљима, пушкама, топовима и муницијом, а исто тако и о опреми шајки. Обезбеђивао је потребне занатлије ради одржавања опреме и оружја: пушкаре, мајсторе који су правили кундаке, држаља за копља, лафете за топове и друге. Организовао је копање шанаца, обезбеђујући људство и опрему. Чета из Черевиха тражила је барут и олово. Одбору у Земуну послано је 100 пушчаних цеви. Главни одбор је препоручио Војном савету да нареди да се праве лафети за топове. Члан Главног одбора Карамата је обавестио да је приспео барут и моли Савет да нареди исплату. Војни и грађански командант сентомашког стана захтева да се што пре пошаље муниција, јер се приближује напад. Ђорђе Стратимировић је молио Војни савет да му се из народне оружнице изда 12 пари нових пиштоља.⁵⁷ Поред тога било је нужно обезбедити и смештај за војску, о чему је такође бринуо Војни савет.⁵⁸

Окупљеној војсци требало је обезбедити смештај и издржавање, опрему и муницију, што је такође највећим делом пало у дужност Војном савету. Главни одбор је већ јуна месеца, на захтев привременог предводитеља народне војске, а посредством Војног савета доставио за издржавање војске 1000 форинти у сребру.⁵⁹

Обезбеђивање материјалних средстава за покрет био је свакако један од најтежих послова који су стајали пред Војним саветом, поготову с обзиром на неподељену и недовољно утврђену надлежност појединих органа. На Стратимировићев захтев да му се пошаље један топ, Војни савет је одговорио 25. јуна/7. јула да он и не зна где и колико топова у Карловцима има, јер њима располаже мајор Јелачић, без знања Војног савета.⁶⁰

За све ове потребе Војни савет је морао прикупити и неопходна новчана средства.⁶¹ На захтев пуковника Јовановића 21. јуна/3. јула да му Војни савет пошаље 2000 форинти, одговорено је да ће се предлог доставити Главном одбору на одобрење. Истог дана је Војни савет наложио Финанцијалном одељењу да се изда новац

⁵⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 4 /645, 674.

⁵⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 3/329, 339, 341, 344.

⁵⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 11/св. III, кут. 3/124; кут. 3/147/I.

⁵⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 3/166, 167, 179/II; кут. 4/518, 550, 563.

⁵⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 3/1547/I.

⁵⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/41/I.

⁶⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 3/288.

⁶¹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/242, 246, 248, 263, 248, 288, 290, 330, 336, 337, 339, 340, 343, 344, 401, 404, 410, 433, 442, 464, 470, 483, 491, 627; кут. 11/св. III.

војном лекару Васићу за набавку хируршких инструмената, са чим се сагласио и Главни одбор.⁶²

У оскудици средстава за издржавање војске и подмиривање других војних потреба, Војни савет је био приморан да их обезбеди из различитих извора и да се труди да расходе смањи. Тако се обратио манастирима у Крушедолу, Гргетегу, Беочину, Хопову, Ремети, Раваници, Бешенову, Рекавцу, Кувеждину, Ковиљу, Јаску, Привиној глави и Шимановцима 17/29. јуна, са молбом да што пре пошаљу извесну количину зоби за коње.⁶³ Због оскудице новца, Војни савет је 24. јуна/6. јула предложио Главном одбору да се војницима не издаје никаква плата, полазећи од претпоставке да у српској војсци треба да влада чисто родољубље и оданост народности, а не користољубље, па сматра да војска треба да добије само потребно снабдевање, односно исхрану и, евентуално дукан, или уместо њега нешто у новцу, као у царској војсци. То би била једна крајцара у сребру дневно. Треба обезбедити и вино, нарочито тамо где је вода рђава, или 2 крајцаре дневно. Овај захтев је Главни одбор одобрио 1/13. јула, а 2/14. јула је Војни савет саопштио Финанцијалном одељењу ову одлуку и препоручио му да по њој поступи.⁶⁴

Начелник Главног војног комесаријата Павле Адамовић поднео је 8/20. јула Војном савету рачуне и признанице о утрошеном новцу. Ове рачуне Војни савет је упутио Главној контроли, с налогом да их прегледа и о томе извести Војни савет.⁶⁵ Официрима је наложено да Војном савету свакодневно подносе захтеве за снабдевање.⁶⁶

Један од најважнијих послова везаних за ратовање и организацију војске било је обезбеђивање командног кадра, а његов недостатак један од најболнијих проблема војноорганизационе природе. Главни одбор је својим прогласом позвао официре и подофицире, Србе, да се придруже покрету и стану на чело народне војске. Официри који су приступали покрету су били махом унапређивани у више чинове. Како је по свом *Устројенију* имао право да унапређује официре и војнике, Војни савет је већ од почетка то чинио. Молбу коју је Горњоковиљски одбор упутио Главном одбору да унапреди стражмештера Луку Пешића у подофицира, Одбор је проследио Војном савету. Савет је 16/28. јуна обавестио Зарију Јовановића, команданта логора на Јарку да је примио за војног чиновника Стевана Стејића из Сенте, којег му шаље да га употреби.⁶⁷ Војни савет је 18/30. јуна у складу са својим овлашћењем да може самостално унапређивати официре закључно са чином капетана, дао више чинове читавом низу подофицира. Фрајта из Шашинаца Васу Владисављевића, који се сам пријавио у народну војску, Војни савет је унапредио за фелдвеле.⁶⁸ Војни савет је унапредио седморицу шајкаша у лајтнанте, пошто је претходно саслушао мишље-

⁶² АСАНУК, СНПок, кут. 3/210.

⁶³ АСАНУК, СНПок, кут. 3/157/1.

⁶⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3/269/1, II и III.

⁶⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 4/525.

⁶⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 3/143.

⁶⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 3/17, 143.

⁶⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. III.

ње шајкашких официра. Унапредио је у стражмештре такође неколико шајкаша. Обавештава о томе Главни одбор и моли да им се одреде плате.⁶⁹

Главни одбор је 19. јуна/11. јула обавестио Војни савет да је именовао Стевана Сурдучког за главнокомандујућег над Шајкашким батаљоном и целом Бачком и препоручио му да Сурдучком изда све што овај буде захтевао. Истог дана је Војни савет предложио Главном одбору да унапреди официре Шајкашког батаљона, капетана Дамјана Давидовца и Стевана Сурдучког у пуковнике. Предлаже да се Сурдучком, поред главне команде над Шајкашким батаљоном и целом Бачком, која му је већ дата, повери и команда целе шајкашке флотиле.⁷⁰

На препоруку пуковника Дракулића од 23. јуна/5. јула и саглашавајући се са предлогом Војног савета од 26. јуна/8. јула, Главни одбор је одобрио унапређење неких официра, препоручио Војном савету да их уведе у дужност и одреди им плате, какве су официри са тим чиновима имали у царској војсци. Међутим, савет се са овим није сложио истичући да би било неправедно да они који до тада нису били официри и регуларни војници добију једнаке плате са официрима који су постепено и редовно напредовали, те предлаже да се оваквим официрима одреди плата у половини износа који би тим чиновима одговарао у царској војсци. Са овим предлогом Савета се Одбор сложио.⁷¹ Војни савет је 5/17. јула препоручио Главном одбору да потврди унапређење Петра Бобалића за потпуковника, Стевана Стејића за капетана, Ђорђа Војновића у поручника, Васу Владисављевића и Константина Михајловића за стражмештре. Официри су понекад и сами подносили молбе за унапређење. Кадет Стеван Недељковић из Каменице молио је Главни одбор да га произведе у потпоручника, што је и одобрено, а Војном савету препоручено да то и спроведе.⁷²

Официри су понекад унапређивани и на предлог својих војника или месних органа. Тако је Војни савет одобрио да Чурушки пододбор изабере за команданта иришке чете Петра Цветића, 17/29. јуна. Војници II компаније су 30. јуна предложили да се њихов друг Мелентије Будимчевић из Батајнице, као способан, одважан и родољубив човек постави њима за команданта. Војни савет је овај предлог прихватио, произвео га за лајтнанта и предложио Главном одбору да потврди ово постављење. Чурушки одбор је тражио од Савета да именује предводника за њихову чету на чурушком Јарку. Савет опуномоћује Чурушки одбор да га сам именује. Одбор је именовао Петра Цветића, али је ово именовање потврдио Главни одбор.⁷³ Бановчани су предложили Главном одбору да се двојица њихових другова унапреде у подофицире, што је Одбор пренео савету 12/24. јуна, а Седма сурчинска компанија такође предлаже унапређење неких каплара у официре.⁷⁴

⁶⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/189, 210.

⁷⁰ Стеван Сурдучки, *Догађаји из српског покрета у Угарској 1848 и 1849*, Наше доба, Н. Сад 1889, бр. 95 (РОМС, М. 7.422)

⁷¹ *Вестник*, 1. јула 1848; АСАНУК, СНПок, кут. 3/271.

⁷² АСАНУК, СНПок, кут. 11/св. III; кут. 4/673.

⁷³ АСАНУК, СНПок, кут. 3/349; кут. 11, св. III; кут. 4/434/1.

⁷⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3/349; *Грађа*, 464; кут. 4/552, 557.

Међутим, Војни савет није ипак унапређивао официре сасвим самостално, чак ни у оне чинове који су били предвођени његовим *Устројенијем*. Главни одбор је 8/20. јула обавестио Војни савет да је издао дипломе двојици официра који су унапређени у лајтнанте, а Војном савету препоручује да изда декрете двојици стражмештера.⁷⁵ Савет је 2/14. јула подсетио Главни одбор да је за издавање диплома официрима надлежан он (Савет), а не Главни одбор.⁷⁶

Савет је постављао војне лекаре, мада ни у том није био самосталан. На жалбу једног војног лекара, који се жалио Главном одбору што га је Војни савет уклонио из болнице, Одбор је наложио Савету да га врати, јер је време када у болнице треба примати што више лекара, а не отпуштати их.⁷⁷

* *
*

Од свог оснивања Војни савет се бавио и суђењем. Његова судска власт била је у почетку претежно војнодисциплинска и војнокривична, али се проширила и на друга кривична дела, а у неким случајевима и на грађанске парнице. Своју дисциплинску власт над војском Савет се заснивао на одредбама *Устројенија*, које су му поверавале бригу о безбедности, очувању поретка и послушности.

На тужбу војника из логора на Јарку, Савет је упозорио команданта, пуковника Зарију Јовановића да више не зоставља потчињене војнике и да о тим оптужбама поднесе извештај и оправдање Савету.⁷⁸ Више карловачких грађана се тужило Војном савету да војници праве штете грађанима. Савет је наложио команданту Костићу да нареди војсци да грађанству не наноси штете, под претњом казни.⁷⁹ Војни савет је предузео одговарајуће мере и против злоупотреба народних добара од стране Васића, члана Војног комесаријата. Иришком одбору је наредио да иследи неко присвајање народног добра, а 11/23. јуна је мајор Јелачић оптужен да је злоупотребио народно добро, узимајући војне коње за своје личне потребе. Наложено му је да их одмах врати, с образложењем да његов поступак изазива негодовање народа. Карловачки грађани жалили су се Војном савету да им војници праве штету, па је Војни савет наложио команданту да то забрани, под претњом строгих казни. Марко Јокић, командант карловачког стана је предложио Савету 12/24. јула да изведе пред војни суд Румљанина Ђорђа Младеновића јер је напустио стражу. Буковачком одбору наложено је 13/25. јула да у Карловце на суђење спроведе Швабе које су напустиле стражу.⁸⁰ Војни савет је вршио дисциплинску власт и непосредно, према војницима који су се налазили у војним логорима. Тако је на тужбу Д. Љотића наложио 26. јуна пуковнику Дракулићу да врати двојицу буљубаша који су из србијанског стана на Јарку побегли у Перлез. Главни одбор је 25. јуна обавестио Војни савет да су два момка ухваћена у фелдварском винограду, преступивши тако заповест

⁷⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 4/506.

⁷⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 11/св. III.

⁷⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 3/487.

⁷⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 3/77.

⁷⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/260.

⁸⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 4/565.

да не прелазе преко кордона. Непријатељи су их ухватили и потом пустили. Главни одбор налаже да се извиди и по потреби казни. Савет је о овоме обавестио Сурдучког, саопштио му да тај поступак сматра за преступ и препоручио му да преступнике казни. О бекству двојице војника из војске је Сурдучки обавестио Војни савет. Они се вероватно налазе код својих кућа у Карловцима, па моли Војни савет да их ухвати и казни.⁸¹

Војни савет је дисциплинску власт вршио и онда када се радило о ситним преступима за које би се очекивало да ће решавати непосредне војне старешине. Тако је начелник Војног комесаријата тужио стражу с Брестова што је отела два хлеба који су били намењени војсци, а сама је уредно добила своје следовање.⁸²

У највећем броју случајева Војни савет је покретао поступак против оних који су изазивали нереде и побуне, оспоравали народни покрет, говорили против цркве и вере. Поступак је започињао било сам или је наређивао месним органима да покрену поступак. Горњосланкаменском пододбору наложено је 13/25. јуна да спроведе пред Војни савет каплара Павла Пупина који буни народ. Госпођиначка општина тужила је свога капетана да ради против народности. Војни савет на седници од 11/23. јуна одлучује да се он под строгим стражом доведе у Карловце, што је јављено општини. У Белегишу је већи број житеља био против покрета, те Војни савет запређује строгим мерама против бунтовника. Пододбору из Новог Сланкамена наређено је да спроведе Јанка Фијалу, осумњиченог за непријатељство према народној ствари. Одбор извештава Савет да не може да изврши тај налог, јер оптужени иде наоружан у пратњи своје браће, те моли да му Војни савет из Карловаца пошаље људе који би га ухапсили. И каплар из Платичева Радован Поповић оптужен је за делатност противну народном покрету.⁸³ Парох из Пећинаца оптужио је за противнародну делатност неке сусељане. Војни савет је наложио Одбору да их опомене да то више не чине, 15/28. јуна. Петка Георгијевића из Чортановаца оптужио је такође тамошњи парох да говори против вере и закона, па је Војни савет 16/28. јуна наредио да је овај под строгим стражом доведе у Карловце.⁸⁴

Главни одбор је 11/23. јула издао Војном савету једно упутство у којем му налаже да у року од 24 сата испита све политичке преступнике који буду доведени у Карловце, нарочито о непријатељским намерама, распореду и положајима њихове војске. Резултате испитивања треба одмах да достави Главном одбору своје мишљење о неким предметима политичког карактера.⁸⁵

Војни савет је покретао поступак и против осумњичених за тежа кривична дела као што су ухођење у корист непријатеља и издаја. За издају је осумњичен Васа Рајић, јер је наводно испоручио неко жито мађарској војсци. Карловачки грађанин Теодор Матијевић оптужио је за издају команданта карловачке грађанске гарде Стефана Милутиновића, тврдећи да је овај знао за напад Храбовског и није о томе обавестио Карловчане. Главни одбор је наложио Војном савету да спроведе истрагу

⁸¹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/78, 284, 295/І, ІІ; кут. 4/681.

⁸² АСАНУК, СНПок, кут. 3/499.

⁸³ АСАНУК, СНПок, кут. 3/103, 150/ІІІ, 223, 308, 386; кут. 11, св. ІІІ.

⁸⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3/85; кут. 11/св. ІІІ.

⁸⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 4/646.

о овој ствари. Као непријатељски ухода ухваћен је 25. јуна/7. јула Лазар Дорошки, али је после саслушања пуштен као невин. За издају је осумњичен и Васа Рајић, јер је наводно испоручио неко жито мађарској војсци. Из војног стана у Јарку упућен је 7/19. јула Главном одбору, а Одбор га шаље на ислеђење Војном савету.⁸⁶

Поред војних деликата, Војни савет је учествовао и у судском поступку против учинилаца других кривичних дела, који нису имали ни војни ни политички елемент, нити су значили ремећење јавног реда и мира. Судео је за убиства, отимачине, штете, туче и низ других дела.⁸⁷

* *

*

Војни савет је од почетка радио по свему судећи у неколико одељења. Одмах по оснивању формиран је Главни војни комесаријат, а помињу се и Финансијално и Економическо одељење. Због бројних дужности Финансијског и Економског одељења, Војни савет је на седници 12/24. јуна одлучио да је неопходан надзор и контрола над оба ова одељења, па је именовао надзорника и председника Главне војне контроле.⁸⁸ Тако је делатност Војног савета била подељена између неколико органа. Комесаријат је Војном савету подносио рачуне о утрошеном новцу. Овај је опет те рачуне предавао Главној контроли на проверу, а ова их потом враћала Савету.⁸⁹

Оваква структура Војног савета и њему подређених, односно са њим повезаних органа, чинила је његове послове сложенијим и његову делатност мање ефикасном. Начелник Главног војног комесаријата Павле Адамовић се 5/17. јула жалио Савету што Комесаријат није обавештен о приспећу војника Трећег батаљона и њиховом броју. Пошто Комесаријат о томе није обавештен нема намирница за те људе. Сматра да је нужно да буде о томе увек обавештен, да му се доставе спискови војске која пристиже, како би се могло благовремено организовати њихово снабдевање и тражити за то потребан новац. Од 15. јуна није добио ни паре, тј. од дана кад је постављена Контрола, која премашује круг свога делања и која се меша у послове Комесаријата. Осим контролисања она набавља ствари за Комесаријат и продаје ствари Комесаријата. Из тога се мора родити "хаос или највећи непоредок". Предлаже да Војни савет воспостави овај Комесаријат који је подложен само њему и да Економском одељењу наложи да оно изда Комесаријату 200 форинти сребра за даљу делатност, да не сматра чланове Комесаријата за трговачке сензале и робове, него да им укаже респект и поверење које свако надлештво треба да гаји према другом.⁹⁰ Главни војни комесаријат је 6/18. јула по налогу Војног савета поднео рачуне о свом пословању, а овај их упутио Главној контроли да их провери, и са својим примедбама достави Савету.⁹¹ Војни савет је 10/22. јула налог о набавци опреме за

⁸⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 3/306; кут. 3/28; кут. 3/499.

⁸⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 2/15; кут. 3/422, кут. 11, св. III; кут. 3/239.

⁸⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. III.

⁸⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/469; кут. 4/682.

⁹⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 3/ 441.

⁹¹ АСАНУК, СНПок, кут. 3, 469.

војну болницу издао народној полицији.⁹² Извештај о стању барутане је комисија која је у ту сврху формирана требало да достави Главном одбору, Војном савету и Економском одељењу.⁹³ И Економско одељење је сматрало да Главни војни комесаријат не врши уредно своје дужности, па моли Војни савет да уведе ред у издавање хране војсци, како би се стало на крај свакодневним жалбама против Комесаријата.⁹⁴ Директор Народне контроле упозорио је 5/17. јула Војни савет на жалбе манипуланата народне војске да нема новца, па моли да им се новац изда, а 9/21. јула Главна контрола моли Војни савет да препоручи Одељењу финансија да изда средства за набавку потрештина за болницу.⁹⁵

Ова хипертрофија разних органа и помоћних тела је доводила и до претераног администрирања, што је ишло на уштрб ефикасности њиховог рада. Бирократизовање Војног савета, односно оснивање чак неколико одељења и тела која су била у његовом саставу или везана с њим, без довољно прецизно утврђене надлежности противречило је чињеници да ни сам Савет није имао ни прецизно утврђену надлежност, нити тачно одређено место у систему власти која је изграђивана. Узроци су томе вероватно били у првом реду нередовно стање и револуционарне прилике, које су наметале решења која нису увек била ни довољно промишљена ни ефикасна. Није, међутим сасвим неоправдана ни претпоставка да ова организација није била толико израз реалних потреба револуционарних српских власти, колико је била плод и резултат схватања о држави и њеној организацији, формираних у сложенем и гломазном организму Хабзбуршке царевине.

* *
*

Војни савет се убрзо суочио са проблемом недовољно прецизно утврђене надлежности, често тек назначене, а потом са непознавањем његових функција и делокруга од стране народа. У вези с тим јавило се и питање хијерархије између појединих органа. У тежњи да свој делокруг прецизније одреди, Војни савет се обратио Одбору 28. јуна/10. јула с молбом да изради упутство о његовом делокругу, којим би се нарочито регулисала нека питања: његово стварно звање и положај, право располагања муницијом, право кажњавања војних преступника, издавања диплома унапређеним официрима, уредније слање извештаја о бројном стању војске и официра од стране војних команданата.⁹⁶

Војни савет по свему судећи није успео да потпуно утврди свој ауторитет код војске. Савет се 6/18. јула жалио Главном одбору да војни команданти на његов поновљени захтев нису поднели списак војника, официра и подофицира, па моли Главни одбор да он изда најстрожу наредбу командантима који то нису учинили да спискове доставе у року од 24 сата, под претњом најстроже одговорности. Списко-

⁹² АСАНУК, СНПок, кут. 4/519.

⁹³ АСАНУК, СНПок, кут. 4/528.

⁹⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 4/525.

⁹⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 3/443/II; кут. 4/523.

⁹⁶ *Грађа*, бр. 369; 480; АСАНУК, СНПок, кут. 3/314.

ви су неопходни ради одређивања плата.⁹⁷ Савет је 9/21. јула укорио Јоксима Новића, комесара у стану код Шида што је зауставио курира који је носио писмо Војног савета, истичући да је Војни савет његова претпостављена власт, чији је ауторитет он на тај начин угрозио.⁹⁸ На захтев предводника народне војске у Карловцима да се обезбеди један топ на положају више Горње пиваре, Војни савет одговара да њему на жалост није познато где и колико топова у Карловцима има, јер је до сада сам мајор Јелачић њима самостално располагао, без знања Војног савета, те овај није у стању да тражени захтев испуни.⁹⁹ Војни савет није ни до 17/29. јула успео да од команданата војних логора добије спискове које је захтевао. Економско одељење се због тога жалило Главном одбору, јер због недостатка спискова не може уредно да исплаћује плате официрима, што доводи и до злоупотреба.¹⁰⁰

И поред важних функција и високог положаја који му је *Устројенијем* био намењен, Војни савет је ипак у свему био подређен Главном одбору и није готово ни у једном свом послу био потпуно самосталан. И приликом унапређивања официра, као и при доношењу других одлука био је зависан од одобрења Главног одбора. Исто тако, у суђењу се најчешће јавља као орган у чијој је надлежности углавном истражни поступак. Тако је Главни одбор препоручио Војном савету да прими у службу неке лекаре, а Савет моли Главни одбор да му именује још једног секретара, јер су се послови умножили.¹⁰¹ Председник Војног савета Петар Стојшић је 2/14. јула подсетио Главни одбор да је Војни савет надлежан да издаје дипломе официрима, а не Главни одбор, те једну такву диплому подноси на решење (одобрење).¹⁰² По препоруци Главног одбора од 11/23. јула, Војни савет је преузео истражни поступак над политичким кривцима који су довођени у Карловце. Резултат је у року од 24 сата требало да достави Главном одбору.¹⁰³ Мада је по свом *Устројенију* Војни савет требало да има знатна овлашћења, Главни одбор му није допуштао да стекне већу самосталност. Он је 23. јуна чак упозорио Војни савет да лозинка коју је утврдио траје сувише дуго, месец дана, што може изазвати велике штете. Предлаже да се лозинка даје за свака 24 сата. Свакодневно ће је у 17 сати утврђивати председници Главног одбора и Војног савета или њихови заменици.¹⁰⁴

На молбу војног лекара Васића Војном савету да му се обезбеди хируршки прибор, Војни савет га обавештава са је, у споразуму са Главним одбором обратио Финансијском одељењу, које ће одобрити потребну новчану суму за набавку инструмената.¹⁰⁵ За располагање новчаним средствима је Војни савет и у другим случајевима увек морао добити сагласност Главног одбора. Чак ни плату својим писа-

⁹⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 3/457.

⁹⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 4/503.

⁹⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 3/ 288.

¹⁰⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 4/482.

¹⁰¹ АСАНУК, АНПок, кут. 3/167, 213, кут. 4/511.

¹⁰² АСАНУК, СНПок, кут. 3/394,

¹⁰³ АСАНУК, СНПок, кут. 4, бр. 411.

¹⁰⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 3/270.

¹⁰⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 3/210.

рима Војни савет није могао сам да повиси, него је то, на његову препоруку учинио Главни одбор.¹⁰⁶

Мада је учествовао у низу послова, Војни савет је мало тих послова обављао сасвим самостално. С друге стране, ни он није дозвољавао нижим органима, било војним, било цивилним да самостално обављају своје дужности. Тако се као једна од основних карактеристика власти основаних у току покрета потврђује недовољно прецизна утврђена надлежност, али исто тако и недовољно чврсто установљена хијерархија међу њима.

Са тешкоћама које су произлазиле из овог проблема: пре свега недовољно прецизно одређене надлежности, често тек само назначене, а потом и с непознавањем њихових функција и делокруга од стране народа. Савет се суочио врло рано. Он протестује код карловачке полиције, јер се грађани њему масовно обраћају због издавања пасоша. Савет истиче да се таквим маленкостима не може бавити, јер је његова функција много важнија. Мада је његова делатност претежно требало да буде везана за војне послове, Савет се бавио и оним питањима која би требало да буду предмет пажње других органа насталих у покрету. Народној полицији и команданту шајкаша је препоручио да буду обазриви приликом издавања пасоша Србијанцима и да их не пуштају из Карловаца без печата и потписа њиховог старешине Љотића. Миши Спасојевићу је 14/26. јула издата пуномоћ да путује по Срему и прикупља прилоге. Вогањска општина је обавестила Војни савет да је 23. јуна/1. јула изабран пододбор, Војни савет одобрава организовање пододбора и признаје његове чланове.¹⁰⁷

Војни савет се 12/24. јула жалио Главном одбору што његови чланови и поред свег труда и залагања за народну ствар нису били одликовани, па предлаже да се то учини, ради њиховог већег поштовања и уважавања.¹⁰⁸ Прецизније одређивање делокруга Савета није извршено, те се Савет и даље бавио најразличитијим пословима. Савет је 17/29. јула поново захтевао од Одбора да му се тачно одреди делокруг и уведе персонал. Упозорава да је због тога што његов делокруг није прецизно одређен изложен незаслуженим пребацивањима. Уколико се то не учини Савет прети да ће поднети оставку и вратити се у круг Главног одбора.¹⁰⁹ Одбор је одговорио 18/30. јула да ће и иначе ускоро доћи до реорганизације, те препоручује Војном савету да буде стрпљив.¹¹⁰ После реорганизације система власти у покрету која је начињена крајем месеца јула Војни савет је престао да постоји.¹¹¹

И поред тога што је постојао Војни савет, који је требало да се бави војним пословима, Главни одбор је све време учествовао у њиховом обављању, не само онда када се радило о важним одлукама војног карактера, него и о свакодневним, текућим пословима. Надлежност Војног савета и његов однос према Главном одбору, утврђени *Устројенијем Бојеног савета* 5/17. јуна нису строго поштовани. Као што

¹⁰⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 3/196/1.

¹⁰⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 4/533; кут. 4/583; кут. 3/381.

¹⁰⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 4/553.

¹⁰⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 4, бр. 642.

¹¹⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 4, 650, 654.

¹¹¹ АСАНУК, СНПок, кут. 16/849, а. б. 86.

обично бива у оваквим бурним, револуционарним временима сви органи су радили све послове, без обзира на формално утврђену надлежност.

Тако је Главни одбор 9/21. јуна упутио позив месним пододборима да се начини спискови војно способних људи. Команданти појединих војних логора извештавали су јула и августа 1848. о стању своје војске непосредно Главни одбор. Главни одбор је одлучивао о слању муниције и оружја појединим војним јединицама, опуномоћавао војне команданте да траже војнике од пододбора и других власти, издавао наредбе командантима, устројавао војне логоре и постављао им команданте.¹¹²

Иако Војни савет није ни у војним питањима, ни у својим другим дужностима постао ни самосталан, нити је представљао потпуни ауторитет, он је ипак обављао читав низ важних послова. Старао се о регрутацији и распореду војске, њеном снабдевању оружјем, муницијом и намирницама, увежбавању, располагању пленом задобијеним од непријатеља, ангажовању официра, војних лекара, инжењера.¹¹³ Најчешће се, ипак, у свим тим диспозицијама наводи да су донесене у сагласности са Главним одбором.

Мада се помиње понекад и после тога, Војни савет је фактички престао да постоји крајем месеца јула, када је дошло до реорганизације власти у Војводици.¹¹⁴ У заседању Политичког одељења 6/18. августа је саопштено да Војни савет или неколико његових чланова треба да буду у Карловцима као централном месту. Главни одбор пише патријарху да пошаље Војни савет или неколико његових чланова.¹¹⁵

* *
*

Одбор је 11/23. јула поставио и Тајни војни савет, у који су ушли Стефан Петровић, привремени председник Главног одбора, Дамјан Давидовац, пуковник и командант шајкашке флотиле, Стефан Херкаловић, Марко Јокић и секретар Одбора Јован Станковић. Тајни војни савет је основан с намером да се војним питањима и плановима поклони нарочита пажња, зрелост и расуђивање. Ово "особено надлежатељство" требало је да се бави искључиво војним плановима и операцијама, организацијом и обједињавањем војних акција. Главни одбор је наложио Тајном војном савету да хапшенике оптужене за политичке кривице испита у року од 24 сата и резултат испитивања са својим мишљењем достави Одбору.¹¹⁶

На својој седници 11/23. јула 1848. Тајни војни савет је донео неколико одлука. Прво, да се замоли бан Јелачић да пошаље 70 артиљераца који су били заробљени у Италији, а сада се налазе Сењу, као и пошаље циндере (упаљаче) за топове. Ове ће захтеве бану доставити посебан курир, Атанасије Карамата, који треба и да донесе те циндере. Писмо о томе ће бану написати патријарх.

¹¹² АСАНУК, СНПок, кут. 1, Штампани проглас; кут. 4/446, 446/II, 446/III; кут. 11, св. III/2; кут. 6/661/VII; кут. 6/701/I-II.

¹¹³ Исто, кут. 3/177, 188, 192, 194, 375, 395, 396, 399, 414; кут. 4/589, 674.

¹¹⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 16/848, а. б. 86.

¹¹⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. III.

¹¹⁶ АСАНУК, СНПок, кут. 4, бр. 52; кут. 11/св. 3/2.

Тајни војени савет је расправљао и о бановој наредби, коју му је доставио Јоксим Новић. Бан је наложио Новићу да са половином војске иде у Черевих, а с другом половином у Вуковар. Бан упозорава да су у Вуковар приспели Брођани, Шокци, од којих им прети опасност. Одлучено, да се о томе обавесте патријарх и народни комесар Јаков Живановић, како би о тој ствари дали своје мишљење.

Пошто су се карловачки команданти разболели, одређен је за привременог команданта Карловаца члан Војног савета Марко Јокић. О томе је требало обавестити Главни одбор, Војни савет, остале команданте над шајкашима, Србијанцима, начелника артиљерије и барутане Јуришића, како би се договорили са Јокићем.¹¹⁷

Тајни војни савет је био обавештен да карловачки грађани Шокци нису лојални покрету и да се не одазивају војним заповестима. Тајни војни савет је одлучио да се сутрадан на пијаци прочита народу Војни закон и да војска положи заклетву. Сваки Шокац ће морати наћи јемца, а потом ће бити распоређени у логоре међу граничаре и Србијанце, или у војне логоре у Бачку или Банат.

На седници која је одражана 13/25. јула Тајни војни савет је извршио нека располагања муницијом, топовима, шајкама и новчаним средствима. Пошто су се мајор Миљко Марковић из сентомашког логора и инжењер Вноровски из Чуруга жалили на непослушност војника одлучено је да се овај акт достави патријарху.

Мајор Марковић из сентомашког логора је обавестио Тајни војни савет да је Војни закон обнародован, али узалуд, јер војска хара и пали своју браћу, као што је опустошен Сириг. И овај акт је прослеђен патријарху.

Оберлајтнант Васа Опачић поднео је молбу, са потврдом о томе да је био рањен у бици код Фелдварца, с молбом да му се изда диплома.¹¹⁸

Поменуте активности Тајног војног савета нису се разликовале од послова које је обављао Војни савет, мада је Тајни војни савет очигледно имао амбиције да добије највиши ауторитет у војним питањима. На својој седници 14/26. јула Тајни војни савет је одлучио да сутра оде у Земун ради састанка са Правитељством. О овој одлуци обавештава Главни одбор и изражава наду да ће посао који му је Главни одбор поверио успешно обавити. Моли Главни одбор да он за време док чланови Тајног војног савета буду одсутни из Карловаца не предузима ништа што је везано са војним операцијама, него да се бави само својим административним пословима.¹¹⁹

* *
*

Крајем јула, када је после патријарховог повратка и проглашења за привременог предводитеља народа дошло до реорганизовања српске власти Војни савет се све ређе помиње и постепено губи своја овлашћења. Његову надлежност је преузело углавном Политичко одељење Главног одбора, мада се и касније понекад поми-

¹¹⁷ АСАНУК, СНПок, кут. 11/св. 3.

¹¹⁸ АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. 3.

¹¹⁹ АСАНУК, СНПок, кут. 4, бр. 53.

ње Војни савет. Политичко одељење одобрава измене, даје одсуства, распоређује војску и стара се о обезбеђивању одеће и опреме за војску.¹²⁰

По патријарховој наредби од 29. јула/10. августа, Политичко одељење је требало да наложи да се начине спискови војних обвезника, подељених у четири категорије. У прву би спадали они који ће непрестано бити у служби, друга и трећа класа служиће у својим местима, а четврта, која би се такође обучавала остала би код својих кућа, сем у случају највеће нужде. Наредба је упућена Петроварадинској регименти, Сремској жупанији, Окружном одбору панчевачком, Српско-банатској регименти и Тителском батаљону 30. јула/11. августа.¹²¹

Због бројних молби за допусте и измене које су упућене Одељењу закључено је на седници 2/14. августа да се патријарх замоли да се што пре донесе већ више пута обећана Уредба о измени и одашиљању и пуштању кући војника. Политичко одељење упозорава патријарха да због неправди које се чине приликом регрутовања месни пододбори губе ауторитет и нису у стању да сачувају ред. Треба у таква места послати комисије које би кажњавале преступнике. На истој седници је одлучено, на предлог члана Одбора Светозара Милетића, да се патријарху упути молба да позове официре Шајкашког батаљона да се придруже покрету. Уколико то не учине биће сматрани за противнике народа.¹²²

Политичко одељење се старало и о обезбеђивању оружја и набавци муниције. На молбу Стевана Сурдучког да му се пошаље муниција одлучено је да се пише патријарху да се муниција затражи и од српске владе, а пушке од бана Јелачића, који је изјавио да располаже са довољно пушака.¹²³

Политичко одељење је одобрило што су војници из Ирига за свог вођу изабрали Стевана Јеленића 13/25. септембра.¹²⁴

Политичко одељење се 3/15. августа обратило патријарху с молбом да се регулише питање трајања боравка војника у војним логорима и њихова измена, јер на то губи сувише времена, које би требало да употреби на важније послове. Како још ни 20. септембра/2. октобра није била уређена измена војника, Политичко одељење је поново молило патријарха да о томе донесе одлуку.¹²⁵

Међутим, о политичком одељењу се понегде говори као о одељењу Војног савета. Политичко одељење Војног савета је 6/18. августа предложило да Војни савет као целина или неки његови чланови бораве у Карловцима као централном месту и да се пише Главном одбору или патријарху да упути Војни савет или неколико његових чланова у Карловце. Патријарх је 11/23. августа обавестио Стратимировића да је приликом усвајања секција у Војном савету за члана именовао пуковника Стевана Сурдучког и наређује да Сурдучки пређе у Карловце, а војну команду Бачке и

¹²⁰ АСАНУК, СНПок, кут. 451, 452, 453, 454; кут. 5/509, 530/II, 555/ III, 562/I II, 565/ I, II, III, 576/II, 586, 590, 596, 592, 596/III, 533, 540.

¹²¹ АСАНУК, СНПок, кут. I(5), No 2229 (118)

¹²² АСАНУК, СНПок, кут. 11, св. III; кут. 5/519/X.

¹²³ АСАНУК, СНПок, 4/ 407/8, 407/13, 407/14, 407/16; кут. 5/598/III, 599; кут. 11/III.

¹²⁴ АСАНУК, СНПок, кут. 11/св. III.

¹²⁵ АСАНУК, СНПок, кут. 5/519/V, XII.

Шајкашког батаљона да преда оберлајтнанту Биги, којег именује за команданта, а главни стан да му буде Надаљ.¹²⁶

Пословима војне организације су се у време српског покрета 1848. и 1849. године бавили углавном сви органи који су тада били на челу покрета и руководили њиме. Изузев врховне војне команде и непосредног руковођења војним операцијама, Главни одбор, поједина његова одељења и тела која је организовао су носили највећи део терета ових послова.

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

Military and Organisational Aspects of Work of Principal Board of the Serbian Vojvodina in the period between 1848 and 1849

Abstract

The results of the May Assembly held in Sremski Karlovci in 1848 were neither accepted nor confirmed by the Court, whereas the Military Border was subject to the Hungarian Government. The May Assembly was found illegal and its participants were accused for high treason. The Hungarian Government undertook extreme measures to extinguish the Serbian movement. The Serbian resistance in the Military Border was growing stronger. The Principal Board, having realized the imminent danger from measures imposed by the Hungarian Government after the May Assembly, reconstituted itself, organized the network of local boards and began preparations for war.

The Military Border was placed under the direct rule of the Hungarian government on 8 June. The Minister for Military Affairs, L. Mesaros, ordered forceful measures against Serbian uprising. He gave these orders on 27 May/8 June to the General Hrabovsky who was the Commander of the Petrovaradin Fortress. Hrabovsky unexpectedly and cannily attacked Karlovci on 12 June, the date which marked the beginning of war between Serbs and Hungarians.

The Principal Board organized army which in June gathered both in Karlovci and in other military camps. The state of war induced a whole series of activities related to military organizations: military drafts, providing supplies, organizing commanding structures (officers, planning and conducting military operations) and the supreme headquarter. Djordje Stratimirović was temporarily appointed for the Commander in Chief on 27 May/8 June. On 5/17 June the Principal Board established a special military authority, namely the Military Council, and adopted the regulation "Constitution of the Military Council".

¹²⁶ АСАВУК, СНПок, кут. 11, св. III, св. III/2.

On 1/13 July the Military Council adopted the "Key for Drafting to People's Army" according to which each household had duty to give a certain number of soldiers. The Council was in charge for military camps and supplies of food, equipment, ammunition and weaponry. Providing commanding personnel was one of the most important issues. The Military Council had authority to promote lower ranking officers and, with the consent of the Principal Board, high ranking officers. Apart from military affairs, the Council also had a judicial power. At the beginning its jurisdiction was limited to disciplinary and criminal matters, but later on the jurisdiction included other criminal offences and even civil suits. On 11/23 July the Military Council formed a secret military council which was to be exclusively in charge of military plans, organizations and coordination of military actions.

However, the Military Council was subject to the Principal Board and could not act independently. Since the reorganization of the Serbian government, which happened at the end of July, there was no more mention of the Military Council which competence was transferred to the Political Committee of the Principal Board.

Almost all main bodies of the Serbian movement in the period between 1848 and 1849 took part in military affairs and organization. The Principal Board and its subsidiary bodies took the largest burden of organizing military affairs, except for the supreme command and direct conduct of military operations.

*Др Марија Вучковић Радовановић, редовни професор (у пензији)
Правног факултета у Новом Саду*

РЕГИЈА ПОД ПРОТЕКТОРАТОМ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА (Косово и Метохија: старатељство Уједињених нација)

Сажетак: У раду је реч о резолуцији Савета безбедности УН тј. старатељству над регионом у Србији /Србији и Црној Гори/; над покрајином Косовом и Метохијом. Анализира се проблем неизвршавања обавеза из преузетог старатељства /протектората/ и непостојања ничије одговорности за то. Рад има неколике целине У уводној напомени се дефинише институт старатељства. Потом се разматра однос међународног и интерног права. Део рада је посвећен Европској унији и регијама у њој унутар кога је приказана иновација белгијског устава из 1994. г. са предлогом аутора да се то решење примени на Косову и Метохији. Изложени су услови и разлози за примену тог белгијског решења у циљу оживљавања мултиетичности региона Косова и Метохије а у духу захтева из резолуције 1244 СБ ОУН. Највећи део излагања посвећен је потешкоћама у примени међанародног права и проблему недовољног залагања и неадекватног вршења обавеза из протектората, те отуд и правним питањима код остваривања задатака старатељства од стране запослених радника и других посленика чији је саговорник-послодавац ОУН.

Кључне речи: Косово и Метохија: старатељство ОУН, међународно и интерно право, Европска унија и регије, ОУН као послодавац.

Уводна напомена

1. Савет безбедности УН је 1999., пре скоро пет година, дакле, донео одлуку о старатељству ОУН (преко своје цивилне мисије /УНМИК/) над Косовом и Метохијом, покрајином /регионом/ Србије и Југославије /сада Србије и Црне Горе/. Њени су садржаји, том приликом, одређени у Резолуцији СБ број 1244. Садржаји тог протектората нису остварени. Није ни покушавано да то буду, а за занемаривање интереса о којима је требало да се брину органи ОУН-а и КФОР-а (коме је УН поверила војни део мисије: безбедност становништва) нико још није прозван као одговоран, о чему ће надаље бити речи у овом прилогу.

Старатељство /tutela¹, протекторат/ је значајно цивилизацијско достигнуће у области права. Корени модерног старатељства у приватном и јавном, интерном и међународном праву су правно оформљени још у римским институцијама. То је делање за туђи рачун при чему је санкција, за невођење рачуна о тим туђим интересима по највишим стандардима друштва, била инфамија. Старатељ је морао да води бригу о туђим интересима под својим старатељством као *bonus pater familias* и када је у својим пословима показивао немар; када је он лично, по бризи о властитим пословима, био далеко од тог идеала доброг римског домаћина.

Старатељство је, отада до модерних дана, један од случајева делања за другог који се састоји у томе да неко са посебном пажњом брине о интересу другог; за туђи рачун. Неретко, када су изјаве воље основ правног акта предузиманог за туђи рачун у питању, изјаве се у модерном праву /тј. после појаве случајева заступања у Наполеоновом кодексу из 1804. г./ дају и у туђе име и за туђи рачун: уз заступање, дакле.²

Правни основи за настанак старатељства /заступања односно још шире, делања за рачун другог/ могу бити опште норме, појединачни правни акти власти (интерне или међународне), као и изјаве воље ако и када их предвиђају са том улогом опште норме датог суверенитета или пак опште норме јавних међународних организама /о којима ће даље још бити речи/. Независно од правног основа настанка старатељства у интерном или међународном праву, оно увек означава обављање послова за другог тако да се интереси тог другог стављају испред властитих.; да се код сукоба са интересима оних о којима се старамо, властити интереси повлаче. Предност се даје интересима стараника.

¹ Протекторат (туторство, старатељство) је ствар од општег интереса, јавна ствар, дакле, и обавеза коју је зазорно одбити. Тако су говорили још стари Римљани: "Tutela est munus publicum" (Justinianove Institucije, 1, 25, pr.). Римљани још веле: "Tutor non rebus dumtaxat, sed et moribus /pupilli/ praeponitur" што, у суштини значи да се већа брига унутар овог института поклања моралу, васпитавању, а не имовини. А и о једном и другом делу рада татора периодично се подносе рачуни, што Римљани називају "tutelam reddere"

² Види од овог аутора одредницу "Заступништво" у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада", Службени лист СФРЈ, Београд, 1978., Трећи том, стр.971 - 986.

Међународно и интерно право

2. Међународно право, са мноштвом идеологија у себи, одликује се мање видљивим променама у приликама када неки његови сегменти нестају, други се додају и то често без rules of law, а што данас карактерише интерна права држава. Ипак и то право мора бити тумачено као целина и систем, па ма како се и колико нама правницима примитивно чинило поређено са системом интерних права модерних држава. Уз то и оно мора, попут интерних, где то постоји као експлицитно начело, да садржи и правду; тј. да се држи и морала³ који упркос свему /мора да/ постоји у односима између земаља света. И ма колико кандидати и председници суперсиле/сила/, на пример, говорили на предизборним митинзима да им не треба нико, и да им неће нико до њих самих обезбеђивати сигурност и напредак, сви зависимо од свих, поготову од постојања и морала, правде, у стварању, тумачењу и примени међународног права. Мање морала и правде има, видимо, /по оном римском: quod licet Iovi non licet bovi²/ за мале државе и државе са проблемима. Па ипак, и упркос томе, треба да се боримо и да чинимо све што је од значаја за мале државе каква је наша. Да указујемо на лажи и подметања како би то било у корист разрешења питања статуса наше аутономне покрајине Косова и Метохије из које су албански сепаратисти /ОВК/ током НАТО бомбардовања истерали Србе и остале неалбанце са њихових вековних огњишта; а потом, у присуству УНМИК-а и КФОР-а, порушили и 116 православних цркава, уз изговоре пред протекторима Космета да су то биле цркве саграђене током комунистичко доба.⁵

По нашем мишљењу међународно право, и самом својом суштином и разлогом свог постојања, мора у себи имати правду и стојати на принципу установљења истинитости чињеница о збивањима у свету и кад их је тешко и претешко установити, а нарочито се мора борити против њиховог фалсификовања

³ А гророс судова као дела сваког правног система па и међународног за који, поготову због судства тог правног система, кажемо да је несавршеније од интерног, Исак Дојчер / Isaac Deutscher / примећује да нема суда који није пристрастан. Овај аутор, надаље у свом делу које наводимо, има у том смислу примедбе нарочито на међународне судове. На пр. на Нинбершки суд коме је присуствовао, да би закључио да је суд међународног јавног мњења који је осудио ратне злочине у Вијетнаму, по непристрасности и уважавању правде, изнад Нинбершког. Аутор је, надаље, изразио наду да је можда могућ и непристрасан међународни суд. (Видети у том смислу Isaac Deutscher, Vietnam and the Russell Tribunal, Bertnard Russell Peace Foundation, London Bulletin, number 2, September 1967, str.2-7

⁴ Једина велесила, САД, би да се прогоне на пр.злочинци, али не и ако су њихови држављани. Дакле, за себе траже да их третирају, како у наведеној пословици vele стари Римљани, долично богова /будући једина велесила/, а за остале третман волова. САД одреде судбине држава и континентата и предложе изглед и садржај политике за васцели свет. То се, неретко, не прихвати од стране осталих, а САД се понашају као да је то општеприхваћено.

⁵ Морамо да се потрудимо свим снагама да се што пре поуздано утврди постојање или непостојање односно подметање Србима масакара цивила у Сарајеву / Улица Васе Мицкина и Маркале/ и на Космету /Рачак/. И да се тачно утврди да ли је, чини се, и само тужилаштво ad hoc Хашког суда за просторе СФРЈ /а не само све верскоетничке заједнице током грађанског рата на подручју СФРЈ/, премештало масовне гробнице Срба убијених у присуству УНМИК-а и КФОР-а у пролеће 1999.г. на Космету, како би или прикрили своје неизвршавање обавеза заштите неалбанских етникуса на том простору, или су можда, што је вероватније, тиме хтели Србе само приказати као лоше момке, а Албанце као њихове жртве.

подметањем постојања оног чега није било. Међународно право је за то довољно зрело /старо/ и постоји и изван свог најновијег корпуса: правног система ОУН, Светске трговинске организације, НАТО пакта, Савета Европе, те комунитарног права Европске уније. Не можемо рећи да се то уношење довољно правде у право већ остварује али трудимо се сви, и анимирајмо и друге/државе и појединце/ да се у том правцу крећемо.⁶

3. У међународном праву немају апсолутну предност међународни уговори и на основу њих настали статутни модерних међународних организација изоловано у односу на остале (много раније оформљене) делове: на међународно обичајно право и општепризната цивилизацијска правна начела и норме, садржане у системима права највећег броја модерних држава⁷. Следствено томе нису у том праву независне од осталих његових делова ни опште норме УН настале пре пола века, као ни недавно настале, а енормно нарастајуће, области права Светске трговинске организације⁸ те право НАТО пакта /донедавно секторско и региона-

⁶ Има немали број европских политичара моје генерације / колега са европских студија/ који се непрестано шетају у својој каријери од једне до друге земље и функција бројних међународних субјеката вођени сујетом и високом платом. Враћају се с времена на време у земље чији су држављани, а понеки од њих тамо више и не залазе. Досадашњи функционери УН – протектори на Космету, у својим радњама / опслуживањима функција/ не испуњавају своје обавезе и интересују их само висока примања. (Скоро сви су, чини се, из категорије људи на примеру којих би наука могла да анализира још увек недовољно познат сложени однос човекове природе /биолошке основе/ појединца и њиховог окружења и одрастања). Административни суд ОУН, задужен за радне спорове где је УН послодавац, такорећи само о том аспекту има судску праксу. (Види на пр.учешће Међународног суда у Хагу, који суди спорове међу државама, а који је у таквим случајевима давао своја саветодавна мишљења. Види нарочито мишљење од 20 јула 1982. у Збирци саветодавних мишљења и одлука овог суда из 1982.; саветодавно мишљење дато на основу норми садржаних у Статуту Административног суда ОУН). На праксу суђења где би тужени били запослени, а у улози тужилаца се нашла ОУН те још неки од међународних субјеката као њихових послодаваца, нисмо наилазили, и на то се, очигледно, већ предуго чека.

⁷ Ево, у том смислу, знаменитог, и свим студентима права добро знаног, члана **38 (1) а** Статута Међународног суда правде (Internacional Court of Justice – ICJ). Тај члан гласи (са француског превод овог аутора) :

“Суд је дужан да одлучује у складу са међународним правом о сваком спору који је пред њим покренут при чему ће примењивати: а. опште или посебне међународне уговоре који садрже правила која су изричито признале државе-стране у спору ; б. Међународне обичаје који су евидентно кроз праксу општеприхваћени као право; ц. опште правне принципе признате од цивилизованих народа; д. судске одлуке и дела најчувенијих познавалаца међународног права разних народа, као субсидијерна средства утврђивања правних норми под условима предвиђеним чланом 59”

⁸ Међународни споразум од 15. априла 1994.године; споразум о стварању Светске трговинске организације, отворен је за учлањивање држава под условима које садржи, и постаје за убудуће главни извор правила о трговини између привредника који потичу из земаља - чланица СТО. Он ће, међутим, ширити поље своје примене и на друге, до момента стварања СТО необухваћене области,(инвестиције и др.) и субјекте будући да за то садржи аутономне механизме који чине излишним потребу сазивања, у ту сврху, нових међународних конференција унутар или изван УН, које би усвајале нове међународне уговоре на начин како је то било пре 15. априла 1994.године.Тиме настаје додатни могућ начин попуњавања правног система СТО новим изворима права. Маракешки споразум, осим што је установио СТО, истовремено је утемељио начин попуњавања права СТО нормама из других области, путем њиме предвиђених институција и механизма. Овим, Финалним (Завршним) споразумом окончана је ера конференција УН о трговини и развоју (УНКТАД),одржаваних сваке две године, посвећених смањивању царинских и ванцаринских баријера и познатој под именом Уругвајске рунде преговора. Следствено

лно⁹/, као ни регионално комунитарно право ЕУ и осталих регионалних организација попут права NAFTA чланица у северној, MERCOSUL у јужној Америци или права њима сличних регионалних окупљања у осталим деловима света. Међународно право је све ово, али заједно и са нараслим правом Међународне организације рада /основане 1919. год./ и правом Црвеног крста и црвеног полумесеца те Светске здравствене организације, а све то повезано и са иновацијама и тумачењима која им придодују судска пракса и доктрина /теорија/. Ова последња, теорија, подкрепљује то право и његовим повезивањем са интерним правима држава стварајући од њега целину; чинећи га правним системом попут оних у интерним правима. Међутим и у тој области; преко доктрине уносе се у ово право начела и друга преовлађујућа истоветна решења интерних права држава у смислу цивилизацијског достигнућа. Да ово појаснимо осврнућемо се на процес стварања /унутар Шестог комитета УН/ међународне конвенције о уговорном праву за државе као стране уговорнице. Конвенције назване по месту у коме је најзад донета 1969. године, Бечком конвенцијом. Однос Повеље ОУН и Конвенције дефинише њен уводни део где се подвлачи да се овом конвенцијом доприноси остварењу циљева УН и принципа из њене Повеље. /У петом делу Конвенције предвиђена је санкција ништавости међународног уговора за повреду начела међународног права садржаних у Повељи ОУН, донетој 1945.године/.¹⁰

томе и Завршни споразум, означен, скраћено као Финални акт, представља право које Међународни суд примењује у смислу наведеног члана **38 (1) а**, будући да се ради о посебном међународном уговору. Под појмом посебног уговора који садржи право /правила/ СТО обухваћен је и Завршни акт (усвојен при претварању конференције УН о трговини и развоју (UNCTAD) у СТО, и још позамашан број докумената УНКТАД-а који чине његов саставни део, а усвајани су током преговора у оквиру тзв.Уругвајске рунде протеклих неколико деценија све до дана настанка СТО. Тако, изворе права у систему СТО, чине још многи споразуми усвајани током Уругвајске рунде и то материјалноправни и процесноправни, општи и посебни, помоћни односно допунски, посвећени парцијалним темама и областима, али и споразуми о телима институционалне природе за разрешење одређених спорова. Важе, попут НАТО система права /међународног/ не само за стране уговорнице, већ обавезују све више и оне друге које то нису.

⁹ Више о томе од овог аутора "Слобода уговарања и уговори који то нису /НАТО, колективни уговори/, стр. 143 – 178, у зборнику реферата "Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде, део II", Нови Сад, 2000. г., Правни факултет у Новом Саду.

¹⁰ Процес доношења Конвенције започет је убрзо по завршетку Другог светског рата, 1949.године. Имала је за сврху кодификацију уговорног права као основног дела међународног права који регулише односе међу својим сувереним чланицама - државама.То се чини, како се наглашавало, коришћењем тековина свих правних цивилизација., мада морамо приметити да је из њеног стварања изостављана Кина. У њој су норме које сублимишу и позитивна и историјска уговорна интерна права држава припадница разних цивилизација. Та конвенција садржи санкције за уговорнице када не испуњавају својим уговорима преузете обавезе. Њен трећи део гласи "Поштовање, примена и тумачења међународних уговора", а у њему је садржана норма о надређености Повеље УН као старијег правног акта у односу на Конвенцију, дакле, њен примат у односу на све уговоре држава / а, по нама, и других у међувремену по броју импозантних међународноправних субјеката/, укључив и НАТО савеза. (Ми га не третирамо као уговор међу одређеним државама о /регионалној/ сарадњи по питању безбедности већ га третирамо као правно лице међународног права по правној природи, јер је превазишло уговор као своју правну природу од момента напада на Југославију као земљу - чланицу ОУН која није напала ниједну државу уговорницу НАТО пакта нити је она – Југославија била страна уговорница тога пакта (НАТО споразума).

4. Повеља ОУН не садржи никаква правила о тумачењу њених не ретко међусобно противуречних одредби попут начела очувања територијалног интегритета држава и начела о праву народа на самоопредељење, а без давања иједном и од два начела и најмање предности. Њена Генерална скупштина, како нам пракса показује, баш и није неки озбиљни орган ни тумачења, ни примене свог права, а поготову се није наметнула као респектабилан законодавац. Све се и надаље одвија претежно преко /мултилатералних и билатералних/ уговора, а у скоро сваком од њих велики је број одредби које тумаче правне институте за потребе те конкретне усаглашености воља земаља уговорница.¹¹ Следствено тим предностима, све је више таква изјава воље творац његових норми. Међународно право није, дакле, никад успевало, и вероватно неће ни надаље, да премрежи ни највећи део а немоли целину света нормама ефикасно примењивим попут норми права суверених држава, па му је утолико неопходније да садржи довољно морала /правде/ у себи. Понајпре зато што не постоји, а надајмо се да неће ни бити /нарочито у облику НАТО снага/ монопол принуде иза норми међународног права.¹² Оно што се именује од међународне заједнице као право је бирање између више логично могућих "тумачења" норми међународног права уопште; бирање, дакле, од стране чинилаца чији је значај преовлађујући у међународним односима датог доба.

¹¹ Тумачење одређеног уговора из области међународног права много је ефикасније ако се у самом уговору дефинишу, /за потребе његовог тумачења/, сви битни институти (појмови) које уговор садржи. Без коришћења тог метода при уговарању, настају проблеми у његовој примени. Ево једног еклатантног примера. За вечно под сумњом; никад довољно извесну, поделу на јавно и приватно право, нека послуже дилеме везане за тумачење појмова "грађански /цивилни/ и трговачки спорови" из једног међународног уговора из не тако давне 1970.године. То је Хашка конвенција о прикупљању доказа у иностранству у грађанским и и трговачким споровима (енглески, Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters). Наиме, појмови "цивилни" и "трговачки", зависно од поделе права на приватно и јавно, које се разликују од државе до државе, представља велики проблем и препреку њеној примени кадгод се та подела на приватно и јавно не подудара. Тако, на пр., у неким се системима подела не признаје, док се у другим, иста област права налази на различитим странама постојеће поделе. Тако се, по неким правним системима сва позитивноправна материја сматра за цивилну и трговачку осим кривичноправне као што је то на пр. у англосаксонском праву. У континенталном европском праву, увек су на јавноправној страни још неке материје позитивноправне области. То је, у Француској на пр., и велика област управног права и поступка укључив у то и пореско право као део управноправне области. Слична је ситуација и у Немачкој, Швајцарској и Италији.

¹² Ово право чувени правник који је делао и живео са обе стране Атлантика, назива правом које се ослања на самопомоћ немајући орган попут државних да обезбеди примену норми. Види Н. Kelsen, Law of United Nations, London, 1951., предговор, стр. XIII – XVII., те Општа теорија права и државе, Београд, 1951. стр. 324 и 325. Исте године Келзен је своју опсервацију о међународном праву, за које каже да нема посебан, од интерних права различит предмет, те да нема интерног права без међународног у њему (Општа теорија права и државе, стр. 707.) заокружио примедбом да нема строгог одвајања права од ванправних елемената. (Општа теорија..., стр. 344), па није могуће његово одвајање ни од политике. Каже да се бира у њему, од више могућих тумачења, политички боље решење, чиме одступа од својих пређашњих ставова са чисто правним виђењем и поимањем ствари. Али наглашава и да се наука мора одвојити од политике, не, међутим, и политика од науке. (Чланак "Science and politics, у месечнику из септембра 1951.године, "The American Political Science Review"

Примена права

5. Бюрократизованост и корумпираност посленика из уговора чији је предмет људски рад је теже контролисати на подручју међународног права. Сва правна лица изван структуре суверених држава трпе, јак уплив политика различитих држава. Њихови међусобни односи названи деловањем међународне заједнице одређују добро или лоше функционисање ових послодаваца. И, следствено томе, стицајем бројних различитих околности то функционисање пречесто делује супротно од правних норми по којима су основани и треба да се владају. Такав је случај и са ОУН и њеним бројним подорганизацијама, органима и у њој запосленим функционерима и осталим (најамним) радницима. Нарочито је то случај код корупције и на теренима трговине оружјем, дрогом и људима и нарочито када се обављају под покровитељством и неких држава које остварују тиме средства ван буџета, те могу да их троше без контроле бирача, својих пореских обвезника. У оваквом, врло сложенем а крхком, међународном праву као систему права и правде, покушаћемо, с упориштем у њему самом, да размотримо старатељство ОУН на Косову и Метохији и да, с ослонцем на правне аргументе, критикујемо понашања међународних субјеката. Предложимо и решења за побољшање драматичног фактичког и правног стања на Косову и Метохији; нашој покрајини /регији/ под старатељством ОУН које је уведено по окончању напада на Југославију од стране 19 земаља – чланица НАТО пакта.

За потребе анализе напред означеног проблема покрећемо питање принципа испуњења уговором преузетих обавеза у случају уговорника субјеката међународног права као послодаваца /конкретно ОУН као послодавца/, а аналогно правилима модерних интерних права. Анализу, на примеру Космета и неиспуњења мноштва уговорао раду и уговора о делу између ОУН као стране уговорнице у улози послодавца или наручиоца посла и налогодавца.¹³ И поред битне истоветности која карактерише уговор о раду разних послодаваца, међу њима има и значајних разлика и унутар држава. Садрже и део норми који потиче из конвенција и препорука Међународне организације рада које је већина држава ратификовала или их обавезују као наднационална, међународна обичајна правила и цивилизацијска достигнућа /препоруке/ па је отуд овај део од обавезујућег значаја и за ОУН и остале послодавце из круга међународноправних субјеката. Постоје међу субјектима разлике у нормама али још више у примени тих норми. Разлике су још веће кад су у питању санкције, дакле примена права услед повреде једнакости /екви-

¹³ Уговори чији је непосредни предмет намењен тржишту услуга тј. предмет уговора је људски рад који изазива код примаоца **неку промену**, су данас, у доба постиндустријске револуције, значајни и најпрофитабилнији уговори. Услуга је све оно што, код примаоца услуге, њеног корисника, производи промену у односу на дотадашње стање, а не представља производњу ствари намењених тржишту. Уговори о пружању услуга деле се, по правној природи, на две битно различите врсте: на уговоре о делу и на уговоре о раду. Обе групе су баштиници два већ потпуно уобличена тabora уговора римског облигационог права. Ти римски уговори, и до данас актуелни, на начелу еквивалентности давања засновани, су *locatio conductio operis* /у нас носи назив уговор о делу/ и *locatio conductio operarum* /у нас: уговор о раду тј. правни основ за радни прецизније речено радноправни однос између послодавца и најамног радника.

валентности/ давања и противдавања по тим уговорима. Разликује се примена права истих норми и по временима примене, али и по много околности што произилазе из сложености међународних односа. Ово стога што се плаћања запосленима врше из буџета ОУН, и то великих сума на име накнада за рад радника чији је она послодавац, а дуговане улоге многе државе неће или не могу да исплаћују ОУН. И из тих разлога може настати неиспуњавање и онако бројних задатака и мисија ОУН. Морамо се борити да то не буде више случај са Косовом и Метохијом. Тамо већ пет година новац УН се узалуд троши: обављања посла; задатака из старатељства над Косметом у овом случају уопште нема.¹⁴ Тврдимо да је, следствено износима петогодишњих примања припадника цивилне мисије УН /УНМИК/ и њених челника, требало да су испуњени задаци обухваћени старатељством ОУН, тј. да су се благовремено на Космет повратиле неалбанске заједнице и да тамо нико не стрепи за свој опстанак због припадања овој или оној етничкој групи.

6. Примена Повеље ОУН, Статута њеног Административног суда пред којим се решавају спорови из радних односа када је ОУН послодавац, садржаји Резолуције Савета безбедности 1244 о старатељству УН над Косметом укључив и правни акти о поверавању /од стране ОУН / војне мисије НАТО пакту /КФОР/ су већ пет година без резултата у односу на стање пре почетка старатељства. Напротив, на делу је геноцид, како је то оценио посланик Савета Европе из Русије, а на основу трећег по реду годишњег извештаја комесара за људска права Одбора за право и људска права Савета Европе. Тај геноцид који се прећуткује постоји већ 5 година унутар обављања ОУН старатељства у присуству УНМИК-а и КФОР-а, а проводе га косовометохијски и други Албанци над Србима и осталим неалбанским заједницама. Геноцид је организовани чин, данас у присуству КФОР-а и од новоустановљених једнонационално конципираних привремених органа Космета, а у спрези са терористичким и шверцерским групацијама са тог и околних подручја где су претежни становници Албанци. Истоветну, још и погоршану стварност константовао је, најпре омбусман за Космет Марек Новицки, али и, у већ трећем по реду извештају, комесар СЕ за људска права Алвар Хил – Роблес; извештају поднетом ове године на отварању зимског заседања Скупштине Савета Европе 26. јануара.¹⁵ Стога морамо да звонимо на узбуну; да инсистирамо без впредаха на

¹⁴Ми нисмо чланице НАТО, који је такође расипник кад је у питању Космет, али јесмо чланица и некадашњи оснивач ОУН па треба као држава да се боримо против бирократизованости и корупције, те учешћа у криминалу појединаца из састава формација задужених за Космет по Резолуцији 1244. Да као озбиљна држава упознајемо са стањем остале чланице ОУН и да, поводом Космета, указујемо на расипништво и остала недолична и забрањена понашања.

¹⁵Данас, када овај рад завршавамо, је 27. јануар, дан посвећен највећем српском светитељу и учитељу Светом Сави. Најмлађем сину Стевана Немање, оснивача српске средњовековне државе. На подручју Косова и Метохије су бројни манастири и цркве времена Немањића. Парњак по времену настанка им је чувена катедрала у Шартру. Војници КФОР-а из Француске и осталих европских земаља су знали историјску вредност тих наших светиња и мирно гледали нестајање 116 српских цркава: уништавање српских светиња које је пред њиховим очима чинила ОВК која до данас геноцидно Србе истребљују са Косова и Метохије под окриљем ОУН и НАТО снага. Већ пет година не престаје ово нецивизацијско оргијање предочима света захваљујући нераду и расипништву на Косову и Метохији са стране ЕУ, НАТО, ОУН, ОЕБС, те осталих међународних чинилаца који треба да брину о примени

сагледавању животних драма неалбанаца на том простору. Да указујемо да нема њиховог повратка, и да га, као услова за повраћај пређашње мултиетничности на Космету, правно и фактички треба омогућити унутар садржаја протектората ОУН, стварним радом запослених по основу њихових уговора о раду, а што је већ одавно требало да буде резултат старатељства ОУН над том нашом покрајином. Не заборавимо и указујемо свима око нас да је тим истим формацијама, ОУН и НАТО, пошло за руком (може се, дакле, када се хоће), да за само неколика дана по престанку бомбардовања угославоје односно по доласку КФОР-а, врате на стотине хиљада припадника албанске националности без икакве контроле при уласку у земљу, тако да на Космету сада има Албанаца који су били житељи Космета пре бомбардовања али и незнани број Албанаца из суседне Албаније.¹⁶ Следствено томе, треба да се као одговорна и суверена држава подробније позабавимо садржајима уговора о раду и уговора о делу, као и евентуалном судском праксом о радном односу свих којима је ОУН поверила задатке из старатељства над покрајином Космет, а са ОУН као послодавцем су у правном односу или је ОУН у улози наручиоца услуга и/ или пак налогодавца.¹⁷

општих и појединачних норми међународног права. Да почну да се понашају по слову и духу својих обавеза; као римски *bonus pater familias*. Да се заиста боре за мир и помажу чланице у којима се посеје семе грађанског рата /обично споља унето/. Чини се да њихове снаге, људи у њима запослени, су тамо само зато да би трошили значајне суме новца сакупљене од држава чланица, а вероватно и још веће суме остварене кроз корупције и директно учествовање у шверцу, продаји дрога и људи по чему је овај регион постао познат не само у Европи.

¹⁶ Документ који су као старатељ донели органи ОУН /УНМИК/ је **Уставни оквир**. Уследила је његова неадекватна имплементација; неадекватна јер је довела до једнонационалне привремене власти пуне насиља. Потом је, недавно, дошло до, опет једностраног, усвајања садржаја стандарда за постизање безбедности, повратка неалбанаца-прогнанника са Космета, радиј поновног враћања мултиетничности у ову српску покрајину. Ово последње у току недавно отпочетог мандата господина Хари Холкери на челу цивилне мисије УНМИК-а, а већ је видљиво да их није могуће остварити због њихове испразности, двосмислености и недоречености. То, кад је реч о актима старатеља Космета носи са собом произвољност и доводи до непримењивања таквих норми. Конкретне норме о спровођењу стандарда нису усаглашене са циљевима Резолуције СБ 1244, тј. са свим чиниоцима који се у њој наводе. Учешће у остваривању задатог циља, према слову Резолуције, предвиђено је и за нашу државу. (По Резолуцији је регион који је под протекторатом ОУН део суверених Србије и Југославије /сада Србије и Црне Горе/), Њихово учешће би помогло остваривању поновне мултиетничности Космета. То би подразумевало сарадњу са државом Србијом /Србијом и Црном Гором/ и УКФОР-а и УНМИК-а као цивилне мисије ОУН која је добила одређени задатак и требало је и могла је да искаже тражени резултат кроз сарадњу са нашом државом, као и кроз сарадњу наше државе и УНМИК-а и КФОР-а. О томе има речи у Резолуцији СБ ОУН. Све то старатељ одлаже под разним изговорима већ више од четири године. ОУН, сасвим је евидентно, не испуњава обавезе из старатељства што доказују безуспешно протекле године без хода према испуњењу: 1) безбедности живљења свих етничких заједница и 2) повратка прогнанника – неалбанаца, а што су два основна и претходна услова из Резолуције у односу на планирано увођење широке аутономије у покрајини.

¹⁷ Да све то анализирамо и кроз, додуше ретка објављена решења, поводом њих као и одлука и мишљења осталих надлежних органа попут Административног суда ОУН и мишљења Међународног суда у Хагу. Суда пред којим су странке само државе, а који је на основу Статута Административног суда УН надлежан за расветљавање правних проблема /и додељивање – кроз своје препоруке више правде у њима/ ако нека држава чланица УН стане иза уговора о раду у коме је ОУН послодавац. Односно иза државе чији је регион под протекторатом ОУН као послодавца према коме запослени не извршавају своје обавезе из уговора о раду и уговора о делу /налогу/.

7. Повела ОУН, којом је крунисан завршетак Другог светског рата, не оставља много места за правна тумачења која би њено постојање и значај за опстанак света доводила у питање. Ефикасно деловање њених органа и организација, те извршавање обавеза из уговора о раду њених запосленика, такође не треба игнорисати или подцењивати, али практична примена њених норми у тој области као да казује нешто друго. Ми као држава треба на ту тему да покрећемо многа питања. Да инсистирамо на правном аспекту свега тога: на раскораку између изгледа права и праксе. Уговори, како интерног права тако и међународног, морају се извршавати. Уговори обавезују стране које су их закључиле. Пошто није тако морамо да звонимо на узбуну, јер, уствари, почев од приступања многих значајних чланица ОУН /са обе стране Атлантика/ НАТО пакту (атланској повељи о њиховој узајамној одбрани у случају напада споља), ОУН има велике осцилације што се тиче тумачења и примене њеног права и начина стварног функционисања и значаја одлука њених бројних органа и организација. Европски континент је добијао негативне ефекте, прерасле и у ратна разарања услед несрећне распоућености држава: са једне стране чланица НАТО пакта, а са друге Варшавског пакта /војног савеза између држава под доминацијом и на челу са Савезом совјетских социјалистичких република/. Најгоре је, потпуно незаслужено, притом прошла СФРЈ /велика Југославија/, а којој најхитније треба та иста међународни фактор који је разорио, да јој сада помогне¹⁸ да се што пре опорави, али не и заборави. Њене преостале републике, Србију и Црну Гору¹⁹ НАТО је 1999. бомбардовао по налогу САД, а мимо одлука како надлежних органа чланица НАТО савеза тако и ОУН. Изолована је и економски скоро уништена потом. У садашњем моменту у њој врви од невладиних организација којих је на десетине хиљада које су финансиране,²⁰ а претежан део њих брине о људским правима на начин недостојан човека као /европског/ политичког субјекта; човека који се за нешто пита и о нечему одлучује. Они, овде, брину о људским правима као о правима малолетних и других недовољно самосвојних лица, а никако као о појединцима и колективитетима који чине равноправни део човечанства како у деоби благодети цивилизацијских достигнућа тако и у подношењу терета и чињењу напора да се изађе из невоља које човечанство сналазе.

¹⁸ Покрајину, по нама, треба одмах правно уредити као широку аутономију унутар наше државе и, у складу са тим правним уређењем, населити, повратком на предатни изглед, неалбанце у њој. Уз обезбеђење кућа и запослења тог живља, како више ратовања не би било на Балкану и у Европи. Решење из иновираних устава Белгије је, по нама, најбољи рецепт за то.

¹⁹ Ове две српске земље су уграђене у темеље европске слободе у дугом периоду борбе Европе са Отоманским царством; са Османлијском Турском. Ових дана се у нас слави два века од поновног рађања српске државе, и уз помоћ и захвалне поздраве свеколике Европе Европе тиме такође ослобађане: страха да ће Турци Османлије поново стизати под зидине Беча.

²⁰ Наше колеге из Словеније су нам се повериле / проф. Лео Крефт на једном саветовању у Новом Саду/ да су они успели да формулишу и отпочну да остварују своје националне и државне интересе тек када су почели да невладине организације/ тј. удружења грађана, како се то у нашем правном систему назива, везују за свој буџет. Свакако не све, јер и тамо их је било превише.

Европска унија и регије

8. Регије као категорије територијалне организације чланица европских заједница (сада ЕУ), налазиле су се и у структури првобитних шест држава потписница Римских споразума о њиховом настанку. Доласком нових држава умножиле су се и државе које имају у себи регионе са најразличитијим правним статусима и фактичким односима међу њиховим етничким саставима.²¹

У једној од првобитних чланица настао је нови регион под неком врстом надзора и суседне државе тада још нечланице, и који има друго име за Италију у којој је /Алто Адиђе/, од имена Тирол којим га назива Аустрија.

9. Пут уједначавања изгледа држава чланица, није ишао преко захтевања успостављања региона, већ преко приближавања најпре правних решења области привређивања и то понајпре и највише у области трговине /размене робе без царина/. Потом је то проширивано на проток капитала, па радне снаге као и услуга и трговинских аспеката интелектуалне својине као све профитабилнијих области предузетништва.

Данас ЕУ захтева још много услова од држава које претендују да буду чланице, и чини нам се²² да је то условљавање према нових чланицама било повезано са напорима на већој хармонизацији међу интерним правним системима, а сада још и покушајем да се сачини и устав ЕУ те предлозима да се убудуће одступи од једнаког права гласа међу њима²³. Уједначавање је на путу ка ЕУ захватило, после економског, све више аспеката живота првобитних чланица, да потом дође и до пријема нових чланица. Данас се уједначавање права креће ка постепеном сажимању ЕУ у све тешњу политичку заједницу. Досадашњим начином доношења општих норми настало их је довољно за стални економски успон и све већи удео овог региона у светској размени како добара тако и услуга и њихов све конкурентнији положај и у трећем сегменту: дериватима интелектуалне својине.²⁴

²¹ Неке од првобитних држава-чланица су биле тако мале да саме личе на регије или чак градове. Неке од њих су већ пре уласка у ЕУ биле у својеврсном регионалном /царинском/ савезу: Белгија, Холандија, Луксембург (Бенелукс).

²² Новим кандидатима за чланство региони се често намећу као услов уласка у ЕУ. И не само регионализација држава, већ се подразумева, уз постојање парламентарне демократије, и решавање у духу европских повеља мањинских права и људских права уопште укључив и права деце. Потом је ту и прихватање европске повеље о социјалним правима, о образовању према европским стандардима, уз очекивање и свих других видова што већег уједначења садржаја интерног права са комунитарним европским правом.

²³ По нама то има везе са бројним споровима између ЕУ и САД пред арбитражом и другим те намене органа Светске трговинске организације. ЕУ ће морати у себи да изрази економску доминацију своје две континенталне привредне силе /Немачку и Француску/ како би издржала ривалитет са САД на светском тржишту, али и у вођењу спољне политике. САД су, наиме, показале у ратном походу на Ирак да преко држава које за сваку прилику бирају и обдарују, "гласају" и унутар ЕУ и кад је у питању рат а и када је профит у питању. Да би били прави, првенствено економски ривали на светској пијаци и САД, и споро али константно нарастајућој Кини, ЕУ на своју страну (одлучивања) морају превести и Велику Британију и, нешто касније, али обавезно, Русију. Тада би ЕУ могла да се залаже и за мир на Блиском истоку а не само у свом крилу: на брдовитом Балкану.

²⁴ После остварења довољне мере уједначавања правне структуре и преласка у нови квалитет повезаности данас далеко веће скупине од петнаест држава, ова специфична заједница добила је ново

10. Белгија, првобитна чланица два европска савеза држава /Бенелукс и ЕУ/ данас има унутар себе два територијална региона, по величини неједнака а језички равноправна и, к томе, трећи билингвистички главни град у једном од њих, дакле, језички позитивно дискриминисан. Белгија има и три језичке заједнице: холандског /фламанског/, француског и немачког језика²⁵. Обе врсте белгијских самоуправа: територијалне и оне језички конципиране су мултиетничке, али је у свакој од њих неки од народа већински и одговоран за поштовање права свих грађана. Језичке заједнице сачињавају сви грађани тог језика независно од тога је ли или није њихов језик у општини или територијалном региону већински. Измене устава Белгије из 1994. године су ванредан одговор на потешкоће које су се пре тога помањале у Белгији. У њој се заједница фламанског језика, користећи се стањем у суседној Холандији, боље сналазила /више богатила. Због налета мондијализма, који, знамо, тежи поништавању језичких и културних разлика којима је Белгија изузетно богата, а што тражи додатна средства за њихово финансирање, Белгијске (не)прилике су превазиђене мудрим уставним решењима при чему је чињеница да је Белгија унутар ЕУ била од немалог значаја. Утицај живљења у ЕУ био је, притом пресудан и утицај је испољен благовремено, за разлику од односа према СФРЈ.²⁶ Дешавало се то пар година само пре измена белгијског устава, па је очито да је за њих и грађански рат на западним просторима СФРЈ /велике Југославије/ започет улето 1991. године био опомена и поука да предупреду настављање комешања међу етникусима Белгије. Да не дозволе ширење заразе сецесионизма. Измене устава Белгије биле су са тог разлога и под значајном паском органа ЕУ. Пледирамо да нам унутар патроната ОУН помогне и ЕУ на имплементацији свог белгијског решења како би та белгијска правна формула послужила као темељ установљавања мулти-

име: Европска унија, скраћено ЕУ. Раније су то биле три заједнице које су између шест држава повезивале три најзначајније области привређивања и то: Заједничко тржиште, Заједница за угљ и челик и Заједница за атомску енергију

²⁵ Такво решење ми заговарамо за Косово и Метохију где такође живе три језичке заједнице: албанска, српска и турска. Уз то имамо још неколико етникуса који говоре српским језиком. (Горани муслиманске вероисповести, Ашкалије те Роми који говоре неки од наведених језика и припадају трима на Космету присутним верама говоре скоро сви и српски). Решење из белгијског устава би сачувало мир међу етникусима који су тамо живели и треба тамо и да се врате. Аналогно би на Космету албанска, српска и турска језичка заједница на свом језику имала образовање и гајила своју културу и традицију. Међусобно би се по областима /жупама, градовима, општинама и засеоцима) једнакоправно одлучивало са квалификованим већинама о питањима која представљају надлежности без карактеристика државности, док би државни послови били на нивоу изнад територијалних самоуправа и управљања којима би се чувала самобитност свих етничких заједница и равноправност употребе три језика.

²⁶ Познато је, наиме, и у теорији, и у пракси, да је свака сецесија попут земљотреса са неизвесним исходима. Да је то једно преопасно, и по исходу неизвесно, револуциониосање дотадашњег изгледа датог друштва. И да му се, у Европи и другде, треба и ЕУ и ОУН да супротстављају смислом свог постојања. Међутим интереси неких економски ојачалих држава, као и нагло остајање света само са САД као једином суперсилом, превладали су над страхом Европе од нових европских сукоба. Грађански рат је убрзо настао на Балкану. Отуда ЕУ јесте, у том смислу, велики грешник у односу на разбијање СФР Југославије. И то како својим нечињењима /незаустављањем своје чланице Немачке да на томе ради/, тако нарочито чином утирања пута преурањеног, неутемељеног признања сецесионистичких република СФРЈ. Учињено је то у ЕУ преко институције посредовања унутар кога је себи приуштила мишљење Бадинтерове комисије да су унутаррепубличке границе међународне, а да то нису не границе СФРЈ.

етичности и дала до знања како ће ствари стојати правно, те тиме поспешила мултиетнички, мултиконфесионални и мултијезнички изглед кроз повратак на Космет неалбанских заједница.

11. У суседству ЕУ, у Швајцарској, постоји фрајбуршки Институт за изучавање федерализма /директор је проф. др Томас Флајнер/ који се проблемом федералног уређења држава бави обухватајући просторе целине света, и уз истицање и добрих и лоших /опасних/ страна тог система по опстанак државе. Стога је проблем сепаратизма међу врло помно изучаваним проблемом. Тако можемо сазнати за њихов став да је сваки сепаратизам погубан по државу ако се не уважавају други делови такве државе, а што је потврђено изазваним грађанским ратом на простору СФРЈ и другим негативним збивањима на целом Балкану, и не само на њему већ и у Европи и свету као целини (јачање мафија те пораст шверца, трговине људима, дрогом). Требало је да се, уместо једностраних сецесија, и уз поштовање позитивног права, изврши прилагођавање захтевима нове стварности: увођење вишестраначког одлучивања /парламентаризма/. Уместо да се тиме баве, Европска унија и ОУН су допустиле, делом преко својих чланова, и подстицале грађански рат тако да се не може рећи да није наговештавана, пре је заговарана, стравична драма грађанског рата у западном, претежно католичком делу земље, а потом и трорелигиозном средишном делу Југославије. Завршило се сецесионистичким побунама на Косову и Метохији. Од истих међународних чинилаца, су подстицале те и војнички подржаване побуне албанске мањине, а потом проглашењем постојања геноцида над побуњеницима, нашле ново запослење НАТО формацијама изван њиховог дотадашњег задатка: безбедност чланицама ако буду угрожене. Ово последње довело је до бомбардовања Југославије, догађаја који завређује нови Раселов суд међународног јавног мњења.

12. Већ описано белгијско искуство ми видимо као правно достигнуће које би се могло применити на наш регион Косово и Метохију под протекторатом ОУН /УНМИК, КФОР/. Убеђени смо да је најбоље да се за Космет примени ово правно решење проверено у европској пракси. Белгијско решење се намеће као најпогодније, јер је у духу децентрализације одлучивања и финансирања о питањима очувања самобитности више етникуса, а уз очување граница суверених држава какве су сада /европски устројене државе /Србија и Југославија / Србија и Црна Гора/. И са надлежностима које би имала Србија односно Србија и Црна Гора у истој мери у којој их познаје Белгија или која друга од држава ЕУ у којима постоје региони. Прилике на Космету су, у поређењу са трвењима међу етникусима у Белгији, много теже, нарочито имајући у виду НАТО бомбардовање, али баш због таквих околности је и уведен протекторат УН над овом покрајином. Ако се то апстрахује слика мултиетичности: постојање два већа и трећег, много мањег етникуса, даје добре изгледе да се белгијска уставна формула успешно примени на односе између српске, албанске и турске етничке групе.

13. Правно решење из измењеног белгијског устава, ако би било од стране Савета безбедности /уз подршку Савета Европе/ уведено за Космет одмах помогло би остваривању циљева из Резолуције 1244: повратку после тога Срба и остлих неалбанаца и тиме стварању мултиетничког Космета. Чекање да се остваре прво

стандарди је нереално, јер ће, док они буду постигнути, Космет остати без Срба, јер ће пола њих Албанци побити, будући да то чине упорно и свакодневно, а други део ће побећи. У ту сврху у расплет косметске драме поред УН, требало би да се одмах укључе и Савет Европе, и комунитарни органи ЕУ. Из тога би проистекла стварна помоћ Савета Европе, ОЕБС-а, и Европске уније УНМИК-у /Уједињеним нацијама/ у успешнијем враћању мира. Са правима свим етникусима која би успешно остварила решења из устава Белгије, с тим да се запрети привременим умањивањем ових права (санкцијама СБ) за оне етничке групе које се служе терористичким методама.

Постојање две веће /албанске и српске/ и треће много мање /турске/ косметске језичке заједнице дозвољава скоро слепо пресликавање белгијских уставних решења заштите равноправности њихових језика и култура кроз најширу локалну и регионалну самоуправу. Белгијска наведена решења, по нама, у потпуности одговарају приликама Космета скоро без икаквих модификација. примерена њиховом решавању. Помогло би то очувању мира у целом региону и немењањем граница држава са доста мањинског становништва у себи. Не би им претиле даље деобе. Белгија је остала суверена, даље недељена држава упркос насталих потешкоћа и трвења међу њеним етничким елементима под налетима захтева мондијализма. Апелујемо да ЕУ и ОУН, држећи се својих норми и планова на одржавању мира и ширењу ЕУ на исток, сачувају и Балкан од даљих цепања и подела који са собом носе претње новог ратовања.

14. Да сад подробније размотримо који би то били услови за примену белгијског решења. Први услов је да међународни чиниоци /велике силе/ не нагоне Србију да се дели на више региона; и не отимају јој Космет, а то из најмање два разлога. Први је што би то доводило до сепаратизма односно сепаратизма у редовима скоро свих мањина у Србији, али и свим суседним етнички мешовитим државама, дакле до новог балканског или и светског рата. Осим тога, подупирања тзв. самоопредељења народа насупрот начелу очувања држава /граница/, противи се потребама глобализма /мондијализма/ чији су САД најзаинтересованији заговорник. Други услов је да се међународни чиниоци, дакле, велике силе у органима и организацијама ОУН, органима ЕУ и Савета Европе, те контакт група за бившу /велику / Југославију и друга места доношења најважнијих одлука о Космету, прихвате благовремено и са много више труда, знања и залагања, остваривања циљева и садржаја Резолуције 1244 о Космету.

Закључне примедбе и предлози

15. Наша држава мора бити много активнија у учествовању у доношењу и анализама свих докумената насталих у вези са њом по усвајању резолуције 1244, како би могла поставити питање зашто се садржаји из Резолуције 1244 Савета безбедности и докумената насталих на основу ње нису прецизније временски опредељивали и, следствено томе, благовремено испуњавали. Будући да се испоставило да се они ни после пет година нису остварили, а за то време се смењивало

више челника цивилне мисије ОУН / УНМИК-а/ за Космет, мора се од стране наше државе поставити питање одговорности, и послодаваца /ОУН и других правних лица међународног права/, и одговорност самих запослених који су по том основу примали немале износе плата и других давања која су им следовала. Наша држава треба да покреће захтеве /тужбе/, и унутар ОУН, и пред Међународним судом у Хагу; захтеве за плаћање накнаде штете због неизвршења обавеза од стране наведених чинилаца. Ако је њихово испуњавање обавеза на Косову и Метохији било немогуће /због страха од терористичких дела ОВК/ требало је да се благовремено повуку са својих добро плаћених позиција; да изађу из те преузете обавезе уз указивање на стање, уместо што су челници УНМИК-а фалсификовали извештаје фингирајући напредак стања кога никад ни у најмањем обиму није било. Могли су да себи не дозволе да се не баве преузетим задацима и не испуњавају обавезе унутар својих радних односа. То су, у појединим случајевима, себи шприуштили и из личних /женили су се неки функционери за време својих мисија особама са подручја у питању/ или породичних разлога /на пр. развођења или потреба да, к себи доведу и запосле и читаву своју ужу породицу/, или због "искрсле" незаинтересованости или недовољне заинтересованости њихових матичних држава за њихов рад. Но несумњиво је да, објективно гледано, њихов задатак на Космету није био неостварив ни тежи од већ обављеног њиховог подухвата враћања на Космет Албанаца после престанка НАТО бомбардовања. Њихов нерад је имао подлогу у непостојању политичке воље моћних и у неуважавању ОУН од стране тих моћних, али и њих самих, што не умањује кривицу ОУН и запослених због неизвршавања обавеза у оквирима и за потребе УН старатељства на Космету Ради се, несумњиво, о неуважавању УН како од стране њених чланица /посебно САД/, тако и од стране запослених / у овом случају челника УНМИК-а/. О неуважавању обавеза ових последњих по основу уговора о раду са УН као послодавцем. Новац ОУН је трошен на висока примања много запослених унутар УН протектората на Космету, а старање је било без и најмањег испуњавања обавеза УНМИК-а у тој регији. А сваки челник УНМИК-а,осим великих примања и осталих права по уговору са УН као послодавцем, има и погодности да услед таквог именовања остварује све успешније своју каријеру и унутар властите државе и унутар УН и / или других субјеката међународног права. Нико, међутим, од њих, а ни ОУН као целина, не може се оглушити о своје обавезе будући да је реч о ОУН, правном лицу међународног права у улози протектора (старатеља) и мандатара / који дела за туђи рачун и доноси правне акте у име и за рачун своје чланице /Србије односно Југославије/, што подразумева редовно подношење извештаја о постигнутом.

16. Закључујемо да је основно питање које ми овде посебно подвлачимо, следствено томе, да ли су могли, правно гледано, тако да се понашају: да не ураде ништа, а да не морају да дају оставке, не демисионирају попут, на пр. њиховог колеге Немца, послератног градоначелника Мостара, Ханса Кошника који је то учинио када је увидео да неће успешно обавити добијен задатак:превазилажење у Мостару подељености града између Хрвата и Муслимана. Немачки порески обвезници не могу рећи да су њихове контрибуције ОУН, из којих се плаћао и његов рад, били улудо потрошени какав је случај са челницима УНМИК-а на

Косову и Метохији. Посебно претходно питање, за оно основно које постављамо, је ко осим односно за рачун Савета безбедности – доносиоца правног акта о старатељству – има улогу непосредног надзорног органа за оцену успешности њихове мисије /улогу попут органа надзора у држави по интерном праву/. Ко је контрола над свакодневним садржајима рада, оцене сразмерности плаћених цена са једне стране и извршених обавеза са друге, у светлу давања које чини ОУН и резултата услуга на које за узврат има право, у улози татора који је дужан да о своме старатељском раду редовно подноси рачун. Ничег сличног нема у понашањима УНМИК-а на Космету, ни у ставу ОУН у улози послодавца, са решењима у интерним правима држава, а неке аналогije би морало бити. Без тога се вређа, у крајњем случају, и сама демократија односно демократско одлучивање како унутар ОУН тако и она властитих земаља чији су држављани унутар УНМИК-а, нарочито његових челника – губернатора Космета, независно од тога што је у једном случају (рада унутар властите државе) вршење и контрола демократије непосреднија него када је у питању рад њених држављана унутар ОУН. (Овом приликом, посредном демократијом у односу на ОУН означавамо, и то само за потребе разматрања плаћања људског рада као предмета уговора са ОУН као послодавцем, стање у коме грађани – порески обвезници не могу непосредно, тј. путем избора и преко на њима изабраних посланика, да постављају питања расипничког или ненаменског трошења новца из буџета односно фондова УН, како то бива тј. директно, дакле, у својим државама).

Са разлога правне недоречености санкција и сложености идентификовања корисника уговорених радних задатака челника и осталих запослених у ОУН, и свих осталих унутар мисије на Космету /дилеме је ли корисник који процењује њихов рад само ОУН или и наша држава о чијем је региону реч/ мислимо да не треба правно узети да из уговора о раду у случају посленика УН: испуњење обавеза од посленика може да тражи само ОУН као послодавац. Ово имајући у виду све што смо рекли у првој, уводној тачки овог рада, те да, будући да је у питању старатељство као јавна ствар од интереса за све чланице, па и остале државе изван чланства ОУН, и да није ОУН крајњи корисник резултата испуњења обавезе која се састоји у /уговореној /промени стања у региону под протекторатом.! Старатељство је установљено у нашу, /као чланице ОУН/ корист; установљава се ради промене стања, довођења до излечења, побољшања пређашњег стања у датој држави, његовог оздрављења. У случају старатељства над Косметом ни органи ОУН, ни државе из којих потичу /Француска, Данска, Немачка, Финска / а ни наша држава у довољно агресивној мери примереној ужасном стању људских права неалбанаца на Космету/ нису се освртале на неуспехе челника и осталих припадника цивилне мисије на Косову и Метохији. О мисији КФОР-а и да не говоримо, јер тамо запослени држављани наведених и других европских држава раде баш шта хоће, а нарочито шта САД хоће и како и када то хоће. Стога мислимо да је на нашој држави инфамија због недовољно учињеног; да је њена обавеза и право да о томе покреће без престанка и предаха расправе на много места. Обавеза да указује на велике износе средстава којим УН финансирају старатељство над Косметом, и право да води спорове, јер је она носилац суверенитета и свеколиких интереса

заштите људских права својих држављана на Космету; држављана и неалбанаца и Албанаца сем уколико није реч о оним албанским држављанима који су заједно са КФОР-ом ушли на Космет јуна 1999.године. Јер је наша држава требало да буде корисник очекиваног брзог побољшања стања у својој регији, до чега уопште није дошло. И то како због неиспуњења обавеза посленика из уговора о раду са ОУН, тако и од стране ОУН која није вршила надзор над квалитетом и благовременошћу њиховог испуњења.Следствено томе, наша држава треба да се лати вођења спорова и са ОУН, и са њеним чланицама УН одакле су неефикасни челници и остали запослени УНМИК-а. И у односу не само на задатке УН, већ и у односу на неисистирање ОУН на испуњавању послова КФОР-а које су ОУН пренеле на ту НАТО структуру. Неизвесног исхода овог спора постоји, али нечињење никаквих корака има сигуран исход немењања стања на Космету и његовог безнадежност срљања у даље ратне балканске вихоре. То не смемо дозволити па прозивајмо /одмах за прошле пропусте и на време за евентуалне будуће/, и друге који су надлежни да онемогуће трошење буџета ОУН без рада, сношења ризика и свакодобног подношења рачуна о учињеном и неучињеном. Више је у свету малих и средњих држава него великих и највећих, па удружујмо се са осталима на време и на корист великог броја малих и држава средње величине, ако нас не чују они највећи.²⁷

17. Ми данас тежимо Европи чији смо географски и културни део.Европи, чији смо део са најтежим, како је Цвијић стално понављао, геополитичким положајем,²⁸ а кога можда можемо претворити у своју предност уместо да нам стално буде усуд. Морамо се борити за себе и своју државу; не седети скрштених руку. Борити се за поштовање нас као суверене државе уз и највеће напоре и жртве како би избегли судбину да нас сврстају у, како то рече донедазни генерални секретар НАТО, сер Робинсон, *failure state* тј. државе које НАТО не уважава, док му је врло, како је рекао сер Робинсон, стало до оних држава које јесу стварно суверене државе. Не смемо дозволити да се територијални интегритет, на који имамо право по слову Повеље ОУН, даље угрожава; да нам се поново догоди /непринципијелна/ одлука какву нам је приуштила Бадинтерова *ad hoc* комисија ЕУ²⁹ тј. да настају

²⁷ Глобализму, чини се не одговара наше постојање као довољно респектабилне европске државе /ако ми то још увек јесмо/, јер малим народима на раскршћима путева, је тешко одржати се и не упасти у ред држава које је донедазни челник НАТО пакта, сер Робертсон означио термином *failure state*. (Изјава дата новинарима пре сам крај мандата генералног секретара НАТО савеза).

²⁸ Јован Цвијић је,у, не мање тешка времена по Балкан,заговарао његово удруживање. (Види Цвијић, Ј., Сабрана дела, Београд, I коло, књ.3., 1987г, нарочито стр. 66 и 299).

О међународном праву, међународним односима и питању суверености се данас поново расправља са истим степеном идеологизованости међу заговорницима и противницима овог најновијег новог светског поретка; поретка уз постојање само једне светске велесиле.

²⁹ Француски адвокат Бадинтер, по позиву тадашњег председника Француске / и свога личног пријатеља/ ставља се на чело Комисије коју формира ЕУ и олако и пребрзо доноси закључке, не обраћајући пажњу да притом не поштује позитивно право СФРЈ. Исправља ли се отада понашање Европе у односу на Балкан. Шта сугерише Бадинтерова комисија и како одувек па до данас изгледа неутралност интелигенције и улога науке у друштву? У том смислу наводимо речи славног професора Правног факултета у Београду, Евгенија Спекторског, из приказа дела такође знаменитог, и у овом раду већ цитираног, тада бечког професора права, који ће после Првог светског рата отићи у Немачку, потом у Швајцарску и најзад у Америку. Дело које Спекторски приказује је "Reine Rechtslehre" Hans Kelsen,

мишљења попут њеног о држави распаднутој тек тако на своје унутардржавне подцелине, делове /републике/ и о границама тих делова које су проглашене за међународне границе. Мишљење које је неким чланицама ЕУ било потребно; послужило као изговор, јер су оне одмах а потом им се придружила и ЕУ, признале две западне федералне јединице СФРЈ, чији је претежни део становништва католичке конфесије, за независне државе. Желимо /и зато треба да се трудимо још више/ да будемо права суверена држава која испуњава обавезе као чланица УН; држава која ће нагнати и успешно помагати УНМИК-у у обнови пређашње мултиетичности на Космету уз повраћај, и на Космету, свог пуног суверенитета, те која ће напредовати попут осталих држава Балкана. Желимо такође да испунимо услове за чланство у савезима у којима су наши суседи. Али желимо /и захтевајмо упорно/ да будемо третирани по истим критеријумима по којима се то чини према осталим државама Балкана за све лоше и за све добро у вези са нама и њима. Завршимо овај рад цитирањем још једном оцене др. Томаса Флајнера, проф Универзитета у Фрајбуру, и директора фрајбуршког Института за федерализам, датим поводом одлуке Бадинтерове комисије да се СФРЈ сама од себе, дакле без испомоћи изнутра или споља, распала. Гдин Флајнер својој оцени у прилог, наводи и одлуку канадског Врховног суда о томе да се Квебек не може одцепити референдумом одржаним само у том делу државе већ у целој држави. Сматра. да Комисија ЕУ /Бадинтерова/ није требало, не водећи рачуна о процедури, да донесе одлуку /такорећи пресуду/ о томе да се Југославија распала. Одлуку која је изазвала толико несрећа за све стране. Раздвајања у федерацијама, по њему, могу да се прихватају само ако се то искаже квалификованом већином како оних који из федерације желе да изађу тако и оних других у њој. У том новом духу ЕУ данас "брани" Црној Гори да једнострано, и са релативном већином референдума само у њој одржаним напусти нашу федерацију /названу државном заједницом /, очито поучена својом грешком у односу на СФРЈ. /Бојећи се нових грађанских ратова и избегличких таласа чини то на доста груб начин: мешањем у унутрашње ствари једне суверене државе која, уз то, није њена чланица/. Стога није чудно што је гдин Флајнер, прошле године у ово време, препоручио да се никако не поводимо за ставом Бадинтерове комисије о

1934.. Реч је о делу тада најпознатијег теоретичара формалноправне методе који је своје становиште назвао нормативизмом. Цитирамо део из приказа Спекторског у "Оцене и прикази", "Архив за правне и друштвене науке", Београд, 1936.год. стр. 195-198. Ево шта је Спекторски констатовао том приликом."Келзенова је теорија / је/правни опортунизам за који и француска демократија и фашизам и национални социјализам и болшевизам потпуно и подједнако су оправдани само зато јер постоје. Келзен је, тако, покренуо питање да ли све пранорме посебних држава својим редом нису подчињене међународном прав". Разматрајући Келзенову "Државу и међународно право" и девети одељак Келзенове "Reine Rechtslehre" Спекторски констатује да се Келзен "много одлучније него у својим пређашњим делима придружује доктрини о примату међународног права као пранорме за све постојеће правне поретке. По Келзену, држава је "орган" међународне заједнице (152). Заборављајући, примећује Спекторски, на своју намеру да из "чисте теорије"избаци све што подсећа на ма какву политичку идеологију, писац изричито изјављује да се тежња таквог схватања састоји у томе да се држава релативише као "правни међуступањ" да се "у теорији уништи догмат суверености, овај основни алат империјалистичке идеологије која је уперена против међународног права" (153)". Што се питања објективности и неисполитизованости науке и научника тиче, овај критички приказ Спекторског чини се да је написан колико јуче.

распадима држава из чиста мира. Рекао је, притом, о раду Бадинтерове комисије дословце следеће: "... гледајући последице те одлуке с којима се свако суочио приликом распада Југославије, морамо да кажемо да се не могу прихватити препоруке које су узроковале тако насилне последице у целој Југославији".³⁰

*Marija Vučković, Ph.D., Full Professor Emeritus
Faculty of Law in Novi Sad*

The UN Protectorate Region (Kosovo and Metohija: OUN Protectorate)

Abstract

This article analyzes UN Security Council Resolution which establishes protectorate over the region in Serbia (Serbia and Montenegro), namely Kosovo and Metohija. This article is focused on the problem of non-performance of obligations stemming from this trusteeship/protectorate regime and the lack of responsibility system. This article is divided into few sections. Introduction gives definition of trusteeship arrangements. Afterwards, the article deals with relationship between international and national law. A part of this article is devoted to the EU and its regions, including the overview of the Belgium constitutional reforms of 1994, in order to offer some solutions for attaining multiethnicity in Kosovo and Metohija as required by the UN SC Resolution 1244. The focus is on difficulties of international law enforcement, inefficient and inadequate compliance with trusteeship obligations, and legal issues arising from trusteeship goals and position of employees of the UN.

³⁰ Лист "Данас", Београд, субота-недеља, 23-24 фебруар 2002., стр.IX).

*Др Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

РЕФОРМЕ, ХАРМОНИЗАЦИЈА И РЕКОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКИХ ЗАКОНИКА У ОБЛАСТИ ДЕЛИКТНОГ ПРАВА

Сажетак: У раду се разматрају хармонизација правила вануговоне (деликтне одговорности) у светлу европске доктрине и судске праксе. Указује се на иницијативе за кодификацију основних начела европског деликтног права, као и на нову и повећану улогу упоредног права у области истраживања заједничких европских правила, као и конвергентних и дивергентних елемената основних института унутрашњег деликтног права. Улога колизионог међународног приватног права се задржава на пољу хармонизацијом необухваћених дивергенција унутрашњих правила деликтног права различитих правних система

Кључне речи: Хармонизација уговорне и вануговоне одговорности, кодификација начела европског деликтног права, доктрина европског деликтног права

- Основне тенденције -

I

**– Хармонизација путем доктрине и праксе - Нова улога
компаративног грађанског права – Иницијативе у погледу европске
кодификације деликтног права**

Грађанско деликтно право (вануговона одговорност), као и уговорна одговорност су у савременом европском праву домени не само хармонизације, већ су и могућа област заједничке (европске, супранациоанлане) кодификације. Доктринаре, односно званичне иницијативе у правцу кодификације су дате било у виду партикуларног кодекса предвиђеног само за деликтно право, било у у виду да се деликтно право инкорпорише у састав целовитог кодекса европског приватног права. Наравно, у погледу основних начела, односно, конвергентних института.¹ Европска доктрина о деликтном праву, на челу са Christianom Bar-om² и Irenom Klauer³, сматра да је деликтна одговорност, обзиром на високу конвергенцију унутрашњих права, могући домен заједничке кодификације. Истина, пре свега у начелима. Домен заједничког, у грађанском деликтном праву, директно не дира у национална законодавства, будући, да се начела изводе из конвергентних принципа унутрашњег права, важећих унутрашњих грађанских кодекса. У том погледу се деликтно право (као и принципи контрактуралног, уговорног права) разликује од породичног права, пошто је потоње готово у целини домен националног законодавства, због посебности, утицаја обичајног права. Постоје схватања да је због заједничког тржишта, слободног кретања капитала и рада, потребно одмах приступити кодификацији целовитог грађанског права (Jürgen Basedow)⁴, тиме и

¹ Међународни Институт за уједначење приватног права (UNIDROIT) је најпре израдио по један модел - закон за област приватног и за област трговинског контрактуралног права, који обухватају основна начела. (В. нпр. Bánrévi Gábor, A nemzetközi gazdasági kapcsolatok joga, 3. kiadás, PPKE JÁK, Budapest, 2003, str. 23-27). Европски парламент је донео закључак (2001. г.) којим позива Европски Савет да започне послове на изради Европске Кодификације Приватног права. В. Prof. Dr. Hein Kötz, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, Perspektiven eines gemeineuropäischen Zivilrechtes-Kodifizierung eines europäischen Zivilrechtes, Jursiten Zeitung, Nr. 6/ (März) /2002, str. 257,259-260; J. Basedow, Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid, Eur. Rev. Of Private Law, 2001, str. 35.V. Prof. Dr. Vékás Lajos (urednik), Az európai közösségi elemek a magyar magán- és kereskedelmi jogban, - Заједнички елементи у мађарском приватном и трговачком праву, KJK-KERSZÖV, Jogi és Üzleti Kiadó, Budapest, 2001, str. 29. В. i: Giannantonio Benacchio, Az Európai Közösség magánjoga (Приватно право Европске Заједнице), Polgári jog, kereskedelmi jog (Грађанско право. Трговачко право) – превод на мађарски: Prof. Dr. Földi András, и Dr. Csizmadia Norbert - Osiris Kiadó, Budapest, 2003, str.21.-27.

² Bar, Christian, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, I том: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesmatrechtsordnungen, München, C.H. Beck, Ius commune Europeum, 1996, II. том: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Berteidigungsgründen, C.H. Beck, München, 1999.

³ Irene Klauer, Europäisierung des Privatrechtes, Nomos Verlagsgesellschaft, I. Auflage, Baden-Baden, 1998.

⁴ Jürgen Basedow, Codification of Privat law in teh European Union:The Making of a Hybrid, Eur. Rev. Private Law, 201, str.35.

деликтног права. Поготово што интензивирање промета доводи и до контрактуралних и вануговорних штета за чију ефикасну накнаду нису више довољна само унутрашња правна правила, односно правила колизионог права. Постоје и противници, који сматрају да досадашња искуства о заједничким кодификацијама, на плану контрактуралног права и контрактуралне одговорности указују на недостатке заједничких кодекса који се састоје у томе да садрже пуке генералне клаузуле које мало доприносе циљу који је постављен: тј. стварању система конзистентних норми који би на целом европском простору нудио заједничке и поуздане регулативе. Заједничким кодификацијама и њиховој начелности често приговарају енглески теоретичари, иако је евидентно да је иначе енглеско право склоно генералним клаузулама. Управо такве примедбе износи Basedow. У *Principles of European Contract Law* је управо реч о споју генералних клаузула. У чл. 201 ст. 1 (слично §-у 242. BGB-a) се предвиђа, да уговорне стране "must act in accordance with good faith and fair dealing" - поштују сагласност у складу са добрим обичајима и савесности, а штета се мора надокнадити, ако је једна страна поступила "contrary to good faith and fair dealing", тј. противно савесности и поштења. Немачки аутори (који су иначе склони прецизном и детаљном регулисању) напротив, немају ништа против оваквих генералних клаузула.⁵

II

Подручја конвергенције и дивергенције института унутрашњег деликтног права

Током XIX., и почетком XX. века доношењем грађанских кодекса /Code civil 1804- fr., AOGZ (аустр.), 1811, BGB (нем.), 1896/1900, OR, 1912 (Шв.) Codice civile, 1942 (ит.)/, дошло је до раздвајања кривичне и грађанске одговорности, које у каснофеудалним кодексима још нису сасвим диференциране. Основа разликовања се створила начином инкриминације: кривична одговорност се прописује методом специјалне инкриминације, минуциозним прописивањем дела и санкција, за разлику од грађанске инкриминације која је општа, заснована на општеважећем начелу забране противправног проузроковања штете другом. Из разлике у инкриминацији проистиче и различито схватање о појму противправности и кривици. Противправност у материји кривичне одговорности је фундаментални разлог у заштити поретка, где наравно спада и заштита имовинског и телесног интегритета. Грађанскоправна инкриминација је заснована на заштити приватног интереса, такође лица и имовине, али са становишта нагласка на санкције ради успостављања деликтом нарушених приватних интереса. Грађанско правна одговорност се отада заснива на првенству реститутивног принципа, уз примену осталих принципа, као што је превенција, а кривично право задржава као основно полазиште начело о казни, са применом идеје превенције и преваспитања.

⁵ Упор. Prof. Dr. Hein Kötz, Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung, Juristen Zeitung, 6/2002, März 2002, стр. 261.

Грађанскоправна санкција не може да задира, по цивилистичком схватању у личност, личну слободу, за разлику од кривичног права, које основну санкцију задржава у виду лишења слободе.

Генерална конвергенција (подударност) унутрашњих кодификација (следствено римскоправним основама института, као и разним спонтаним узајамним рецепцијама између самих кодификација XIX. и XX. века) се запажа у области услова и врсте грађанскоправне одговорности, основа одговорности, врсте штете, облика и мере накнаде штете. У свим унутрашњим системима грађанског права се констатује, да постоје општи и заједнички услови грађанске одговорности. То су: проузроковање штете (умањење туђе имовине, повреда физичког или психичког интегритета), проптивправност и узрочност. Ови услови су заједнички и за субјективну и за објективну одговорност. Посебни услови су такође конвергентни и везани су за субјективну одговорност. Поред општих услова, у материји субјективне одговорности, потребна је и кривица.

Иако су услови грађанске деликтне одговорности институционално идентични, постоје и разлике у појединим кодификацијама. Те разлике се одражавају и на *врсте одговорности*. Француски Code civil (1804) до данас није одустао од *субјективне* одговорности. Немачки BGB (1894/1900) пак поред субјективне, познаје и *објективну* одговорност. Истина, француска судска пракса, екстензивном интерпретацијом одредбе о деловању ствари прихвата објективну одговорност. У случају да деликт није проузрокован људском радњом, већ деловањем ствари, посебно опасне ствари (нпр. деловање животиње, рушење зграде, сл.) без директног учешћа људске делатности (*quasi-délits*)⁶ већ у другој половини XIX века уводи се објективна одговорност. На тај начин, без текстуелне измене Code civila, и у француском праву је призната објективна одговорност. Конвергенција настаје не само подударношћу текста закона, већ и путем *еволуције судске праксе*. Судска пракса је дакле део хармонизације. Немачко партикурано законодавство, нарочито Закон о железницама, већ у 30.-им годинама, са доцнијим изменама у 70-им годинама, уводи објективну одговорност, тако да је BGB, који *expressis verbis* уводи објективну одговорност, за штете од опасних ствари и делатности, већ имао своју подлогу у ранијим законским прописима.⁷

Синтези доприноси и сама *доктрина*, путем изградње заједничких појмова и откривања заједничких елемената истоимених института, али у новије време и *европско законодавство*. У европској *доктрини* је то најпре учињено у

⁶ Code civil, Titre IB, Chapitre II, Des délits et des quasi-délits, art. 1384: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.” – Не одговара се за штету насталу простим деловањем ствари по себи, али настаје одговорност за њих од стране оних који за њих брину. Code civil, art. 1386: „Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.” – Власник одговара за штету проузроковану од рушеvine која је настала услед неодржавања или од недостатака у конструкцији.

⁷ В. Е. А. Крамер, *das Prinzip der objektiven Zurechnung im Delikts- und Vertragsrecht*, AcP, 171, 1971, s. 422; В. Вилбург, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung in Schadenersatzrecht*, Festschrift Richard Honig, Göttingen, 1970, str. 79; Deutsch, *Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht*, Festschrift Richard Honig, Göttingen, 1970, str. 33.

осамдесетим годинама путевима *упоредног* европског грађанског права (нпр. у радовима Konrada Zweigerta⁸). Крајем XX. века, почев од прве половине 90-их година (Maastricht, 1992) на помолу је и заједничка (наднационална) *доктрина европског деликтног права* (H. Kötz⁹, Christian Bar), чија је позитивноправна основа у створеним парцијалним прописима (Смернице и Упутстава) Европског Парламента и Савета који се односе на уговорно и вануговорно деликтно право, посебно у области заштите потрошача¹⁰, осигурања имовине и лица, заштите животне средине.

Иако је идеја о заштити личности обуваћена правилима одштетноправне одговорности, *накнада материјалне и нематеријалне штете* су дуго били одвојено посматрани, због посебности, како због последица деликта тако и у погледу врсте штете, критеријума одмеравања накнаде, односно обештећења. Еволуција законодавства је показала да грађанскоправна инкриминација једнако и једнаковредно треба да штити како личност тако и имовину. Сама инкриминација, или начин предвиђања противправности¹¹, дакле треба да буде заједничка и за материјалну и за нематеријалну штету, ондосно да обухвата забрану проузроковања повреде како туђег имовинског, тако и личног (физичког и психичког) интегритета, здравља, односно личних неимовинских права.¹² Посебно је спорна повреда туђег интереса који се налази на средини два појма, ондосно и једног и другог. По немачком и аустријском праву (ABGB, BGB) штета је сваки негативни уштрб који се може изразити у новцу.¹³ Но ипак је остало спорно да ли је

⁸ K. Zweigert- H.-J. Puttfarcken, Rechtsvergleichung, 1978., K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, Rebers Zeitschrift für internationales Privatrecht, 15 (1949/50), s. 5.

⁹ Hein Kötz, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in Festschrift für Konrad Zweigert, 1981. str. 481.

¹⁰ EG Richtlinien über missbrauchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, 1993. Овај начелни пропис ЕУ забрањује у области потрошачких уговора одредбе којима се могу злоупотребити, заобићи законом гарантована права потрошача. В. нпр. Günter Weick, Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik, Juristen Zeitung, 9/2002, str.443.

¹¹ Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, str.76; Nipperdey, neue Juristische Wochenschrift, 57, 1777. Разликује с објективан и субјективна противправност, на коју разлику је указао још Јеринг (Ihering). Повреде сагласне праву не доводе до одговорности (нпр. учињене у крајњој нужди), док субјективна противправност напротив, доводи до одговорности. (В. Јауерниг, id dr., BGB, Kommentar, C.H. Beck, München, 1979, 1997, str. 863).

¹² По одредби §.-а 1293 AOGZ: „Штета је сваки губитак (уштрб), који се некеме проузрокује у његовој имовини, правима или личности. Од тога се има разликовати изгубљена добит коју би неко по редовном току ствари онсовано очекивао.“ По §.-у 1294 AOGZ (извори штете): „Штета настаје или из противправне радње или пропуштања другог; или на основу случаја. (В. Kodex des Österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht, Wien, Orac, 1990, ABGB, str. 104.)

¹³ В. Dr. Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Dritte neubearbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, str. 21. Литварски, Neuere Entwicklungen zum Schadensbegriff unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des BGH, Rechtstheorie, 1984, s. 171. Mertens, der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, 1967. (Заступа становиште о тзв. природној штети, тј. да је штета и онај уштрб, који се не може исказати у новчаној вредности). F. Mommsen, Die Lehre von dem Interesse, 1855. Helmut Koziol, zum Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, ZfRv, 1969, str.22. (Koziol заступа становиште о нормативном појму штете). Постоје различите новије теорије о штети, нпр. економско схватање које штетом сматра само онај губитак који се може исказати у умањењу имовине. (Helmut Koziol, österreichisches Haftpflichtrecht, I. Wien, Manz, 1997, str.25). Наравно, разликују се примарна, непосредна штета,

могућ општи појам штете, тј. да ли појам штете обухвата поред имовинске и неимовинску штету. Другим речима, остало је спорно, да ли се штета може интегрисати у један јединствени појам, имајући у виду да неимовинска штета настаје повредом личности, личних права, моралног или телесног интегритета личности, а материјална штета је повреда, умањење туђе имовине. Проблем накнаде се код материјалне штете у принципу не поставља, основни циљ је повраћај нарушене имовинске равнотеже, а облици накнаде се испољавају у повраћају у пређашње стање путем тзв. натуралне накнаде (поправка ствари замена ствари), или новчане накнаде (мерене према тржишној вредности уништене или оштећене ствари у време доношења одлуке). При томе постоје разлике у законодавствима у погледу мере накнаде. Већина полази од принципа потпуности накнаде, што значи да накнада увек подразумева обавезу исплате и просте штете (*damnum emergens*) и изгубљену добит (*lucrum cessans*). Ипак има изузетака, одступања, као што је случај са важећим, у том погледу неизмењеним текстом Аустријског општег грађанског законика (OAGZ, 1811). У случају намерне кривице се примењује принцип потпуности накнаде, али у случају нехата штетника, оштећеник има право само на просту штету. Разлике у појединим грађанским законима се показују на плану неимовинске штете. Док се по једном методу неимовинска штета прописује на општи начин, у смислу повреде физичког или психичког интегритета, у виду физичког, психичког бола и страха, уз извесну операционализацију типичних или специфичних случајева, дотле други, избегавају опште одређење, наводећи само типичан круг случајева. Нпр. немачки BGB наводи повреду личности, телесног интегритета, и здравља.¹⁴ Иако су по свим законима данас признати облици новчане накнаде и извесни облици неновчане сатисфакције, заправо није једнак приступ према накнади неимовинске штете. Немачки BGB и теорија говоре о новчаној сатисфакцији, уместо накнаде штете, наглашавајући тим изразом сврху којој та накнада треба да служи. Новчана накнада дакле, у стварности и није накнада, већ сатисфакција, болнина на коју оштећени има право, уместо накнаде, која и најчешће није могућа, због стварне инкомпензацибилности највећег броја неимовинске штете. Француско схватање је ближе појму накнаде, јер је новац компензација за доммаге морал (моралну штету). То разликовање је од значаја за утврђивање висине новчане сатисфакције. Немачко схватање је ближе субјективном критеријуму, тј. томе да се накнада одмерава према значају који

последична штета или накнадно наступела штета из истог почетног узрока. (Koziol, *Haftpflichtrecht*, Wien, 1997, op. cit., стр. 18.). Дискусија се води око тога да ли је рођење нежељеног детета правно штета у смислу да се мајци призна право на накнаду издржавања од произвођача мањкавих средстава за заштиту од трудноће. (Koziol, *Haftpflichtrecht*, Wien, 1997, op. cit., стр. 29).

¹⁴ Према §-у 823. st. 1. немачког BGB-а „ко намерно или из нехата противправно повреди нечији живот, тело, здравље, слободу, својну или слично право, дужан је другоме да тако прузроковану штету надокнади.“ По ст. 2 истог члана „ова обавеза настаје и за онога који повреди законе који штите друге циљеве.“ Видан је покушај, да се имовинска и неимовинска штета дефинише јединствено, али и диференцирано, путем врсте повређених добара, али у сваком случају путем јединствене обавезе накнаде, у виду новчане накнаде односно, новчане сатисфакције (B. Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, *Bollkommer, BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, mit Erläuterungen*, C.H. Beck, München, 1979, 1997 стр. 822-823.).

повређено неимовинско добро има за оштећеног, по његовом схватању. Према француском схватању, новчана накнада за неимовинску штету се приближава објективном схватању: тј. утврђује се који је значај повређеног нематеријалног добра према општем мишљењу, односно процењено у међусобном поређењу значаја разних облика неимовинске штете. (Нпр., није исти значај увреде и умањења опште животне способности). Објективни критериј цењен кроз значај повређеног добра допуњава се и допунским критеријумима интензитета и трајања, посебно код физичког бола и страха.

Заједнички су и појмови *одговорности за своје и туђе радње*.¹⁵ Правило је да се одговара за сопствене радње. Али је било неопходно да се одговара, изузетно, за туђе радње, као што је одговорност родитеља и старатеља за радње деликтно апсолутно неспособне деце, или деликтно неспособних лица, одговорност васпитно образовних установа за деликтне радње деце док се налазе код њих на чувању и васпитању, одговорност предузећа за штете проузроковане радом радника или органа трећим лицима, одговорност државе или државних органа за штете проузроковане незаконитим радом или злоупотребом службене дужности, одговорност државе за неосновано лишење слободе неправилном судском пресудом, контрактуални пренос одговорности путем осигурања од одговорности.

Постоје и заједничка правила о подели одговорности према општим правилима и тзв *посебни случајеви одговорности* за штету (будући да код посебних случајева од факта зависи који ће се облик одговорности применити, да ли објективна или субјективна, контрактуална или деликтна). Бројни су посебни случајеви, као што су оговорност за штете у спорту, штете од дивљих и домаћих животиња, штете настале од грађевина рушењем или падом материјала, твз. штете и професионалних делатности, нпр. одговорност медицинских установа лекара и особља штете у поступку лечења болести, штете због повреде трговинских обичја, штете поводом гаранција за исправно функционисање техничких производа, уопште штете у области заштите потрошача, штете од терористичких аката, атомске штете, еколошке штете, и др. Карактеристике законодавства у области посебних случајева грађанске одговорности су у томе што се ове области по правилу регулишу регулисању посебним законима. Разлог је у томе, што се сматра да је овај домен у развоју, подрвгнут променама. Има и настојања, да се бар у основним елементима посебни случајеви одговорности инкорпоришу у грађански законик¹⁶.

¹⁵ В. нпр. § 1313 AOGZ: Не одговара, у принципу за противправну радњу других онај који својом радњом није допринео, осим у законом одређеним случајевима. (Kodex des Bürgerlichen Rechtes, ABGB, Огас, Wien, 1990. стр.105.).

¹⁶ Нпр. у рекодификационим основима за Нови Мађарски Грађански законик, редакција од 2001(I), и 2002(II). године, Будимпешта, припремио академик prof. dr. Békás Lajos, претседник Комисије за рекодификацију MGZ, основане одлуком Владе 1998. године. В. ближе и ауторов рад: József Szalma, Rekodifikation des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1959 (begonnen im Jahre 1998), Анали правног факултета у Будимпешти, са радовима на страним језицима – Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLI-XLII, 200-2001, стр.54-80; као и у књизи: Kodifikáció, Tanulmányok (kodifikacija, Studije), Szalma József, A polgári jog kodifikációjának általános módszerei – О општим методама кодификације грађанског права, Правни факултет у Будимпешти, Budapest, ELTE ÁJK, 2002, стр. 40-69.

Однос имеђу *контрактуалне и деликтне одговорности* је различито постављен у англосаксонском и континенталном праву.. По англосаксонском праву ове две области су у потпуности одвојене, остварују се по засебним правилима. За разлику од тога, у земљама континенталног европског права, контрактна и деликтна одговорност нису строго одвојена, имају заједничка правила.¹⁷ Однос је решен тако, да се на контрактну одговорност примењују правила деликтног права, ако за уговорну одговорност није прописано што друго и специјално. Додуше, бројна су специјална правила преко којих се уговорна одговорност релативно ипак одваја. У материји уговорне одговорности противправност се испитује према обавезама предвиђеним у уговору. Осим тога, искристализовало се правило да уговорна одговорност наступа повредом уговорне обавезе, односно самим неизвршењем, неблаговременим извршењем или делимичним извршењем, ако је у уговору предвиђено целовито извршење, - и то независно од тога да ли је повредом уговора наступила нека штета на страни савесног уговорника.¹⁸ Уведено је и правило о апстрактној штети, о негативном и позитивном уговорном интересу, а пеналима, а дуго се примењује и правило о уговорној казни. У материји деликтне одговорности нема одговорности, ако није дошло до штете (осим код еколошких штета, тј. опасности од штете за неодређени круг лица путем земљишних, ваздушних или водних имисија). У материји контрактна одговорности се примењује правило о *презумираној кривици*. Сматра се да онај који је повредио уговор, је уједно, и самим тим, и крив, сноси кривицу за штету која је настала након повреде уговора. У принципу, највећи број законодавстава (нпр. француско право) полази у материји деликтне одговорности од доказане кривице, при чему терет доказивања сноси оштећени, тужилац у паници ради накнаде штете. Има и закона (нпр. наш ЗОО) који и код материје деликтне одговорности презумирају кривицу: сматра се да онај који је својом радњом проузроковао штету, уједно и крив, с тим да се ова претпоставка може оборити. *Терет доказивања* о непостојању кривице сноси штетник. Контрактуално искључење или ограничење одговорности је карактеристично за уговорну одговорност, али се допушта и у материји деликтне одговорности, осим у случају телесног оштећења или оштећења здравља, или проузроковања смрти.¹⁹

¹⁷ Поводом првог Новог Нацрта MGZ (2002) посвећеног деликтног прва, који је израдио Prof. Dr. Lábady Tamás, професор Правног факултета у Печују, на међународном саветовању у Мишколцу одржаном у јулу 2003. године (уз истакнуте професоре са правних факултета из Будимпеште, Сегедина, Печуја, са учешћем новосадских професора цивилног права – проф. Др. Јожеф Салма, проф. Др. Душан Николић, проф. Др. Магдолна Сич, доц. Др. Раденка Цветић као и професора цивилног права из Словачке ПФ Košice-Kassa) су истакнуте примедбе, и од стране домаћих аутора, да се у нацрту (нпр. prof. Dr. Bíró György, Prof. Dr. Miskolczy Bodnár Péter, Miskolc) строго одваја деликтна од контрактна одговорности, за разлику од важећег текста MGZ, који прихвата уобичајену примену правила деликтног права у случају да закон не пропише што друго за контрактну одговорност. У том смислу је важећи текст подржан.

¹⁸ B. Leontin-Jean Constantinesco, Inexécution et faute contractuelles en droit comparé, droit Française, Allemand, Anglaise, Kohlhammer Verlag, Stuttgart-Libairie encyclopedique, Bruxelles, 1960.

¹⁹ В. ближе а конвергентним и дивергентним схватањима улоге кривице по појединим кодификацијама и у доктрини европских земаља, рад аутора, Szalma József, Alanyi és tárgyi felelősség (Subjektívna i objektívna odgovornost), Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum

Кривица (Schuld, Vorwerfbarkeit, нем.; faute imputabilité, фр.) је у грађанском праву еволуирала. У почетку, током прве половине XIX. века у европској доктрини је схваћена на готово иднетичан начин као у кривичном праву, субјективно, као свестан однос учиниоца према деликтној радњи и последицама. Сагласно томе је настало и степеновање кривице на намеру и нехат²⁰, са различитим мерама одговорности по појединим степенима кривице²¹, тек се за намеру одговарало за целину штете. Тако, према AOGZ-у, за намерну штету учинилац, деликвент, одговара по начелу о потпуној одговорности, тј. одговара и за просту штету и за изгубљену добит. У случају нехата, штетник одговара само за просту штету.²² У том праву се прихвата пенални, уместо реститутивног система, система потпуности накнаде, јер је степен кривице штетника меродаван за висину одмеравања накнаде. Закон пре брине о "казни учиниоца" коју одмерава према степену његове кривице – тако што онај "ко је више крив", одговара за већу штету, – него о обештећењу оштећеног. Принцип потпуности накнаде штет је прихваћен у Швајцарском Закону о облигацијама (OR, 1912). Он значи да штетник одговара за сву штету и онда ако је штета проузрокована немаром. Тај став се образлаже, тиме, да је деликтно приватно право установљено не за кажњавање штетника, већ за заштиту оштећеникове имовине и личности уз његово пуно право на потпуно обештећење. Законодавстава (кодификација европских земаља) настала на прелазу између XIX. и XX века (напр. Швајцарски Закон о облигационим односима, 1911, немачки BGB, 1900) објективизирају кривицу.²³ Доктрина настала по њиховим правилима, сматра да

Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, tomus XXXVIII-XXXIX (ann.2001-2002), str. 21-67 – Анали Правног факултета у Будимпешти у којима се радови објављују на мађарском језику са резимеима на енглеском, француском и немачком језику, József Szalma, professeur à l'Université de Novi Sad, - Sur la responsabilité subjective et objective, - Aspects de la culpabilité avec une attention particulière à les dispositions réelles du Code civil hongrois et à leur recodification, ibid, str. 67.

²⁰ R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, en droit Française - civil, administratif, professionnel, procedural Paris, 1951, tom I., str. 211-225. Разликује се 1. кривица без намеpe (faute involontaire), 2. немар, површноост и незнање; заблуда (l'ignorance et l'erreur), 3. непажња (l'inattention), као и dolus, намеpa (op. cit., str. 216-220).

²¹ По §-у 1294. OAGZ, друга реченица, „Противправно проузроковање штете може да настане намерно или ненамерно. Намерно проузроковање штете се дели на злу намеру, када је штетник штету проузроковао са свешћу и хтењем; или се штета може проузроковати пропуштањем –немаром, недостајањем дужне пажње. Оба случаја се називају кривицом.“ А по ст. 1. §-а 1995., свако је овлашћен да од другог тражи накнаду штете која је проузрокована кривицом штетника. Наканда штете се може тражити и у случају повреде уговорне обавезе, или независно од постојања уговра. По ст. 2. овог параграфа одштета се може тражити и у случају ако настане услед намерне повреде добрих обичаја. По §-у 1296. у случају сумње, вреди претпоставка да је штета проузрокована без кривице. (B. Kodex des Bürgerliches Rechtes, Orac, Wien, 1998, Bearb.: Franz Mohr, str.138.)

²² B. § 1324. AOGZ, према коме: „In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens; ist der Beschädigte voller Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt.“ То јест.: Уколико је штета проузрокована злом намером или упадљивом непажњом, оштећени има право на потпуно обештећење, у осталим случајевима има само право на наканду просте штете. (B. Kodex des Bürgerliches Rechtes, Orac, Wien, 1998, Bearb.: Franz Mohr, str. 142.)

²³ В. нпр. Dr. Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 1980, str. 174. По швајцарском схватању објективизирање кривице се везује само за нехат. Суд овде теба да установи само

је кривица одступање од очекиваног понашања у датој ситуацији. Развили су се и стандарди кривице – пажња доброг домаћина у обичним свакодневним односима, пажња доброг привредника код трговачких односа, и пажња доброг стручњака код професионалних односа. Кривица се утврђује на основу поређења понашања у конкретном случају и ових правних стандарда, при чему одступање значи постојање кривице, независно од тога да ли је штетник хтео радњу и последицу или не. Кривица оштећеника или трећег лица утиче на поделу одговорности. У хипотези објективне дефиниције која не испитује субјективан однос учиниоца према делу и последицама, значај степеновања кривице се релативизира, јер се за штету одговара потпуно (тј, и за стварну штету и за изгубљену добит) и поводом најмањег степена кривица за коју се у грађанском праву може неко позвати на одговорност, тј, и у случају нехата. У систему објективизираних кривице значај степеновања кривице се задржава у области регресних права (нпр код регресних парница осигуравајућих друштава вођених према штетнику који је саобраћајни удес изазвао намерно, крајњом непажњом или под утицајем алкохола или опојних средстава), као и код поделе одговорности, ако је по среди кривица самог оштећеног или трећег лица.

Сматра се да су заједничка правила и о условима искључења одговорности, односно противправности, као што су виша сила и случај, нужна одбрана, крајња нужда, само изузетно, допуштена самопомоћ.

Данашње важеће кодификације европских земаља признају, у области деликтне инкриминације (начина прописивања противправности) тзв. опште инкриминационо начело. Тиме се грађанскоправна деликтна инкриминација битно разликује од метода кривичноправне инкриминације, која је у упоредном праву, на основу примене начела нуллум цримен, увек специјална. Смисао заједничке формуле општег, грађанскоправног инкриминационог правила је у следећем: свако је дужан да се уздржи од понашања којим чини штету другоме. -У противном, штетник је дужан да накнади насталу штету. Приликом кодификације немачког BGB се одустало од идеје, да се попут кривичног законодавства, сваки деликт посебно пропише. Разлог за то је био у разлици између заштитних циљева. Установљено је да кривична инкриминација има за циљ заштиту општих интереса, за разлику о грађанског права, које штити приватне, индивидуалне интересе. Разлог опште инкриминације у домену грађанског деликтног права био је и у различитим санкцијама, које проистичу из разлике у заштитним циљевима. Кривично право повреду општих интереса санкционише лишењем слободе, задирањем у основна лична права. Тиме се изражава идеја о казни, о превенцији и преваспитању. Грађанскоправна санкција има за основни циљ да се успостави пређашње стање, пре свега у деликтом нарушеној имовинској равнотежи, односно путем пружања сатисфакције у случају деликта којим је повређен физички и психички интегритет личности, значи да компензира повреду индивидуалних, приватних интереса. Приоритет има натурална накнада, када је она могућа, али и право на избор чак

то, да је код штетника недостајала према ситуацији захтевана мера пажње, а не и субјективно хтење радње и последице. (Guhl, *ibid*, *op. cit.*, str.175).

иако је могућа натурална ретитуција, и то у виду новчане накнаде. Избор се тада препушта оштећеном.

Узрочност као услов одговорности се сматра такође институцијом заједничког права, која је изграђена у доктрини друге половине XIX. и током XX. века. За штету одговара онај чијом је радњом она проузрокована. Узрок се по теорији услова сматра свака радња или пропуст који је неопходан да наступи штета, али се правно сматра да се има узимати у обзир непосредан, ближи, адекватан или доминантан узрок. Узрок има и функцију услова одговорности (без њега нема одговорности) и указивања на одговорно лице.²⁴ У случају конкуренције или кумулације услова редукује се одговорност, од више конкурената за одговорност, на један од њих. Тада наима, у условима конкуренције више носилаца деликтне радње неће сваки од њих одговарати, већ само онај чија је радња доминантна. Применом теорије о кумулацији услова врши се подела одговорности између више носилаца радње од који је свака несумњиво допринела штети, а подела се врши сразмерно уделу у проузроковању или сразмерно кривици. Постоје и теоријски ставови по којима би се у случају више учесника у проузроковању требало применити генерална претоставка о пасивној солидарности, бар у примарној парници, а у секундарној парници, у регресном спору правило о подели одговорности између солидарног дужника који је у примарној парници обавезан на исплату штете и осталих солидарних садужника који у првој парници нису били тужени, сразмерно доприносу у проузроковању штете. Такво решење се предвиђа у рекодификационим начелима новог MGZ (I.-2001, II.-2002). У немачком праву почев од 90-их година се у области еколошких штета код проузроковања од стране више имитената не презумира солидарност, већ се полази и у примарној парници од подељене одговорности (имитент плаћа). Пренос ризика са потенцијалног штетника на осигураваача на основама добровољног осигурања се проширује већом понудом врсте осигурања од потенцијалних ризика. Тенденције ка свеопштем осигурању од свих потенцијалних ризика, које су исказане у делима André-a Tunc-a²⁵, познатог француског теоретичара, која су се појавила у седамдесетим годинама XX. века, нису прихваћене у унутрашњим правима европских земаља, али су утицале на учвршћивање постојећих домена, случајева обавезног осигурања, нарочито у саобраћају. Власници моторних возила на основу тога, се морају осигурати од одговорности за штете нанете трећим лицима у саобраћају од ризика смрти, телесног и здравственог оштећења, оштећења и губитка пртљага. Данас се у неким транзиционим земљама, услед пораста разних ризика од штета, насталих

²⁴ В. нпр. W. R. Prosser, *Kausalzusammenhang und Fahrlässigkeit*, Köln, 1958. В. Немачу и француску литературу, in: Szalma József, *Okozatosság és polgári jogi felelősség*, (Узрочност и грађанска деликтна одговорност, на крају књиге са резимеом на немачком језику), Универзитет у Мисколцу, Правни факултет, Фондација Новотни за развој цивилног права, 2000. г., као и стр.159-182 истог дела.

²⁵ В. Projet Tunc. A. Tunc, *Tort Law and moral Law*, Cambridge, 1972, стр. 255; *ibid*, *Les récents développements des droits anglais et américain sur le relation de causalité entre la faute et le damage*, 1953, стр.5; *ibid*, *The 20 h century development and funktion of the law of torts in France*, 1965, s. 1090; *ibid*, *Accidents de la circulation: faut au risque?* – Paris, 1982, s.103-105.

наглим развојем саобраћаја, и различитим опасним делатностима, које су запажене у западним земљама у седамдесетим годинама, - уводе нови домени обавезног осигурања од одговорности за поједина ризична занимања или делатности, ондосно занимања и професије које носе високе ризике у погледу могућности проузроковања штете. Обавезом преноса одговорности на основу уговора о осигурању, у случајевима реализације ризика осигурања, тј. наступања осигураног случаја, уз плаћање одговарајуће премије заштићују се како интереси трећих лица, којима се омогућава лако и брзо обештећење, тако и самих носилаца ових професија.²⁶ Тако нпр., у Мађарској, прописима о адвокатури²⁷, о обављању здравствених услуга²⁸ прописима о јавном бележништву,²⁹ прописима о самосталним судским извршитељима,³⁰ прописима о заступницима у области проналазаштва (1995:XXXII), о лицима која обављају послове пореске инспекције, послове давања савета из области пореских прописа (1997:LV.), и др., - је предвиђено обавезно осигурање од одговорности за штете настале приликом обављања ових професија, поводом појединих прописаних ризика од штета, својствених тим професијама.

Одговорност државе за штету незаконитим радом државних органа и злоупотребом власти проистиче из начела о равноправности свих субјеката пред цивилним законом, па и органа државне власти и најзад и саме државе, као и правила о општој забрани проузроковања штете другом.³¹ Сталешка држава није била подвргнута праву, у њој је судска власт била у рукама привилегисаног слоја грађана. Органи правосуђа и управе нису могли бити тужени за накнаду штете у случају злоупотребе права. Често су судили по дискреционом нахођењу и по грађанским и по кривичним деликтима. Прописи нису били прецизни у области деликата. И у времену тзв. диригованог социјализма, због схватња да је држава апсолутно суверена и непогрешива, и праведна, држава није могла бити тужена због деликата које су њени службени органи проузроковали. Шта више и сама држава је проузроковала деликте, укидајући приватну својину: одузимала је попут колективне казне, мерама национализације, без накнаде. Шта више, чинила је колективне одмазде према грађанима, "казном" лишења живота преко "преких судова", или без њих, без икакве гаранције правосудног пута, права на одбрану и пристојно суђење. (Тога је било и у тзв. II. Југославији, на почеци њеног стварања). Нота бене, у бив. Југославији је доношењем ЗОО и ЗКП допуштена тужба ради

²⁶ В. нпр. Ujváriné Antal Edit, Felelősségtan (Теорија о проузроковању штете), Novotni Kiadó, Miskolc, 2002., стр. 37.

²⁷ В. "§. 10. ст. 1. XI. Закона Мађарске о адвокатури од 1998. године. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban (Заштита оштећеног у области осигурања од одговорности), diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, стр. 92-95.

²⁸ В. "§ 108 Закона о здравственој заштити бр. CLIB. DR. Мађарске. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, стр. 90.

²⁹ § 10 XLI. Закона Мађарске о јавном бележништву од 1991. године. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, стр. 96.

³⁰ В. § 236. ст. 1. LIII. Закона Мађарске о принудном судском извршењу. В. Csákó Gyöngyi, A károsult védelme a felelősségbiztosításban, diss., Miskolci Egyetem, Miskolc, 2003, стр. 100-102.

³¹ Упор.: R. Savatier, Traité de la responsabilité civile, en droit Française – civil, administratif, professionnel, procedural, Paris, 1951, том I- Responsabilité des personnes publiques pour abus de droit, стр. 277. таџ. 218.

накнаде штете у случају неосноване осуде, али ти прописи нису имали ретроактивно важење, важили су само за случајеве који су настали после ступања на снагу тих закона. Према правилу француског устава, својина не застарева. Сваки прекид својинског континуитета актима национализације ради остваривања законом дефинисаних општих интереса, мора бити пропраћен потпуним обештећењем власника. Са становишта цивилног друштва, акти национализације, секвестрација и сл. имају карактер деликта (нецивилне) државе према правилима претходне (civilne) државе о гарантини својинског континуитета, пошто је у нецивилној држави дошло до одузимања својине, без накнаде. Из незастаривости својине проистиче и морална обавеза реформских земаља у правцу обештећења сукцесора раније насилно прекинуте својине. Отуда су реформске земље, уз продајну приватизацију тзв. новоствореног друштвеног капитала (тј. у погледу ненационализоване имовине), примењивале и прописе донете у циљу потпуног или делимичног обештећења, ранијих власника национализоване имовине. То је била гаранциона залога у погледу исправљања прекида својинског континуитета, и да ће се на тај начин створити поверење, да законито стечена својина, гарантована у новим реформским уставима, бити не само пука обећања, са поновном претњом национализације без накнаде. Тешкоће нису мале, али постоје методе којима се уз најмање оптерећење садашњих генерација исправи неправда у мери у којој је то уопште могуће.

Да ли одговорност државе за штету ограничава "суверенитет" државе? По цивилистичком схватању, односно по схватању о подвргнутости администрације (државних органа) општим правним прописима, - не. Основни услов правности државе, јесте, да је држава због грађана, а не обрнуто, грађани због државе. Отуда, ако држава гарантује лични и имовински интегритет, што је нужно за постизавање особине правности државе, држава не може да буде неодговорна за њене органе, који несавесним поступањем, путем злоупотребе власти или неким противзаконитим понашањем, дакле неосновано повреди личне слободе и права, телесни или имовински интегритет грађана. То значи, да су и држава и државни органи подвргнути праву, и не смеју да проурокују на противправан начин штету грађанима. Ако је до тога дошло, држава одговара за насталу штету. У грађанскоправним односима дакле држава није носилац суверенитета, не може се *exculpat*, лиштити одговорности, позивањем на суверенитет, од одговорности за штету коју је њен орган грађанину проузроковао на противправан начин. Не може управо из разлога, што је донела одговарајуће грађанскоправне кодексе и законе, у којима гарантује равноправност и законитост, и који везују и органе државне власти, односно државу.

Хармонизација немачког БГБ-а у области уговорне и вануговорне одговорности за повреду права потрошача предвиђањем контроле садржаја уговора у погледу клаузула о злоупотреби права потрошача. Под утицајем европских смерница, немачки BGB је темељно измењен. Измене су ступиле на снагу 1. јануара 2002. године. Измене се односе на бројне одредбе, а у области вануговорне и уговорне одговорности су значајне одредбе којима се продужавају рокови застарелости потраживања из повреде потрошачких уговора. Европска

смерница о заштити потрошача из 1993. године, забрањује клаузуле којима се злоупотребавају права потрошача. У изменама се предвиђа могућност судске контроле садржаја оних потрошачких уговора који су једнострано формулисани, посебно општих услова пословања, од стране предузетника, који се тичу допуне §-а 305. BGB. Коментари измена критикују измене, јер није јасно, да ли се контрола садржаја уговора у погледу клаузула о злоупотреби права потрошача односи и на садржај уговора, изван општих услова пословања.³²

III Закључне напомене

Деликтно право је једна од области грађанског права чији су институти (услови, основи, врсте одговорности), регулисани традиционалним грађанским законима (Code civil, немачки BGB, аустријски AOGZ, швајцарски OR). Претежно су институти деликтног права ових законика конвергентни, на основу рецепције, на основу интерпретације доктрине и еволуције суске праксе. Међутим, у појединостима постоје и разлике (нпр. различити рокови застарелости потраживања из деликта, схватање о улози степена кривице у одмеравању висине штете, и др.).

Стварањем заједничког тржишта, нарочито после Maastrichtskog споразума о формирању ЕУ(1992), који предвиђа слободан промет капитала, робе и рада, поставило се питање не само заједничких начела уговорног права, која су већ формулисана у форми модела-закона за грађанско и трговачко уговорно право UNIDROIT-а, као и Пројекат Ole-a Lando-а, већ и правила, начела уговорне и вануговорне (деликтне) одговорности. Ствара се европска доктрина о деликтном праву, чија је позитивноправна основа у смерницама ЕУ које се за сада односе на поједине области уговорне и вануговорне одговорности. Постоје и иницијативе за кодификацију (начела) деликтног права на нивоу Европе, или за кодификацију деликтног права унутар целовитог кодекса европског грађанског права. Правила колизионог права не решавају сва питања која се постављају у домену деликтног права у новим условима ЕУ-а. Настају смернице уније, које налажу хармонизацију и у овој области, па се у мери у којој је дошло до хармонизације, уједно сужава домен примене унутрашњих колизионих правила међународног приватног права. Мења се улога упоредног грађанског права у домену утврђивања конвергенција и дивергенција права и у погледу превазилажења разлика. Међутим, националне кодификације које регулишу институте деликтне одговорности у појединостима (у домена који се не тичу заједничког права –*aquis communautaire*), остаје недирнуте.

³² B. Prof. Dr. Günter Weick, Schuldrechtsreform, Transparenz und Gesetzgebungstechnik, Juristen Zeitung, Nr. 9/2002, str.443-444. Аутор упућује критике према појединим формулацијама измена, истичући не толико конзистентност, колико и некономичност норми, у смислу njihove претеране бројности, али не ретко на уштрб прецизности.

Под утицајем европских смерница, нарочито на плану заштите потрошача, долази до хармонизације одредаба појединих Грађанских законика (немачки BGB са изменама које су ступиле на снагу 1. јануара 2002. године). Измене се у области контрактуалне одговорности појављују на плану судске контроле садржаја уговора – дела који је једнострано формулисан од стране предузетника, а нарочито општих услова пословања, односно контроле клаузула које имају за циљ злоупотребу, одн. заобилажење права потрошача.

*Jozef Salma, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Reforms, Harmonization and Recodification of Civil Codes in Matters of Torts

Abstract

The author analyzes major tendencies of development in European and domestic law of torts, finding a considerable level of convergence between some of its basic institutes (conditions, grounds, types of liability) as they are formulated in Civil Codes of 19th and 20th century (French Civil Code of 1804, German BGB of 1896, Austrian AOGZ of 1811 and Swiss OR of 1912), which is the result of reception, doctrine and caselaw. (E.g. different statutes of limitations, degree of fault as factor for determining compensation, etc.).

After the common market had been created, especially after the Maastricht Treaty (1992) which stipulates freedoms of free circulation of capital, goods and labour, few questions of contract law became relevant: not only principles of contract law already formulated in the Model Law for civil and commercial law of the UNIDROIT, as a project of Ole Lando, but also rules on contractual and delictual liability. There is the emergence of new European doctrine on torts which is based on EU directives relevant for certain areas of contractual and delictual liability. There are also initiatives for codification of (principles) of law of torts on European level, or to have codification of the law of torts within the comprehensive code of European civil law. Rules on conflicts of laws and jurisdictions cannot cover all issues of civil liability within EU as such. There are EU directives which direct harmonization in this area of law which proportionally reduce domain for the application of the conflicts of laws rules. Comparative civil law becomes relevant for determining the level of convergence and divergence of different legal systems. However, national codifications, which regulate certain rules of law of torts, changed only to the extent in areas which belong to *aquis communautaire*.

EU directives, especially in the area of consumers protection, led to the harmonization of a few civil codes (German BGB with amendment which came into force on 1 January 2002). Rules on contractual liability were amended in order to increase power of courts to interfere with contracts which are unilaterally formulated by employers, when they may result in the abuse or circumvention of consumers' rights.

*Др Даница Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ДРЖАВИНА ПРАВА СТВАРНЕ СЛУЖБЕНОСТИ

Сажетак: Према Закону о основама својинско-правних односа из 1996. године, државину права стварне службености има лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржини те службености. Стварна службеност представља право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одредјене радње на непокретности другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одредјених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности. Предмет овог рада је разматрање појма државине права у нашем и упоредном праву као и контраверзна мишљења о овом појму у правној теорији.

Кључне речи: Државина, државина права, стварна службеност, повласно добро, послужно добро, Закон о основама својинско-правних односа.

Стварна службеност је стварно право на туђој непокретности као облик ограничења права својине за власника туђе непокретне ствари. Стварна службеност се састоји у у овлашћењу сервитутног овлашћеника (власника повласног добра) да се "користи" туђом непокретношћу власника послужног добра на одређени начин и у одређеној мери или да захтева од власника послужног добра да се уздржи од неких радњи које би као власник могао вршити. Сервитутни овлашћеник (власник повласног добра) мора да се служи туђом непокретношћу искључиво у оквиру постојећег садржаја конкретне службености. Службеност се мора вршити у складу са сврхом ради које је установљена. Начин коришћења може бити или у томе да, овлашћеник службености врши неке радње, односно уопште неке захвате на туђој непокретности, а њен власник је дужан да то трпи, или у томе да се у интересу

овлашћеника службености одржава и не мења неко стање у погледу туђе ствари, а власник ствари је дужан пропуштати све радње које би то стање мењале.¹

Стварна службеност је за титулара, овлашћеника службености (власника послужног добра) стварно право на туђој ствари, а за власника послужног добра, терет, обавеза да нешто трпи или пропушта, уздржава се да нешто чини. Стварна службеност као стварно право, значи да титулар права службености (повласно добро) стиче право коришћења туђе непокретности (послужно добро) без обзира ко је његов власник.

Стварна службеност је право власника једне непокретности (повласно добро) да за потребе те непокретности врши одређене радње на непокретности другог власника (послужно добро) или да захтева од власника послужног добра да се уздржава од вршења одређених радњи које би иначе имао право вршити на својој непокретности.²

У односу на Грађански законик Кнежевине Србије из 1844.године, као и Аустријски грађански законик из 1811.године, који садрже "негативну" дефиницију права службености са гледишта послужног добра, Закон о основама својинско правних односа садржи "позитивну" дефиницију са гледишта повласног добра, што је добро решење јер се оваквом дефиницијом првенствено указује на постојање одређеног стварног права на туђој ствари (иус и ре алиена), а не на заштиту права својине у односу на трећа лица.³

У погледу правне природе права стварне службености постоје различита мишљења. Неки правни теоретичари су мишљења да су службености уопште лимитирана или парцијална права.⁴ Иако их неки називају парцијалним правима (*diritto parziari*) то не значи да је реч о "деловима" права својине. Ова права имају аутономни правни значај и сматрају се различитим у односу на основно право уз које иду.⁵ Има и мишљења да су службености права која су изведене из грађанскоправног власништва.⁶

Службеност је стварно право на туђој ствари за овлашћеника, активну страну (титулара) службености, а стварноправни терет (дужност нешто трпети или пропуштати) на пасивној страни тј. на страни власника ствари.⁷

Предмет овог рада је стварна службеност као државина права. Државину права стварне службености има оно лице које фактички користи непокретност дугог лица у оном обиму који одговара садржини те службености.

Државина права је споран и у правној теорији дискутабилан појам. Обично се узима да се државина права у односу на државину ствари разликује по обиму, ширини фактичке власти, по положају титулара државине права и сл. Бројне су контраверзе у погледу разумевања и тумачења суштине државине права. Неки

¹ Ђ. Рајаčić, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1956, стр. 347.

² Закон о основама својинско правних односа (Сл. лист СРЈ, бр. 29/1996.) члан 49. став 1.

³ B. Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkim odnosima*, Zagreb, 1980, стр.304.

⁴ Barassi, *Diritti reali limitati*, Milano, 1947. стр. 434.

⁵ З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица 2002, стр. 278.

⁶ B. Vizner, *op cit* стр. 302.

⁷ Ч. Рајачић, *op. cit.* стр. 347.

аутори полазе од тога да је државина права појам који се суштински разликује од појма државине ствари, а други јој одричу било какву специфичност у односу на државину ствари, и изједначавају је са државином ствари. Државина права је нарочито критикован појам у вези са римском конструкцијом државине, према којој се сматра да је државина права сувишан и непотребан појам.⁸

Стварне службености су одређено и за потребе повласног добра ограничено право коришћења туђе непокретности. Оне се врше на послужном добру које се на основу права непосредно ужива и на којем ималац права има непосредну правну власт, а обавеза је свих трећих лица да се пасивно понашају у односу на послужно добро као и у односу на непосредну правну власт коју на послужном добру има титулар службености.

Државина права је настала из разлога што се у римском праву изједначавало право својине, са ствари на којој постоји то право. Стога, државина ствари, није ништа друго него, државина права својине, па нема никакве разлике између ова два појма. Државина права је била непотребан појам и због тога што се третира као државина "бестелесних ствари". Она је установљена ради заштите детентора и прихватају је сви правни ситеми како они који усвајају римску тако и они који се приклањају модерној концепцији државине.

Као стварноправни појам (у смислу делимичне фактичке власти на ствари) државину права познају сви савремени грађански законици. При томе неки о државини права говоре на један општи начин (као наш Закон о парничном поступку), други говоре о државини појединих права, као на пример права службености (наш ЗОСПО, грађански законици Немачке, Швајцарске, Грчке, Пољске итд.), док је трећи изричито на спомињу али је несумњиво да је с обзиром на општи појам државине који усвајају, и они познају.⁹

Државина права се обично дефинише као ужа, делимична фактичка власт на ствари која по обиму одговара садржају неког права ужег од права својине, за разлику од својинског држаоца, који има најширу фактичку власт на ствари која по обиму одговара садржини права својине.

Државина права је у ствари фактичко вршење садржаја неког права изведеног из права својине.

Закон о основама својинскоправних односа, прихватањем германског појма државине права сужава круг државине права који је доминирао у традиционалној римској концепцији државине, и своди је само на државину права стварне службености. Према члану 70. став 3 "државину права стварне службености има лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржини те службености". Остали облици државине права, поред стварних службености, који су се у нашој дотадашњој правној пракси третирали као државина права (реални терети, право грађења, право коришћења на средствима у друштвеној својини, државина наследника; трајни облигациони односи као што су:

⁸ А. Gams, *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1980. V. Spaić, *Osnovi gradjanskog prava* Sarajevo, 1960. Str. 108.

⁹ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1989. стр. 38.

право на исплату ренте, камате из дугорочног уговора о зајму, захтев за пропуштање; као и они облигациони односи везани за државину ствари и њиховом употребом, као што су: закуп, послуга, куповина на пробу, продајни комисион, шпедиција, превоз, остава и сл.) сада се сматрају државином ствари (непосредном или посредном).

Појам државине права је усвајањем, германске концепције у ЗОСПО, знатно сужен у односу на романску, субјективну концепцију државине. Као државина права не третирају се више случајеви у којима неко има ствар у детенцији, јер се детентори сматрају држаоцима ствари. Детентор није држалац права него непосредни држалац ствари, јер на њој врши непосредну фактичку власт. "Тиме што је усвојена германска државине није престала свака потреба за државином права. Потпуно напустити могућност државине права, значило би да уопште није држалац онај који извршава садржај неког права у погледу туђе ствари иако саму ствар нема у детенцији. Онај ко има службеност видика преко туђег замљишта, нема детенцију земљишта, он не врши фактичку власт, у погледу тог земљишта, па није држалац ствари. Без државине права он не би могао уживати државинску заштиту нити би могао одржањем стећи право службености које извршава. Да се то не би догодило, савремена права, иако у основи прихватају германску концепцију државине, ипак у неком обиму признају и могућност државине права. Тако НГЗ у пар. 1029. и 1090. признаје могућност државине права стварних службености на непокретностима.¹⁰ Из истих разлога признаје и свајцарско право државину права стварних службености и реалних терета (члан 919. став 2. и 781. став 3 ШГЗ)".¹¹

Наше право, ЗОСПО, признаје државину права, само када је у питању државина права стварне службености. У поступку доножења ЗОСПО, у првом предлогу закона, државина права, није се уопште регулисала, да би се касније због примедби једног дела теорије и праксе, нормирала у ставу 3 члана 70. као "државина права стварне службености". Поводом тога се у образложењу ЗОСПО, наводи: "С обзиром на чињеницу да је било много примедби из праксе због напуштања појма државине права, који је као институт постојао у нашем праву, и за који су се многи учесници у расправи поново определили, концепт државине који је Предлог прихватио допуњен је, у Предлогу у ставу 3 члана 70, одредбом која предвиђа могућност државине права стварне службености за лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржају те службености. Тако је попуњена празнина из првобитног текста и институцијом државине права стварне службености, тако да су сада одредбе о државини комплетне".

¹⁰ Према члану 1029. НГЗ, за заштиту државине стварних службености потребни су следећи услови: 1. Да је службеност уписана у земљишне књиге у корист власника повласног добра. Штити се сваки држалац повласног добра, као што су, на пример, уживалац (*uziat*) или закупца, а не само власник, па се и они у односу на право службености, сматрају држаоцима права.; 2. Да је држалац повласног добра у протеклих годину дана бар једном користио послужно добро. У случају, да је власник повласно добро дао у закуп, државина права службености припада закупцу који се онда појављује као непосредни држалац права. Осим овог случаја немачко право не познаје државину права.

¹¹ N. Gavella, O posjedu s obzirom na uredjenje koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasnickopravnim odnosima, op. cit. стр. 59.

Код државине права стварне службености, титулару службености, власнику повласног добра, признаје се државина права због тога што он врши садржај неке стварне службености, обављањем одређених радњи на послужном добру или захтевањем да се власник послужног добра суздржава од обављања одређених радњи које би он иначе имао право да обавља као власник на својој непокретности (члан 49. став 1.). Титулар службености, у ствари остварује своје стварно право на туђој ствари (*ius in re aliena*), дакле једно ограничено својинскоправно овлашћење у виду употребе туђе ствари, на основу чега њему, посебно и одвојено не припада државина ствари него државина права употребе туђе ствари у одређеном правцу, тј. "у обиму који одговара садржају те службености" како се то наводи у члану 70. став 3.¹²

За разлику од фактичке власти држаоца ствари, фактичка власт држаоца права стварне службености није потпуна власт. Фактичка власт држаоца стварне службености ограничена је оквирима фактичког коришћења непокретности другог лица као послужног добра за потребе непокретности у сопственој државини као повласног добра. Он у погледу те туђе непокретности фактички извршава онакву власт каква би му припадала да је носилац неког права стварне службености на тој непокретности (без обзира на то да ли је он то или није). Фактичка власт држаоца послужног добра ограничена је утолико што он трпи да лице које има државину афирмативне стварне службености на његовој непокретности, предузима на њој акте који одговарају садржини односног права стварне службености. Исто тако ако неко лице има државину права негативне стварне службености на његовој непокретности, његова је фактичка власт на тој непокретности тиме ограничена утолико да он због ње пропушта на непокретности коју држи, да чини оно што би иначе могао чинити.

Стицање права стварне службености делује ограничавајуће на власника послужног добра који и надаље има фактичку власт на својој непокретности, али је она садржински ограничена фактичком влашћу лица које је власник повласног добра, и који има право стварне службености на послужном добру. Државина права, није посредна државина, иако има неке сличности, због односа држаоца послужног добра, који је вољно или не, ограничен у вршењу фактичке власти у корист титулара државине права - држаоца повласног добра. Разлика према посредној државини је у томе да титулар права стварне службености-држалац повласног добра, не признаје нечију "вишу" власт него другачију власт; он не може као посредни држалац да тражи да му се ствар по протеклу одређеног рока врати, него је у таквом положају да треба да трпи или пропушта, оно што иначе не би морао да трпи или пропушта.¹³

Државина права ограничена је према члану 70. став 3. ЗОСПО, само на стварне службености. Законодавац није предвидео могућност права државине реалних (стварних) терета иако је у члану 6. став 1. набрајајући стварна права навео и "право стварног терета". Из образложења Предлога ЗОСПО се да закључити да је

¹² B. Vizner, Komentar, op. cit. стр. 463.

¹³ N. Gavella, Posjed stvari i prava, op. cit. стр. 33.

законодавац тако поступио имајући у виду да ће "о томе одлучивати свака република, односно аутономна покрајина"¹⁴

У погледу права залоге наш ЗОСПО не садржи посебна правила која би се односила на ово право. Грчки грађански законик поред права службености познаје и државину права у случају заложног права.¹⁵ Поставља се питање зашто се залога не помиње ни у члану 70. став 2. као поседна државина нити као државина права залоге, у члану 70. став 3. Сложили би се са мишљењем Б. Визнера да се, "непружање државинске заштите заложном повериоцу оправдава тиме, што се у случају права залоге на непокретностима (хипотека) ово стварно право на туђој ствари стиче уписом хипотеке у јавну књигу (члан 64. став 1. ЗОСПО), а да заложена непокретност и даље остаје у државини хипотекарног дужника, па недостаје онај конститутивни елемент државине "вршење фактичке власти на ствари" (*corpus possessionis*), односно код државине права "фактичко коришћење непокретности другог лица", који постоји у случају државине права стварне службености. Код ручне залоге покретне ствари (*pignus*), додуше, постоји држање предмета залоге у рукама заложног повериоца, међутим, постојећи заложноправни однос има релативно кратко временско трајање, а поред тога, због могућности продаје заложене ствари ради намирања потраживања из њене вредности, на страни залогодавца не постоји увек захтев за враћање тако држане ствари, чије постојање је карактеристично за посредну државину".¹⁶

Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима Републике Србије из 1989. није предвидео државину права стварних терета, али за разлику од Савезног ЗОСПО садржавао ширу дефиницију државине права према којој "државину права има лице које се према ствари понаша као да има неко право уже од права својине". (члан 215 став 2).

Постоје неки случајеви државине права који нису обухваћени објективним појмом државине, па их је требало регулисати, поред државине права стварне службености што ЗОСПО није учинио. То су право на употребу тј. испоруку и узимање електричне енергије, плина, воде из водовода, топлоте из централног грејања или из топлане, "air conditiona", телефонске везе, телепринтера, заједничке антене и можда још које техничке услуге модерног живота, које се садрже у вршењу тих права, а спречавање вршења ових права на употребу не мора бити извршено сметањем фактичке власти, тј. детенције односних уређаја (на пример, искључење довода воде изван стана, искључење струје, телефона итд. у односним централама и сл.).

Погрешно је схватање да се у овим случајевима ради о сметању државине ствари, јер су све те енергије у правном смислу ствари. Тачно је да су оне ствари, али те ствари су у поседу онога ко има на њима фактичку власт, тј. могућност да са њима располаже, да их даје или ускраћује, дакле у поседу су својих централа, а не својих корисника. Корисници имају право да исте узимају и постају поседници тих

¹⁴ Скупштина СФРЈ, АС бр.93/23.

¹⁵ S. Krneta, Posjed, Enciklopedija ... op. cit, 1022. (85.).

¹⁶ B. Vizner, Komentar..., op. cit. стр. 464.

енергија, тек кад их узму, апрехендирају, уколико је истовремено не утросе, тј. анулирају (струја).¹⁷

По германској (објективној) концепцији, право на употребу ових услуга морало би остати без правне заштите сметања поседа, уколико се не би, и поред поседа права службености, признао и посед на употребу ових техничких услуга.¹⁸

Наша судска пракса у оваквим случајевима пружа државинску заштиту у облику заштите државине права. Како је у свакодневном животу све вежи број случајева самовласног спречавања или ометања вршења права, брза државинска заштита је неопходна.

У погледу природе државине права постоје различита мишљења у нашој правној теорији. Према проф. Д. Стојановићу "Појам државине права"спиритуализира" дематеријализује појам државине права. Прво се појавила државина ствари као непроблематична, а државина права као проблематични изузетак. Али, ако се државина схвати као појавни облик права онда је државина ствари државина права, наиме, држалац својине као потпуног права, док је држалац права држалац једног ограниченог стварног права или права потраживања на употребу и коришћење ствари. Дакле да закључимо, државину права има лице које извршава садржај неког права са вољом да га извршава као своје право. Извршавање садржаја права постоји ако неко од другог захтева нешто као дужност и овај му то чини, или ако се неко туђом ствари служи у своју корист, а други то зна и трпи, или ако неко другоме забрањује да чини нешто што би овај био овлашћен да чини, а други услед те забране то пропушта"¹⁹.

Према Проф. др О. Станковић, државина права је ужа, делимична фактичка власт на ствари, која по обиму одговара неком другом праву чија је садржина у непосредној власти на ствари (плодоуживању, стварој службености, закупу, послузи); државину права, има на пример, плодоуживалац али и узурпатор плодоуживања, и онај ко за себе мисли да је плодоуживалац и тако се понаша; ималац стварне службености такође али и онај ко нема стварну службеност, а понаша се као да је има.

Очигледна је неприкладност израза "државина ствари" и "државина права": свака државина је у изнетом смислу фактичка власт на ствари (потпуна или ограничена) и у том смислу државина ствари; с друге стране, у истом смислу у коме се говори о државини права, може се говорити о државини права својине (уместо о државини ствари) те рећи да је свака државина-државина права. Није међутим, уобичајено да се говори о државини права својине, што је још једна последица поистовећивања права својине са својим објектом, његовог материјализовања и противстављања осталим правима.²⁰

Мишљење да је државина права непотребан појам истиче и И. Кркљуш, по коме је "државина права стварне службености" само *terminus tehnicus* једне те исте

¹⁷ Д. Стојановић, *Стварно право*, оп. цит. стр. 25.

¹⁸ Ч. Рајачић, *Посјед-образложење за римску концепцију посједа*, Материјал израђен за Комисију за цивилни кодекс, стр. 3.

¹⁹ Д. Стојановић, *Стварно право*, оп. цит. стр.26.

²⁰ О. Станковић, М.Орлић, *Стварно право*, Београд, 1989. стр. 38.

релације - државине ствари. Обим државине права службености мора одговарати обиму који одговара садржини те службености, што је разумљиво, јер је службеност право тачно фиксирано према економској потреби рационалног искоришћавања непокретности. Разлике између права стварне службености и државине права стварне службености није, дакле у обиму, већ у основу. Ова последња може се креирати, рецимо, и узурпацијом.

Са мишљењем да је државина права непотребан појам, не би могли да се сложимо, јер појмови непосредна и посредна државина који су предвиђени нашим ЗОСПО (члан 70. став 1 и 2) не обухватају све облике државине. За свеобухватан појам државине потребна је и државина права. Исправно је поступљено у нашем ЗОСПО у којем су равноправне обе поделе: подела на непосредну и посредну и подела на државину ствари и државину права. Оне се не поклапају и тек заједно до краја чине јасним општи појам државине у модерној концепцији. Само једна подела зато није довољна: држалац ствари може бити како непосредни, тако и посредни држалац; с друге стране, као непосредни држалац може се појавити како својински држалац, тако и држалац права, одн. изведени држалац (на пример, држалац права стварне службености, власник повласног добра); најзад држалац права, може бити непосредни држалац (на пример, држалац права стварне службености, који користи послужно добро), али и посредни држалац (на пример, власник послужног добра изда ствар у закуп, држалац стварне службености, власник повласног добра, сада постаје посредни држалац).

Појам државине права садржајно употпуњује појам непосредне и посредне државине и неопходан је ради апсорбовања и оних случајева државине који не могу да се подведу под појам непосредне и посредне државине (на пример, државина права стварне службености, стварних терета, права на употребу електричне енергије, гаса, воде из водовода, топлотне енергије из централних топлана и сличних случајева).

Да се државина права не би ограничила само на случај државине стварне службености, да би се отворила могућност проширења овог појма и на неке друге случајеве, чини нам се да би прикладнија стилизација члана 70. став 3 била: државину права има лице које фактички извршава садржину неког права.

Титулар стварне службености, као држалац права може у случају одузимања или сметања своје државине да користи самопомоћ или државинске (posesorne) тужбе.

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

Possession of Real Servitudes

Abstract

Possession of a right is defined as restricted, partial and actual authority over a thing, which can be equated with one of the rights stemming from a property right. Possession of a right includes the actual exercise of one of the property rights. Our legal system accepted the German concept of possession, which means that there is only the possession of real servitudes. Pursuant to the Property Act of 1996, the right possession of real servitudes belongs to person who has actual possession of a real estate belonging to another person to the full extent of the real servitude. There are many definitions or even negations of this term in legal theory. The author finds that there should be a clear distinction between the Roman concept of possession and the concept which includes only real servitudes, as it is provided for in our Property Act.

Др Душан Николић
ванредни професор Правног факултета у Новом Саду

ИТАЛИЈАНСКИ МЕТОД УЈЕДНАЧАВАЊА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА (*mos docendi italicus*)

Сажетак: Истовремено са настанком људског друштва започето је уједначавање различитих правила понашања. Тај процес, који траје неколико хиљада година, нагло је интензиван у другој половини XX века под утицајем глобализације. У раду се указује на различите моделе уједначавања правних правила, почев од спонтаног прихватања обичаја, преко рецепције и инплантације нормативних решења, до савременог правног неоколонијализма.

Посебна пажња посвећена је једном неинвазивном методу, насталом у ренесансним градовима северне Италије, почетком другог миленијума. У Болоњи, Падови, Павији и неким другим трговинским и културним средиштима, глосатори су проучавали и предавали римско право садржано у Јустинијановим Дигестама. Наставу су пратили студенти из готово свих европских земаља. Учени правници су по повратку у завичај примењивали регуле римског права доприносећи успостављању јединственог *ius commune Europeum*. У раду је детаљно описан тај први, *средњовековни Болоњски процес*.

Процес дезинтеграције европског правног простора достигао је врхунац у XIX веку, када је у многим земљама извршена кодификација грађанског права. У Европи од тада постоје три различита правна круга.

Интеграција европског простора намеће и потребу за уједначавањем права. Међутим, у правној теорији, па чак и међу креаторима новог правног поретка, не постоји сагласност о методу отклањања разлика. Европски

парламент донео резолуције којима је трасиран пут за доношење јединственог Европског грађанског законика. На супрот томе, поједини аутори се залажу за поступно уједначавање права кроз отворени образовни простор. Циљ је да се студентима током студија омогући лак прелазак са једног европског универзитета на други. Таква покретљивост би омогућила да будући правници сагледају страна нормативна решења и да их касније (попут средњевековних студената који су се школовали у ренесансној Болоњи) примене у својим земљама.

Овај неинвазивни метод уједначавања права кроз нови Болоњски процес, могао би бити посебно значајан за земље у транзицији.

Кључне речи: глобализација, уједначавање права, римско право, рецепција, правни колонијализам, европско право, Европски грађански законик, Тренто пројект, Болоњски процес, транзиционе земље.

1. Методи уједначавања грађанског права

Историја људског друштва је прожета тежњом за уједначавањем правних правила. Још у раздобљу првобитних људских заједница, када је свака друштвена група живела у складу са сопственим обичајима и аутохтоним системом вредности, спонтано су уобличавана начела на којима су грађени односи припадника просторно блиских насеобина. Суживот на истом простору и растућа потреба за сарадњом, која се превасходно испољавала у робној размени, условили су настанак конкретнијих правила, попут обавезног узвраћања поклона (*potlach*), талиона (*talion*), композиције (*compostio*) и сл. Што су се друштва више отварала једна према другима, ширио се круг јединствених, универзалних регула, и то углавном оних које би данас припадале сфери грађанског права. Таква правила су олакшала повезивање различитих друштвених заједница и убрзала њихово интегрисање у шире, политичке оквире, оличене у градовима и државама.¹

Истовремено са настанком првих држава мењао се и начин регулисања друштвених односа. Органи државне власти су почели да уређују односе који су до тада били у искључивој ингеренцији породичних и родовских старешина. Уместо спонтано насталих обичајних правила, плански су доношене правне норме које су на јединствен начин регулисале релевантне друштвене односе. На тај начин започет је процес унутрашњег уједначавања правних регула и стварања јединственог правног простора, у ком су кључну улогу имали органи државне власти.

¹ Опширније о томе: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2004.

Државе су као носиоци суверенитета стварале право независно једна од друге. Међутим, њихови правни системи нису у свему били различити. Под утицајем истих практичних потреба, спонтано су настајала слична, а понекад и готово истоветна нормативна решења.

До спонтаног уједначавања често је долазило и путем преузимања правних института из страних правних система (*рецепција*) и њиховог уношења у домаће право (*инплантација*). Поједини аутори говоре о *правној трансплантацији*,² подразумевајући под тим, у основи, исти процес, који се углавном одвијао неплански. Његови главни протагонисти били су студенти који су се школовали у иностранству, морепловци, трговци, истраживачи и други појединци који су својим ауторитетом доприносили да институти из страног права постану део домаће правне праксе.

Рецепција је вршена и плански. Поједине државе су својевољно преузимале нормативна решења, па чак и комплетне законске текстове развијених земаља. Мотиви за то су били различити, али су се углавном сводили на жељу да се унапређењем правног система досегне знатно виши ниво развијености друштва.

Добровољно преузимање страних нормативних решења је било релативно често у појединим периодима људске историје, али је чињеница да се уједначавање права много чешће одвијало на сасвим другачији начин. Моћни народи су по правилу наметали своје право слабијима. Кроз различите врсте вазалских односа, протектората и отворене окупације туђих територија, стваран је јединствен правни простор. Различите нијансе *правног колонијализма* прате људско друштво од настанка првих држава па све до наших дана. Довољно је погледати правну мапу света и видети какве су трагове за собом оставили Грци, стари Римљани, Холанђани, Французи, Британци, Совјети и многи други. Империје су нестале, али је цивилизацијски утицај остао...

Наметања нормативних решења има и данас. Најчешће се то чини дискретно, кроз индиректне притиске и различита условљавања, а понекад и директно, у маниру чистог *правног неоколонијализма*. Разлика је само у субјектима који формално координирају тај процес. Уместо некадашњих колонијалних сила, то данас чине различите међународне организације и наднационалне творевине.³

Наметањем високих правних стандарда и конкретних нормативних решења настоји се убрзати процес глобализације на одређеном простору. Исход, међутим, може бити сасвим супротан. Наиме, у тзв. транзиционим земљама има много модерно конципираних закона који се не примењују у пракси. Раскорак између

² В: Alan Watson, *Legal transplants – An Approach to Comparative Law*, Athens – London, 1974. (Исти рад на српском језику, у преводу Силве Митровић, 2000. године објавили су Правни факултет у Београду и Институт за упоредно право. Издање је приредио проф. др Сима Аврамовић).

³ Опширније о инструментима и субјектима уједначавања права: 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- прилог хармонизацији домаћег законодавства, (приредио: Радован Вукадиновић), Крагујевац, 2001, стр. 57 – 92.

нормативног и стварног расте, а са њим и степен правне несигурности.⁴ Правни систем постаје неефикасан а држава, супротно прокламованим циљевима, неспремна и неподесна за активно и равноправно ступање у интегративне процесе.⁵

С друге стране, укључивање у глобалну поделу рада, светско тржиште и сл. постаје императив времена у ком живимо. Национални правни системи несумњиво морају бити у што већој мери компатибилни и међусобно усаглашени. Питање је само до ког нивоа треба уједначавати право, којим темпом и на који начин. Другим речима, потребна је јасна стратегија развоја правног система.

При разматрању наведене проблематике требало би имати у виду и један неинвазивни модел уједначавања права, зачет на северу Италије у доба ренесансе, који је поново постао актуелан на размеђи другог и трећег миленијума. Суштина италијанског метода (*mos docendi italicus*) је у стварању отвореног европског простора у области правног образовања који треба да омогући максималну покретљивост професора и студената и спонтано уједначавање нормативних решења путем рецепције. Концепт је настао у Болоњи почетком другог миленијума и представљао је окосницу *средњовековног Болоњског процеса*. Захваљујући њему, у Европи је посредним, ненасилним путем, постигнут висок степен уједначености (приватног) права који се одржао вековима. Идеја је да се на исти начин, путем новог Болоњског процеса и других неинвазивних пројеката створи ново *ius commune Europaeum*.

2. Средњовековни Болоњски процес

2.1. Школа глосатора и *mos docendi italicus*

Крајем XI и почетком XII века у западној Европи је почело да расте интересовање за римско правно наслеђе, које је очувано у византијској држави и у

⁴ Опширније о томе: Душан Николић, *Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-3/2002, стр. 157-177; Душан Николић, *Уједначавање стварног права – путеви и странпутице*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, 3/2003, стр. 297-316.

⁵ Правна наука до сада није дала комплетну слику онога што се догађа у транзиционим земљама и њиховом окружењу. У одсуству целовите представе о садашњости, не може бити речи ни о јасној визији блиске, а поготову не о визији даље будућности права. То је још један доказ да правна наука више не може ићи само у правцу високе специјализације и уситњавања материје, који је трасиран још у XIX веку. Поред оних који у шуми виде (само) поједина стабла, морају постојати и они који ће видети шуму као целину. Најкраће речено, правној науци широм света недостају интегративна компонента и синтетичка знања.

Економска наука у том погледу предњачи. Постоје маркоекономске студије које дају јасан пресек постојећег стања и могуће сценарије блиске и даље будућности. Једна од најупечатљивијих је свакако књига Џозефа Е. Стиглица (Joseph E. Stiglitz), *Противречности глобализације (Globalization and Its Discontents)*, која је објављена и на српском језику (Београд, 2002). Сличне студије писали су и аутори из нашег региона. В: Наталија Николовска – Драгомир Сундаћ, *Сценариј за економски слом земаља у транзицији*, Ријека, 2003.

окрыљу хришћанске цркве. Студиозније проучавање римских регула започето је у већим културним и привредним средиштима Апенинског полуострва: Равени, Павији, Болоњи и Падови, а затим и у неким другим местима.⁶ Није ни мало случајно што су студије права добила замах управо у том делу Европе. Италијански градови су због географског положаја били незаобилазна трговинска али и цивилизацијска спона Истока и Запада. Осим робе, ту су пристизале и информације о култури и праву других народа. Уз то, не би требало занемарити ни чињеницу да су управо ту, у средишту некадашњег Римског царства текстови старих прописа и њихових коментара били доступни ширем кругу читалаца. Највећи део римске правне заоставштине сачуван је у библиотекама католичке цркве, о чему сведочи и чувена максима: *Ecclesia vivit lege Romana*. Међутим, неоспорно је да су практичне потребе пресудно утицале на ренесансу, а касније и на рецепцију римског права. Наиме, италијански правници су свакодневно били у прилици да се увере да стара правила по својим решењима, у великој мери одговарају живој привредној активности на обалама Медитерана.

Почетак ренесансе римског права везује се за школу глосатора коју је у XI веку основао правник и филолог *Ирнерије (Irnerius)* у Болоњи. Школа је развила посебан метод проучавања римског правног наслеђа (*mos docendi italicus*, *италијански метод*) који се састојао у читању, језичком појашњавању и коментарисању Јустинијанових Дигеста.⁷ Коментари су били кратки и записивани су у виду кратких бележака - *glossa* (па отуда: школа глосатора) између редова (*glossa interlinealis*) или на маргинама проучаваног текста (*glossa marginalis*). Глосе су затим груписане према питањима на која су се односиле и издаване у облику збирки (*summae*), а оне су касније обједињаване у шире тематске целине (*summae summarum*). Средином XIII века, последњи велики глосатор *Аккурзије (Accursius)* сачинио је зборник *Glossa magistralis seu ordinaria* са глосама свих својих претходника. Ова збирка се по систематици није разликовала од предходних. И у њој су глосе биле разврстане по питањима. Задржана је, дакле, стара предметна систематика. Судећи по томе, могло би се закључити да на теоријском плану нису јасно разликоване области јавног и приватног права. Међутим, та разлика је ипак посредно дошла до изражја. Чињеница је наиме, да су се глосатори превасходно бавили одредбама које су се према тадашњим приликама могле сматрати актуелним. То су пре свега биле норме које су се односиле на робну размену. Тај сегмент римског правног наслеђа, који се у погледу материје подудара са једним делом савременог грађанског права, касније је доживео потпунију рецепцију. Прописи који би се по данашњим мерилима могли уврстити у уставно, управно и кривично право нису били предмет дубљег интересовања. Забележено је чак да су глосатори прескакали књиге Дигеста које су се односиле на државно уређење и на деликтну одговорност. Наравно, не без разлога. Јустинијанове одредбе о организацији власти су писане за неко друго време и сасвим је разумљиво да нису биле примерене феудалном поретку који је у доба глосатора

⁶ Опширније: Антун Маленица, *Римско право*, Нови Сад, 2003.

⁷ Назив *италијански метод*, данас користимо у нешто ширем значењу.

владао на простору Европе. Слично је било и са нормама о деликтној одговорности. Феудални владари су вероватно сматрали да су санкције које је предвиђало римско право сувише благе и неделотворне. У законодавној и судској пракси широм Европе доминирале су тзв. *одразне казне*, које су се састојале у сакаћењу (*mutilacio*). Исто тако, изрицане су *новчане глобе* које су биле вишеструко веће од претрпљене штете и сл. Имајући све то у виду, глосатори су посебну пажњу посветили одредбама Јустинијанове кодификације које су у таквим околностима једино могле да имају практичну вредност, а оне су по природи ствари припадале сфери данашњег грађанског (приватног) права. С тога је разумљиво да се и настава на италијанским универзитетима одвијала углавном у цивилистичким оквирима.

Наставу су похађали студенти из свих делова Европе. Болоња је са другим италијанским универзитетским центрима заиста била *alma mater studiorum*. Размере и значај средњовековног Болоњског процеса могу се наслутити тек када се закорачи у атријумиме, холове и свечане дворане универзитета чије су зидове грбовима украсиле хиљаде студената из моћних европских племићких породица. По повратку у своје земље, они су као учени правници почели да се ослањају на римске регуле. На тај начин је у већем делу Европе започета рецепција, а тиме и процес уједначавања права.

2.2. Ширење италијанског метода

Италијански метод је касније прихваћен и у другим европским културним средиштима. Познато је наиме, да су на исти начин римско право проучавали и подучавали *Вакарије (Vaccarius)* у Оксфорду (Енглеска) и *Плацентин (Placentinus)* у Монпељеу (Француска) са својим следбеницима. Међутим, у Енглеској је већ 1236. тзв. *Мертонским статутом* забрањена примена римског права. Сматра се да је на то утицала бојазан властеле да би владар могао да у Јустинијановој кодификацији нађе упориште за успостављање апсолутне власти. Та одлука је била од судбинског значаја за развој права у Енглеској. У њој је од тада развијан аутохтони правни систем који се временом све више разликовао од правних система осталих европских земаља, посебно са становишта грађанског права.⁸ С друге стране, у Француској је традиционални схоластички метод доживео крупне промене. Све више пажње је посвећивано употребној вредности римског права. Тиме су постављени темељи једног новог методолошког правца и нове правне школе.

Сматра се да су либерална схватања француских правника подстакла Италијана *Ћина де Пистоју (Cinus de Pistoia)* да заједно са својим следбеницима *Бартолом де Сасофератом (Bartolus de Sassoferrato)* и *Балдом де Убалдијем (Baldus de Ubaldis)* заснује нов методолошки приступ римском праву који је од средине XIII до XVI века развијан у оквиру школе пост-глосатора. За разлику од својих претходника глосатора, који су се ограничили на то да открију прави смисао појединих делова Јустинијанове кодификације, они су у римском

⁸ В: Правни системи државне регулативе: Англоамерички тип.

правном наслеђу тражили упориште за решење конкретних правних проблема. Захваљујући томе, римско право је постало супсидијерни извор. *Glossa ordinaria* и одредбе Јустинијанове кодификације су примењиване уколико одређено питање није било уређено домаћим правом. Временом су и стручна мишљења (*consilia*) угледних постглосатора стекла такав ауторитет у пракси да су их многи сматрали обавезујућим. Било је чак и прописа који су налагали да се у судским поступцима и у настави води рачуна о преовлађујућем ставу истакнутих правника (*communis opinio doctorum*). Да би олакшали рад студентима и практичарима, водећи постглосатори су писали коментаре (*lecturae*). (Зато их називају и *коментаторима*.) Предмет научне обраде, међутим, најчешће нису били изворни римски текстови, већ зборници глоса. Стога се говорило да они заправо, глосирају глосе. Осим тога, постглосатори су писали расправе, трактате (*tractatus*) о појединим правним питањима. У њима су методом уопштавања изведена многа начела на којима се заснива савремено грађанско право.

2.3. Модификација: Француски метод

У XVI веку, који је био у знаку хуманизма и ренесансе, настала је нова правна школа. Она је заснована на идејама Италијана *Андреа Алцијата (Andreas Alciatus)*, али је процват доживела у Француској. Ту је зачет нов методолошки приступ римском праву, познат као *француски метод (mos docendi gallicus)*. Наиме, *Жак Кижа (Jacques Cujas)*, *Дионизије Годфроа (Dionisius Gothofredus)* и други истакнути припадници ове школе сматрали су да се треба вратити изворним текстовима и одбацити све интерпретације и модификације у виду глоса и коментара. Друштво је, по њиховом мишљењу, у то доба већ толико унапредовало да је могло да усвоји логику класичног римског права и елегантни стил римских правника. По томе су добили назив *елегантна јуриспруденција*. Њихова школа је још позната као *рана историјска*, јер се залагала за проучавање и непосредну примену изворног римског права, и као *школа хуманистичке јуриспруденције*, јер је настала у време хуманизма.

Припадници ове школе су се много више од својих претходника бавили домаћим правом. Злагали су се да оно буде увршћено у наставне програме универзитета и да буде кодификовано. Осим тога, установили су велик број појмова и принципа које користимо у савременом грађанском праву. Међутим, у поређењу са достигнућима на теоријском плану, практичан утицај ове школе је био веома мали. Разлоге за то би требало тражити у чињеници да је елегантни стил, заснован на изворном латинском језику, био неприступачан већини практичара.

Елегантна јуриспруденција је наслутила дубоке промене у друштву али није успела да на њих адекватно одговори. Европа је у то време доживљавала културни и привредни препород. Технички проналасци и нови методи рада су омогућили појаву значајног вишка производа који је био намењен тржишту. Расла је и куповна моћ становништва. У таквим околностима била је све наглашенија потреба за несметаном циркулацијом робе, капитала и идеја. Насупрот томе, европски простор је тада био издељен на мноштво малих државица и других ентитета, са исто толико

различитих правних система. Територијална исцепканост је успоравала робни промет и стварала додатне трошкове у виду такса и других намета. *Правни партикуларизам* је изазивао правну несигурност. Елегантна јуриспруденција је правилно уочила да би оба проблема могла да буду решена широм применом римског права.

Римско право је продирало у правне системе појединих земаља посредним путем, кроз практичну делатност учених правника. Услови за његову званичну рецепцију су се стекли тек када су владари, подржани од стране богатих слојева грађанства, одлучили да се ухвате у коштац са територијалном расцепканошћу и правним партикуларизмом. Немачки цар *Максимилијан I* је 1495. године *Законом о царском камерном суду* прописао да ће се убудуће судити по општем праву које су чинили раније донети царски закони, црквени канони и правила садржана у Јустинијановој кодификацији (*Corpus iuris civilis*). Странке су могле да се позивају и на локално право, али је требало да докажу како оно у конкретном случају гласи. С друге стране, стајало је правило да *суд познаје опште право – iura novim curia*. Такав систем суђења је приморао правнике практичаре да се у већој мери окрену реципираном римском праву.⁹

2.4. Слабљење утицаја: *usus modernus pandectarum* и историјска правна школа

Управо у то време, на размеђи средњег и новог века, зачет је један нови правац са наглашеним практичним усмерењем, који је касније назван *модерна примена Пандеката (Usus modernus Pandectarum)* по истоименом делу *Самуела Штрика (Samuel Stryk)*. Припадници ове школе се нису као глосатори и постглосатори држали глоса, нити су доследно следили римске текстове попут елегантне јуриспруденције. Они су одредбе Јустинијанове кодификације третирали као важеће право, али су их у знатној мери прилагођавали потребама времена. Посебно оне садржане у *Дигестима* (на грчком: *Пандекта*, па отуда: *Пандектисти*). Главни циљ им је био да у задатим оквирима што боље реше проблем који се јавио у пракси. (Зато их називају и *практичарима*.) У то време су модификације римског права биле бројне и опсежне. Пандектна правила су често усаглашавана са домаћим правом које је у многим случајевима било примереније стварним друштвеним потребама. Тиме је започет процес стварања националних законодавстава и постепеног нестајања нечега што су многи називали *ius commune Europaeum*.

Знатно касније, на сличним идејним позицијама заснована је *историјска правна школа (Historische Rechtsschule)*. Она је настала на простору немачких држава у првој половини XIX века као реакција на учење о природним правима. *Густав Хуго (Gustav Hugo)*, *Карл фон Савињи (Karl von Savigny)*, *Георг Фридрих Пухта (Georg Friedrich Puchta)*, *Ото фон Гирке (Otto von Gierke)* и други припадници ове школе сматрали су да не постоји универзално природно право које

⁹ Опширније: Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 1991.

одговара свим народима. По њиховом мишљењу, право је израз народног духа. Оно је део историје народа (отуда: историјска правна школа). Пошто се народи међусобно разликују, мора постојати и разлика у праву. Осим тога, припадници ове школе су сматрали да би требало да правна правила настају спонтано, кроз животну праксу и мисаону активност учених правника, а не да буду наметана од стране законодавне власти. За њих су обичаји били прави израз народног духа, а закони само нужно зло. Наиме, они су правилно уочили да право није једном за свагда дато и да не може бити статично. С разлогом су тврдили да се правни систем мора еволутивним путем прилагођавати променама у друштву. Закони су, по њиховом мишљењу, на неприродан начин успоравали еволуцију права. Због тога су били огорчени противници кодификације.

Ипак, XIX век је протекао у знаку великих законика. Њиховим доношењем окончан је процес уобличавања националних законодавстава. Идеја о јединственом европском праву је тада постала депласирана...

3. Уједначавање права у савременој Европи

У теорији је одавно било залагања да се право уједначи. 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*.

3.1. Резолуције Европског Парламента о уједначавању приватног права

Европски Парламент је 1989. године донео *Резолуцију о раду на уједначавању приватног права држава чланица*¹⁰ којом је затражио да се прво 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*,¹¹ 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

¹⁰ Official Journal of the European Communities, No. C 158, 28.6. 1989, p. 400.

Према: <http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL-Resolution.html>.

¹¹ *Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States* од 6. маја 1994. Према: <http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL-Resolution.html>.

року. Године 2001. Европски парламент је посебним закључком затражио да се интензивира рад на изради јединственог Европског грађанског законика.

3.2. Пројект јединственог Европског грађанског законика.

На кодификацији европског права ради Студијска група за Европски грађански законик (*Study Group on a European Civil Code*).¹² У оквиру ње формирани су посебни тимови за поједине области.¹³

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 Оле Ландо (*Ole Lando*), (па отуда: Ландо комисија, *Lando Commision*) формулисала је основна начела: *Principles of European Contract Law*. Године 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.

Почетни успеси су учврстили уверење присталица овог пројекта да треба наставити рад на изради концепта Европског грађанског законика. Међутим, у Европи постоје и другачија мишљења. Наиме, нису сви сагласни да је то најбољи пут за уједначавање права.¹⁴

4. Тренто пројект и нови Болоњски процес.

У Италији, на Правном факултету универзитета у Тренту једна група истраживача трага за заједничким основама (језгром) европског уговорног, одштетног и стварног права.¹⁵ 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 отворени европски правни простор који би омогућио постепено и уравнотежену конвергенцију различитих правних система.¹⁶

Овај концепт је на истој линији са *Болоњским процесом* који је усмерен на стварање отвореног европског простора у области високог образовања. Циљ је да се студентима током студија омогући релативно лак прелазак са једног европског универзитета на други. Таква покретљивост би омогућила да будући правници

¹² Руководилац групе је Кристијан фон Бар (*Christian von Bar*), професор Правног факултета у Оснабрику. В: Christian von Bar, *Le groupe d'études sur un code civil europeen*, *Revue internationale de droit comparé*, 1/2000.

¹³ В: *Study group on a European civil code* (<http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL.html>).

¹⁴ Опширније у књизи: *Towards a European Civil Code*, Nijmegen – The Hague – London – Boston.

¹⁵ Радам на овом пројекту руководе Мауро Бусани (*Mauro Bussani*) и Уго Матеи (*Ugo Mattei*). В: Mauro Bussani – Ugo Mattei, *Le fond commun du droit prive europeen*, *Revue internationale de droit comparé*, 1/2000.

¹⁶ В: *The Common Core of European Private Law* (<http://www.jus.unitn.it/dsg/commoncore/>).

сагледају страна нормативна решења и да их касније (попут средњовековних студената који су се школовали у ренесансној Болоњи) примене у својим земљама.¹⁷

5. Италијански метод и регионално уједначавање права у југоисточној Европи

У свим земљама југоисточне Европе грађанско право је засновано на римском правном наслеђу, припада европском типу правних система и по многим карактеристикама гравитира германском правном кругу. Осим тога и новија историја грађанског права у земљама југоисточне Европе има много сличности. То посебно важи за бивше чланице југословенске Федерације.

Међутим, евидентно је да развој правних система не тече у истом смеру. Земље у региону усвајају различита нормативна решења и граде грађанско право на битно другачијим основама. Разлике временом постају све веће. Сличан проблем постоји и у унутар наше државне заједнице. Наиме, током последњих неколико година Црна Гора је често преузимала нормативна решења из англоамеричког права док је Србија наставила да гради правни систем у духу европске правне традиције. Због тога два републичка законодавства, која су деценијама била готово у свему подударна, попримају битно различита обележја.

Додатни проблем представља то што се преузимање регулативних концепата, па чак и конкретних нормативних решења, врши стихијски, пребрзо и без сагледавања могућих последица имплантације.¹⁸ Примарни циљ је да се што пре задовоље правни стандарди који важе у земљама Европске уније, независно од тога да ли се у пракси заиста могу остварити. Раскорак између нормативног и стварног све више расте, а са њим и правна несигурност. Коначни исход није тешко наслутити...¹⁹

Да би се спречило наступање негативних последица, треба изградити јасну стратегију развоја правног система, полазећи од унутрашњих прилика и збивања у ближем и ширем окружењу.

По узору на Тренто пројект, требало би утврдити у којим се све сегментима домаће право подудара са правом европских, и посебно суседних земаља. Потребно је зауставити дивергентне процесе и очувати заједничко језгро (*common core*). Разлике треба отклањати поступно и уз темељне анализе могућих последица. Хармонизацију не треба вршити по сваку цену. Уколико се покаже да је одређени правни стандард објективно неостварив, прилагођавање домаћег законодавства треба одложити док се не стекну одговарајући услови.

¹⁷ V: Konvencija o priznavanju kvalifikacija iz oblasti visokog obrazovanja u regionu Evrope, Lisabon 11.04.1997. (Lisabonska deklaracija); Evropska zona visokog obrazovanja – Zajedničko saopštenje evropskih ministara obrazovanja sa sastanka u Bolonji 19.06.1999. (Bolonjska deklaracija).

¹⁸ Опширније: Душан Николић, *Казнена накнада штете*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1-2/2003., стр. 143-154.

¹⁹ Опширније: Душан Николић, *Хармонизација стварног права на простору југоисточне Европе...*

Истовремено, треба се активно укључити у Болоњски процес и тако допринети формирању отвореног образовног простора у области правног образовања, да би нове генерације домаћих правнике биле спремне за укључивање у Европску унију.

*Dušan Nikolić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Italian Approach to Unification of Civil Law (mos docendi italicus)

Abstract

Unification of human behavior patterns began with the first human society. This process, which has been lasting for thousands years, was rapidly intensified in the second half of the 20th century by the process of globalization. This article is the overview of different types of unification, from a spontaneous acceptance of certain customary behavior to the reception and implantation of certain normative solutions, and all the way to contemporary legal neocolonialism.

The focus of this article is the one type of a non-invasive method which was created at the beginning of the second millennium in the north of Italy, in Bologna, Padova, Pavia and other commercial and cultural centers, where glossators researched and taught Roman law codified in the Justinian's Digesta. Students from all over the Europe followed these lectures. Afterwards they would go back to their countries where they applied Roman rules and thereby contributed to the creation of the uniform *Ius Commune Europaeum*. This article describes in detail the first medieval Bologna process.

The process of disintegration of the European legal area reached its peak in the 19th century when many European countries codified civil law. Since then there have been three different circles of civil law.

Integration of Europe implies the need for unification of law. However, legal theorists and creators of the new legal order cannot agree what kind of method would remove existing inconsistencies. European Parliament adopted a few resolutions initiating a new European Civil Code. On the other hand, there are authors who argue that a unification of law is possible by creating a common area of legal education. Its aim is to provide students with possibility for easy transfer from one European university to another. Such mobility would enable future lawyers to understand foreign legal concepts and, later on (like their medieval counterparts from the renaissance Bologna) to apply them in their national legal systems.

This non-invasive method of unification of law through new Bologna process could be of immense importance for all countries in transition.

*Др Магдолна Сич, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПУТЕВИ СТВАРАЊА ЈЕДИНСТВЕНОГ ЕВРОПСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА И ПРОБЛЕМ РАЗЛИЧИТХ МОДЕЛА СТИЦАЊА СВОЈИНЕ

Сажетак: У правним системима земљама које припадају Европској Унији у настајању су јединствени правни модели и решења, а поред тога, у плану је и израда једне заједничке европске кодификације приватног права. Циљ овог рада јесте, да укаже на путеве и проблеме стварања јединственог европског приватног права, на досадашње резултате хармонизације права, као и на један проблем из области стварног права чије решење би, уз већ постојеће норме облигационоправног карактера, такође служило бољој заштити потрошача. Реч је о проблему постојања различитих модела стицања својине у националним правним системима (стицање својине на основу самог уговора; на основу ваљаног уговора и предаје ствари, као и предајом ствари у намери преноса права својине), не само земаља које припадају common law и civil law систему, него и унутар civil law система, а који модели вуку своје корене још из античког римског периода. С обзиром на то да су у међународној трговини у све већој мери присутна и физичка лица која не обављају никакву привредну делатност, овај проблем, по нашем мишљењу, могао би да буде значајан, јер је потрошачу битно да зна како може да стекне својину и када ће постати власник.

Кључне речи: Европско приватно право, стицање својине, хармонизација права, улога правне науке.

I. Процес стварања јединственог европског приватног права

Путеви стварања права заједнице су разноврсни. Европска Заједница¹ прихвата неке моделе из законодавства држава чланица, или се модел преноси путем судске праксе, али се догађа и то да органи Заједнице реципирају таква решења која су настала ван Заједнице. У овом процесу су заједнички ангажовани с једне стране законодавци, али с друге стране сви они који долазе у пракси у неки однос са решењима органа Заједнице, тј. судије, научници, правници практичари, економисти итд. У овом процесу стварања наднационалних норми посебно место припада конкуренцији разних модела, као и посебној транснационалној правној науци и правној мисли. Ова хармонизована и унификована правна грађа Заједнице врши све већи утицај и на оне европске земље које још нису чланице Европске Уније.²

Иницијатива за унификацију приватног права у области права међународне трговине настала је још давне 1929. године у Риму на Међународном институту за унификацију међународног приватног права. Почев од 1957. године, када је Римским споразумом настала Европска Економска Заједница, води се политика хармонизације права, тј. приближавање права земаља Европске Заједнице, али је она првих двадесет година првенствено била средство стварања и обезбеђења несметаног функционисања заједничког тржишта и није вршила утицај на приватно право. Питања приватног права остала су у надлежности националних држава. Сматрало се, да су ова питања сувише стручно-правне природе и да су везана за традицију националних правних система.³ До промене је дошло почев од шездесетих година прошлог века посредством две приватноправне конвенције: Бриселске о надлежности судова и извршењу пресуда у грађанским стварима у циљу олакшавања извршења иностраних одлука и Римске из 1980. године о праву које се примењује на уговорне облигације, у циљу хармонизације приватног права. Ове конвенције, међутим, нису постале непосредно саставни део права Заједнице, већ само путем ратификације. Ширење непосредног утицаја права Заједнице и на област приватног права започет је тек Амстердамским споразумом 2000. године, када су донете три регулативе са директном применом.⁴

¹ Европску Заједницу треба разликовати од Европске Уније настале споразумом у Мадриху 7. фебруара 1992. године (споразум је ступио на снагу 1. новембра 1993. године). Европска Унија је нова форма сарадње чланица Европске Заједнице, која је усмерена на то да путем сарадње и усаглашавања спољне и унутрашње политике као и правосуђа унапреди привредни и друштвени развој Европске Заједнице. Европска Унија се заснива на следећим основама: 1. на Европској Заједници која се заснива на изградњи заједничког тржишта, као и економске и монетарне уније; 2. заједничкој спољној и безбедносној политици, која се заснива на Јединственом европском документу из 1986. године; 3. на сарадњи у правосуђу и унутрашњој политици.

² G. Benacchio, : *Diritto privato della Comunità Europea*, Fonti, modelli, regole, 2. ed. Padova – Cedam, 2001, у преводу А. Földi – Н. Csizmazia, *Az Európai Közösség magánjoga, Polgári jog, Kereskedelmi jog*, Budapest, 2003, стр. 23.

³ Чињеница јесте, да су се земље чланице опирале увођењу правила која су различита и непозната или супротна њиховим правним традицијама.

⁴ ЕЗ Амстердам, члан 61. тачке ц, д, и члан 65; ЕЗ регулатива 1346/2000; 1347/2000; 1348/2000.

Последњих 15 – 20 година средствима Заједнице врши се утицај на приватно право, али у овој области првенствени значај, ипак, имају принципи. Потребно је истаћи да се хармонизација у области приватног права не одвија свеобухватно, нити потпуним регулисањем појединих области, него обухвата само парцијална питања.⁵ Последњих година се буди све веће интересовање и за студије у области европског приватног права. Разлог томе је стварање таквих правила у области трговинског и грађанског права, која више нису ограничена на право конкуренције које је било битно за велике предузетнике, него настају и таква нова и јединствена правила, која се односе и на средње и мале предузетнике, као и на физичка лица која не обављају никакву привредну активност. Ова правила су настала на бази заједничког европског тржишта, као првог практичног и конкретног резултата маастрихтског споразума, а који је дао знатан подстрек стварном настанку Европске Уније.⁶ С обзиром на то да право заједничко тржиште које се базира на слободној конкуренцији свих учесника, чак и онда када припадају разним правним системима, захтева да учесници уживају исти положај и услове, у појединим правним системима требало би избећи све оне евентуалне националне специфичности које би значиле хендикеп, или би омогућиле незаслужене погодности, констатује Бенакио.⁷

У целом овом веома сложену процесу, Бенакио разликује два посебна правца, који се истовремено и разилазе и сусрећу.

Према Бенакију, неопходно је разликовати: а) *право Заједнице* које настаје делатношћу њених органа и судском праксом, од б) *европског права* које би било јединствено право. Ова разлика се налази у следећем:

1. Право Европске Заједнице

Право Заједнице има следеће одлике:

- његова правила се засада односе само на поједина ужа подручја приватног права,
- право заједнице је производ једног правног система и стога има мање више ефикасан систем санкција,
- оно је производ нормативне активности и судске праксе⁸.

У том контексту приватно право Заједнице се не замишља као потпуна и безусловна унификација. Оно даје простора очувању посебних националних решења која одступају од заједничких правила. Ово је омогућено различитим карактером норми Уније. У случају када је реч о нормама које стварају, тумаче и примењују органи Уније, може да се говори о **унификацији правила (unificazione)**. У другом случају органи Уније доносе директиве које тумаче судови

⁵ J. Fazekas, Effects of European Integration on the development of Hungarian Civil and Consumer law, in A magyar magánjog az európai jogfejlődés áramában, Jubileumi Kiadvány /Hungarian Civil Law in the mainstream of the development of European Law/, Miskolc, 2002, стр. 203.

⁶ Benacchio, нав. дело, стр. 24 – 25.

⁷ Benacchio, нав. дело, стр. 26.

⁸ Benacchio, нав. дело, стр. 132.

држава чланица и реч је о стварању **униформног права (uniformazione)**. У трећем случају је реч о преузимању принципа Заједнице и тада можемо говорити о **хармонизацији права**. Принципи по правилу формулишу само циљеве које би требало постићи, а о чијем остварењу треба да брину државе чланице путем доношења сопствених правних правила, као и путем тумачења и примене у правосуђу.

Хармонизација у циљу стварања јединственог права, углавном, се одвија на два начина. С једне стране, путем преиспитивања постојећих норми у циљу избегавања разлика у праву. С друге стране, путем стварања нових јединствених модела правила. Ово обједињавање правила има значај "минималне хармонизације". Она је **парцијална** (не обухвата правни институт у целини, него само поједина чињенична стања), **оставља празнине** (нека питања оставља нерешена) и **делимична је** (ново правило често не укида постојеће, него постоји поред националних правила и узрокује двојност као и правну несигурност).⁹

У циљу остваривања јединственог и слободног тржишта досадашњој хармонизацији у области приватног права подлежу следећа подручја:

1. право конкуренције
2. право уговора о друштвима
3. контрактно право
4. грађанско правна одговорност
5. право индустријске својине и ауторско право¹⁰.

2. Европско право

У односу на право Заједнице, такозвано *европско право* има следеће карактеристике:

- тежи да се прошири на сваку правну област и носи одлику систематичног приступа;
- не везује се за такав систем који би омогућио његову обавезну примену;
- јавља се на нивоу правне науке.¹¹

Бенакио указује на то, да се у свакој расправи о заједничком европском приватном праву позива на историјски период *ius commune*, када јединство европског права, засновано на римском праву, још није било разбијено националним правима. Познато је да у настанку *ius commune*, велику улогу имали професори првих великих европских универзитета. У том смислу улогу правне науке сматра битним и у данашњем тренутку. "У оба случаја, реч је о томе, да одговор на промене захтеве друштва, не дају државни органи већ правни научници" - пише.¹² Не би требало, међутим, занемарити да се утицај правне науке

⁹ Benacchio, нав. дело, стр.34.

¹⁰ Benacchio ова питања детаљно разматра у посебном делу књиге (нав. дело) стр 150 до 344.

¹¹ Benacchio, нав. дело, стр. 132.

¹² Benacchio, нав. дело, стр. 133.

на стварање јединственог права запажа већ и раније у античком римском периоду.¹³ У поновном откривању заједничког семена новог *ius commune*-а и други аутори првенствену улогу придају правној науци.¹⁴ Ова правна наука, међутим, не би смела бити одвојена од потреба живота и практичног искуства. С тога је битно оживети и некадашњи *lex mercatoria*. У том погледу сматрају се значајним и веома корисним Принципи UNIDROIT.¹⁵

Захваљујући, између осталог и научним расправама, Европски Парламент је 26. маја 1989. године прихватио одлуку о приближавању приватног права чланица и о изради законика европског приватног права. Неколико година касније, 6. маја 1994. године, прихватио је одлуку о хармонизацији појединих области приватног права чланица (Службени Гласник С 205/518, 1994.). Затим је Комисија (комитет) за право и унутрашње тржиште 6. новембра 2000. године прихватила становиште, у којем први пут формулише предлог о садржини и начину припреме новог европског грађанског законика.¹⁶ Најзад, 11. јула 2001. године прихваћено је саопштење за Комисију и Парламент о европском уговорном праву.

Данас већ постоји неколико различитих пројеката за израду Европске кодификације. Већина научника је наклоњенија томе да се унификује само уговорно право, с образложењем да ово подручје није толико одређено историјским правним традицијама појединих земаља, као и позивајући се на чињеницу да је ово подручје веома значајно за несметано одвијање трговине међу чланицама. Укратко ћемо изложити рад на постојећим пројектима:

а) Нацрт групе из Павије¹⁷

Прва иницијатива настала је на научној конференцији која је одржана 20 – 21. октобра 1990. године на Универзитету у Павији. Џузепе Гандолфи, професор римског и грађанског права, као руководилац групе иницирао је стварање једног законика европског уговорног права. Према мишљењу припадника ове групе,

¹³ Benacchio за решавање данашњих проблема хармонизације приватног права сматра битним изучавање *ius commune*, занемарујући изучавање античког римског права, када се такође одвијао процес стварања јединственог права. Истиче да када спомиње римско право "тада под овим појмом... подразумевамо оно римско право које су обрадили и прилагодили сопственом времену великани правне науке првих великих европских универзитета.", значи, средњовековно модификовано римско право. Према нашем мишљењу на овај начин не могу да се открију прави корени правних института, нити постјеће разлике у правним системима европских држава, а не би требало занемарити ни искуство старог Рима у уједначавању права. Изучавање "правог римског права" може и у савременом тренутку да одигра значајну улогу.

¹⁴ Видети, I. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* Roma, 1993, стр.14, A. Gambaro, *Il successo del giurista. Il foro italiano*, 1983, V, стр. 85.

¹⁵ U. Draetta, *Principi Unidroit per i contratti internazionali e Progetto di codice europeo dei contratti – due proposte a confronto*, *Diritto del commercio internazionale*, 1994/3-4, стр. 681.

¹⁶ Ch. Von Bar, *A European Civil Code, international agreement and European directives*, In, *The private law systems in the EU: discrimination on the ground of nationality and the need for a European Civil Code*, JURI, 103, EN.

¹⁷ О раду ове групе видети: R. Vigneron, *L' unification du droit privé européen*, *Journal des tribunaux*, 1991, стр 15., F. Sturm, *Bemühungen um ein einheitliches europäisches Vertragsrecht*, *Juristenzeitung*, 1991, стр 555.

законодавни пут је једини ефикасан пут у овој области. За основ будуће кодификације узели су четврту књигу (о облигацијама) Италијанског грађанског законика из 1942. године чија решења се базирају на француском и немачком грађанском закоником. Недавно су објавили рад под насловом European Contract Code – Preliminary draft (Universita di Pavia, 2001) у коме су сакупили правила узета из права чланица Европске Заједнице и Швајцарског права о настанку, форми, тумачењу, дејству, неизвршењу и гашењу уговора.

б) McGregorov нацрт

McGregor, оксфордски професор, по наруџби English Law Commission израдио је нацрт Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission, у циљу да повеже енглеско са шкотским уговорним правом. Ту је требало пронаћи заједничке основе, с обзиром на то да шкотско право припада углавном групи civil law система. При изради овог нацрта он се сусрео са сличним проблемима који се због различитости права која се базирају на civil law и common law систему јављају при изради јединственог текста европског приватног права. Нацрт се састоји од 190 чланова праћених коментарима правних научника. Мада је нацрт завршен већ 1971. године, није имао наставак јер је примљен са неповерењем како с енглеске, тако и с шкотске стране.

С обзиром на то да разлику између ова два система ни павијска група није могла да занемари, она је 1993. године поред сопственог радног нацрта, прихватила и овај интересантан нацрт.

ц) Основни принципи Европског уговорног права (Principles of European Contract Law) документ Ландо – комисије

Професор Универзитета у Копенхагену, Ole Lando, руководи групом чији је задатак израда нацрта европског грађанског законика. У оквиру ове групе формирана је комисија за питања уговорног права састављена од правника свих чланица Заједнице, која је сачинила Основне принципе Европског уговорног права.¹⁸ Овај документ је 1999. године доживео већ друго издање. Ови принципи чине само прву фазу једног много амбициознијег плана.

Док се у овом случају ради само о принципима, како смо видели, Гандолфијев циљ је усвајање праве кодификације. Принципи Ландо – комисије могу се упоредити са Принципима UNIDROIT. Ови последњи, међутим, нису обавезујућег карактера. Њих користе у међународној арбитражи ако странке изаберу lex mercatoria. Насупрот томе принципе Ландо комисије законодавац државе чланице може да примени ради прихватања нових правила и може да се користи и у припреми европске кодификације, што се такође односи на Гандолфијев пројекат.

¹⁸ O. Lando – H. Beale, Principles of European Contract Law, Part I and II, The Hague-London-Boston, 2000.

На међународној конференцији који је 1998. године одржан у Хагу са темом "Према Европском грађанском Законику" (Towards a European Civil Code)¹⁹, као и рада Ландо – комисије, настала је једна истраживачка група: Study Group on a European Civil Code у циљу проширења унификације права на целу област имовинског дела приватног права (на изворе облигација, на банкарство и осигурање и на делатност финансијског посредовања). Вођени су уверењем да предлог јединствене европске кодификације треба да потекне са универзитета, од правника – научника, који су независни од политичких утицаја, а не из Брисела. Поводом тога настала је истраживачка група чијим радом руководи професор Кристијан Бар (Оснабрик) која сакупља резултате истраживања правних решења држава које припадају Европској Унији и Савету Европе. Ову истраживачку групу чине радне групе у којима су ангажовани углавном млади правници који истовремено израђују и своју докторску (PhD) дисертацију. Групама руководи познати професори и свака истражује посебно правно подручје. Њихов рад помаже Професорско саветодавно тело, састављено од професора и истраживача који потичу из различитих земаља. Припремљени предлози стижу пред комисију за координацију у којој су присутни представници чланица Европске Уније као и посматрачи из других земаља. Целокупним пројектом руководи једна посебна комисија чији је председник професор фон Бар.

Сада су активне групе за следеће области:

Правно неосновано богаћење и Negotiorum Gestio;

Купопродаја и услуге

Франшиза и уговор о заступању (агентима)

Хартије од вредности које гласе на име и хартије од вредности којима се остварује право располагања покретним стварима;

Пренос права на покретним стварима;

Осигурање;

Финансијске услуге.

Рад ће највероватније бити проширен и на друге правне области, сматра Н. Beale, један од учесника у овом пројекту²⁰ Рад на кодификацији приватног права сматрају потребним и органи Уније. Комисија је 11. јула 2001. године издала саопштење Савету и Парламенту, које је у суштини Зелена књига уговорног права.²¹ Бил је мишљења да би ову књигу требало проширити на вануговорну штету као и на правно неосновано богаћење.

¹⁹ Материјали ове конференције објављени су у European Review of Private Law, 1997, стр. 455 и даље.

²⁰ О питањима и проблемима финансирања овог истраживања видети Н. Beale, The development of European Contract Law: Towards a European Civil Code, у A magyar magánjog az európai jogfejlődés áramában, Miskolc, 2002, стр. 15.

²¹ На интернету се налази под: <http://europa.eu-int/comm/off/green/index.en.htm>

д) Common Core Project из Трента²²

Овај истраживачки програм је настао 1993. године под покровитељством Рудолфа Б. Шлезингера, професора на Универзитету у Тренту на иницијативу професора У. Матеја и М. Бусанија и од тада се налази у центру пажње компаративиста и цивилиста целог света.

Новина овог програма јесте, да се бави не само уговорним, односно облигационим правом (contracts and torts), него своја истраживања проширује и на стварно право (property).²³

Циљ ове групе истраживача јесте да сачини поуздану мапу европског приватног права и на њему прикаже резултате упоређења. Ова мапа не би служила непосредној примени, него будућим кодификацијама европског права. Њихов циљ није да се по сваку цену пронађе јединствено решење, него да подаци буду тачни. Сматрају да први корак у стварању јединственог права морају бити баш поуздани подаци о постојећим правним системима. Према томе, овај пројект ставља нагласак на научно истраживачки рад у циљу стварања заједничке европске правне културе. Оваква заједничка европска правна култура не може да се оствари без оних правника који би били упознати са рацијом и историјатом заједничких правила.²⁴

У погледу потребе за јединственим приватним правом мишљења се још увек разилазе. Једна група (првенствено припадници групе фон Бара) сматра и истински верује у то да је потребно сачинити јединствени Европски грађански законик у виду Кодекса који би у свакој држави чланици заменио национална правила. Надзор над његовом применом у државама чланицама требало би да обавља нека врста Европског суда грађанског права. Други се овоме противе. Многи не желе да иду даље од збирки правила, а има и таквих мишљења, да ће државе чланице временом спонтано прихватити хармонизацију и сходно својим жељама и традицији уградити заједничка правила у сопствени правни систем.²⁵

Имајући у виду укупан процес хармонизације права, како на практичном, тако и на теоретском и научном нивоу, запажа се, да су питања стварног права засад, углавном заобиђена. На овом месту ћемо указати само на један проблем из ове области, проблем различитих модела стицања својине, као и на досадашња решења овог проблема на међународном нивоу.

²² О овом пројекту видети: М. Bussani, - Mattei, Making European Law, Essay on the „Common Core” Projekt, Trento 2000, E. Hondius, The Common Core of European Private Law, European Review of Private Law, 8/ 2000, стр. 249., Н. Kötz, The Common Core of European Private Law: Third General Meeting, European Review of Private Law, 5/1997, стр. 549., X. Blanc – Jouvan, Reflections on „The Common Core of European Private Law” Project, Global Jurist Frontiers, vol. 1, no. 1, 2001, <http://www.bepress.com/gi/frontiers/vol1/iss1/art2>.

²³ Bussani – Mattei, The Common Core Approach to European Private Law, The Columbia Journal of European Law, vol.3 no.3/1997-98, стр. 339.

²⁴ Benacchio, нав. дело, стр. 143 и нот. 289.

²⁵ Напред цитрао место, стр. 19.

II. Различити модели прибављања права својине

1. Основи различитих модела прибављања својине у античком римском периоду

Основе из којих су се развили данашњи модели стицања својине деривативним путем налазимо у античком Риму, у његовој 1300 годишњој правној историји, која је непобитном законитошћу пратила промене у привреди и друштву.

Без претензије да улазимо у детаљан приказ ове проблематике у току римске историје, на овом месту желимо само да укажемо на оне друштвено економске околности у којима су ови модели настали.

У најранијем, тзв. архаичном периоду као последица затворено кућне привреде, као и у последњем кризном периоду као последица натуралне привреде недостајали су кредитни послови. Најчешћи правни посао, купопродаја, обављала се у виду непосредне размене ствари за новац (купопродаја из руке у руку). Услед ових привредних околности није постојала временска дистанца између закључења и извршења посла. Као последица тога, ове радње се нису разликовале ни у правном погледу. Таква пракса довела је до схватања да сам посао (уговор) преноси својину. Према томе, сматрало се да се својина преноси закључењем уговора.²⁶ За архаични период није сачуван одговарајући текст, међутим, из каснијег посткласичног, такозваног периода вулгарног права, постоје за то лепе илустрације. На пример, интерпретација текста Паулових Сентенција из *Lex Romana Visigothorum* гласи овако:

LRV. Int. P. S. 1, 13, 4: „Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam venidit, omnibus modis compellendus est.” (Ако неко не изврши предају оне ствари коју је примајући цену продајом отуђио, на предају продате ствари је приморан свим средствима.) Ова интерпретација одговара лаичком, тзв. вулгарно правном схватању: чим сам платио цену стичем и својину купљене ствари, а сходно томе предају ствари могу да захтевам свим средствима (како облигационим, тако и стварно правним). Реч је, према томе, о транслативном дејству уговора.

Као последица транслативног дејства уговора у моменту закључења уговора прелази на купца својина и на плодовима продате ствари:

LRV. P. S. 2, 18, 4: " Ex die emtiois, si pars pretii numerata sit, et fructus, et operae servorum, et foetus pecorum, et ancillarum partus ad emptorem pertinent." (Од дана куповине, ако је исплаћен део цене, купцу припадају и плодови и рад робова и плод животиња и дете робиње.)

²⁶ У погледу архаичног периода видети: Ф. Бенедек, *A iusta causa traditionis a római jogban*, *Studia Jur. Acad. Univ. Pécs public.* 8, 1959, стр. 39; За посткласични период тзв. вулгарног права: Магдолна Фејеш – Сич, *Уговор о куповини и продаји према одредбама зборника "Lex Romana Visigothorum"*, магистарски рад, Београд, 1986, стр. 216 и нот. 358; V. A. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1978, стр. 93.

Прелазак својине на купца у моменту закључења уговора повлачи за собом и забрану продаје туђе ствари.

Int. LRV. P. S. 1, 1, 2 (4): "Si inter aliquos conveniat...de rebus alienis, haec pacta valere non possunt." (Ако настаје споразум...о туђим стварима, ови споразуми не могу имати ваљаност.)

У најразвијенијем, класичном периоду, под утицајем робноовчане привреде, били су развијени кредитни послови, код којих се исплата цене и предаја ствари одлагала за каснији временски период од времена закључења посла. У таквим условима класична правна наука је развила прецизна правила по којима: уговор ствара само облигацију, обавезу за касније извршење тј. предају (*iusta causa*), а за пренос својине се захтева и посебан акт преноса (*modus acquirendi*), манципација за пренос права својине на основним средствима за производњу (*res mancipi*) и традиција (проста предаја) за све остале ствари (*res nec mancipi*).²⁷

D. 41, 1, 31, пр. Paulus libro 31 ad edictum: "Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur." (/Сама/ проста предаја ствари никада не преноси својину, већ само онда, ако би јој претходио уговор о купопродаји или неки други ваљан правни основ због којег је уследила предаја.)

Такође, Гај у Институцијама 2, 19 – 20: "Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque si tibi vestem vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim." (Наиме, *res nec mancipi* простом предајом правоваљано се преносе, под условом да се ради о телесним стварима и баш су због тога подобне за традицију. Ако ти, дакле, будем предао одело или злато или сребро било на основу продаје или поклона или којег другог правног основа, одмах ће ствар постати твоја, уколико сам ја њен власник.)

Према томе, за пренос права својине у класичном периоду поред ваљаног основа (на пример, уговора о куповини и продаји) захтева се и одговарајући начин преноса (ако је реч о *res nec mancipi* то је предаја – традиција), а моменат стицања својине је време извршења предаје, наравно, ако су испуњени и други неопходни услови (да је ствар телесна, да је преносилац био власник и да се ствар може пренети простом предајом, тј. реч је о *res nec mancipi*).

У Јустинијаново време традиција се све више осамосталила од правног основа. *Iusta causa* је постала само доказ о постојању воље за пренос права својине (*animus transferendi domini*). У Јустинијаново доба традиција ипак није постала апстрактан правни посао типа реалног контракта. Такав тип посебног правног посла традиција је постала тек касније у пандектној теорији.²⁸

Према томе, различити, пре свега економски услови створили су три различита модела прибављања права својине. Развијена робно новчана размена и правна наука која је на њој израсла и решавала проблеме праксе, створила је класични модел, по ком се, уз остале услове, за прибављање права својине поред

²⁷ Бенедек, нав. дело, стр. 5 и 40.

²⁸ Бенедек, нав. дело, стр. 40 – 44.

ваљаног уговора захтева и посебна правна радња, предаја ствари. Неразвијена размена (почетак римске историје) или економска криза, праћена инфлацијом (крај римске историје), услед свођења правних послова у пракси за непосредне акте размене, створила је два модела преноса права својине: један је на бази уговора (вулгарно правно решење); и други, пренос права својине предајом која се врши у намери преноса својине (Јустинијаново право).

2. Модел прихваћен у бившим југословенским земљама

Бивше југословенске земље су пре другог светског рата припадале разним правним подручјима. У Србији се примењивао Српски грађански законик (СГЗ) из 1844. године, у Војводини мађарско право које је било под знатним утицајем Аустријског грађанског законика (АГЗ), у Хрватској аустријски законик под називом Општи грађански законик (ОГЗ), у Словенији и Далмацији такође Аустријски грађански законик. У Босни и Херцеговини је примењивано турско право, с тим, што су правници и службеници образовани по аустријском праву, у питањима стварног и облигационог права примењивали Аустријски грађански законик. У Црној Гори примењивали су Богишићев Општи имовински законик из 1888. године (ОИЗ). У Македонији користили су турско Менцеле, али су после балканских ратова и овде примењивали Српски грађански законик.²⁹ Примећује се преовлађујући утицај аустријског права.³⁰

У погледу питања стицања својине, АГЗ пар. 425. прихвата римски модел класичног периода, да се својина не преноси самим уговором, већ се захтева и извршење предаје ствари. Ово исто правило је предвиђено и у СГЗ пар. 285 и 286; ОИЗ члан 26; 836; 65 и 67.

Установљавајући јединствени модел Југословенског законодавства после другог светског рата на овим заједничким основама, у погледу стицања својине деривативним путем прихваћено је аустријско решење.³¹ Ово правило није промењено ни после распада Југославије, тако у свим бившим југословенским републикама се и данас захтевају следећи услови стицања својине:

1. да је преносилац заиста власник ствари;
2. да постоји пуноважан уговор управљен на пренос својине;
3. да је извршена предаја ствари ако су у питању покретне ствари, а упис у земљишне књиге, односно пренос тапије, у случају непокретности.

²⁹ А. Гамс, Увод у грађанско право (општи део), Београд, 1972, стр. 15 – 18; В. Богишић, Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986; З. Пишкулић, И. Ђерђ, Основи приватног права у Војводини, Београд, 1924, стр. 1, 6 и 8; М. Вуковић, Правила грађанских законика, Загреб, 1961, стр. VI – IX.

³⁰ А. Гамс, нав. дело, стр. 18.

³¹ А. Гамс, нав. дело, стр. 18.

3. Различити модели у упоредном праву

Три основна решења римског права базирана на различитим друштвено економским приликама налазимо и у савременом праву европских земаља.

Аустријски модел, који своје корене води из класичног римског концепта стицања својине путем традиције на основу ваљаног основа, био је прихваћен у Русији (Грађански раоник РСФСР из 1964. године у члану 135, 136), као и земљама под аустријским утицајем, као што је Мађарска и бивше југословенске земље, а такође и у Грађанском законнику Етиопије из 1960 у члану 1186.

Француски модел прихвата принцип транслативног дејства уговора. За пренос права својине предаја ствари није неопходна.³² Исто решење смо видели у извору посткласичног вулгарног права Lex Romana Visigothorum (у Алариковом Бревјару), који је примењиван у Француској све до XII века. Сматрамо, да је ово правило могло бити дубоко укоренењено у обичајима и тако је прихваћено и у Наполеоновом законнику из 1804. године.³³ С обзиром на то да овај начин стицања својине ствара разне проблеме дошло је до делимичног модификовања правила.³⁴

Овај начин стицања својине је прихваћен у Италијанском (члан 1376; 1378), у Пољском (члан 155) и Чехословачком грађанском законнику (члан 111).

Немачки модел је трећи. У основи има такође римско правило, али из последњег, јустинијановог периода.³⁵ У немачком праву предаја ствари има значај посебног апстрактног правног посла. Само преноси право својине независно од основног правног посла (титулуса). Воља странака усмерена на пренос права својине приликом предаје ствари је довољна да би дошло до преноса својине. Ово решење прихвата и Грађански законик Грчке (члан 1034).

4. Досадашња решења овог проблема у међународном (приватном и трговинском) праву

Данас када је међународна трговина веома интензивна и укључује и најширу популацију, ове разлике у начину стицања својине деривативним путем могу довести до практичних правних проблема, које се тичу заштите потрошача.³⁶ До суштинских проблема може доћи због битне разлике у правном решењу две групе земаља.

Првој групи припадају земље у којима се својина преноси самим уговором. То правило предвиђа француско, италијанско, као и енглеско и америчко право.³⁷

³² С. С. Члан 938; 1138; 1583; А. Гамс, нав. дело, стр. 257.

³³ М. Фејеш – Сич, нав. дело, стр. 217.

³⁴ М. Драшкић, Обавезе продавца према унификованим прописима о међународној купопродаји, Београд, 1966, стр. 21 – 23.

³⁵ Немачки грађански законик, члан 929; А. Гамс, Кауза и правни основ, Анали Правног факултета у Београду, 1959, стр. 163 – 168.

³⁶ О појму потрошача видети Бенакио, нав. дело, стр. 207.

³⁷ Француски С. С. члан 1583; Италијански С. С. члан 1376; Енглески Sale of Goods Act, члан 18; Амерички Uniform Sales Act, члан 19.

У другој групи су земље које су прихватиле аустријски и немачки модел и припадају тзв. "римском систему". Овој групи је заједничко да за пренос својине поред уговора неопходни су и одређене материјалне радње.³⁸

Најбитнија разлика ових система је у моменту преласка својине на прибавиоца. У француском систему то је моменат закључења уговора, а по "римском систему" то је моменат предаје ствари (испоруке робе). По првом систему продавац мора бити власник ствари већ у време закључења уговора, а по другом систему својину може и накнадно да прибави све до момента предаје ствари. Поставља се и питање сношења ризика случајне пропасти ствари (перикулума), као и заштите права трећих лица. Проблем перикулума је ублажен правилом "*Genera non pereunt*", али остаје и даље актуелан у случају индивидуално одређених ствари (*species*).³⁹

Међународно приватно право овај проблем и даље решава колизионим нормама. У области стварних права основна колизиона норма је *lex rei sitae*. У случају промета покретних ствари алтернатива може да буде и принцип *mobilia personam sequuntur*. Неке земље су *lex rei sitae* потпуно или делимично замениле са принципом *lex loci actus*.⁴⁰ С обзиром на то да су колизиона решења различита то ствара још већу несигурност у међународној трговини.

Иницијатива за унификацију права међународне трговине настала је још давне 1929. године у Риму на Међународном институту за унификацију међународног приватног права. После доношења неколико парцијалних решења: "*contratti di Ginevra*"; INCOTERMS, итд., Конференција у Хагу је 1964. године донела је *La convenzione sul diritto uniforme delle compravendita internazionale*.⁴¹ У члану 18. ова конвенција предвиђа следеће обавезе продавца: испоруку робе (предају ствари), предају докумената и пренос права својине.

Ова конвенција предвиђа само права и обавезе купца и продавца. Мада прописује обавезу преноса права својине, не улази у питање под којим условима и на који начин се преноси својина и у ком моменту купац стиче право својине. У погледу начина преноса својине упућује на национална права држава. Решење овог проблема избегава се и у Бечкој конвенцији о међународној купопродаји робе из 1980. године. Да не би улазили у проблем времена стицања својине (да ли је то моменат закључења уговора или предаје ствари, тј. у проблем различитих модела стицања својине) у случају прелаза ризика случајне пропасти ствари (перикулума) конвенција не прихвата општи принцип да ризик сноси власник, него ово питање одваја од права својине и везује за испоруку робе (испоруком робе ризик прелази на купца).⁴²

³⁸ Ж. Перић, О уговору о продаји и куповини, Београд, 1920, стр. 55; М. Драшкић, нав. дело, стр. 21 – 26.

³⁹ Драшкић, нав. дело, стр. 21 – 23.

⁴⁰ Т. Варади, Међународно приватно право, Нови Сад, 1990, стр. 223 – 226; Т. Варади- Б. Бордаш- Г. Кнежевић, Међународно приватно право, Нови Сад, 5. изд. 2001, стр. 338 – 355.

⁴¹ Uniform Law on the International Sale of Goods Hague, 1. July, 1964.

⁴² United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 1980, u *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 51. Jahr. 1987. Heft 1 – 2, Tübingen, стр. 134 –

Јединствено регулисање питања везаних за својину у последњем периоду, поред постојања ових различитих модела отежавао је и процес денационализације и приватизације у бившим социјалистичким земљама,⁴³ као и посебан интерес националних држава за очување непокретних ствари путем националних правних правила⁴⁴ (разна ограничења стицања својине за стране држављане, пре свега због ниског животног стандарда већине грађана бивших социјалистичких земаља).

С обзиром на то да је процес денационализације и приватизације завршен или се приводи крају у већини земаља, као и на то да је у Европској Унији прихваћен принцип забране дискриминације, слободе кретања робе, рада и услуга и капитала, највероватније да ће хармонизација права у већој мери захватити и област стварног права. Неопходно је због тога, с једне стране, праћење промена које се одвијају на европском и светском нивоу како у теорији тако и у пракси, а с друге стране, применом упоредно-правног метода упознавање и са разним решењима прихваћеним у националним правима, која се базирају на дубоком историјском и културном наслеђу. Овај рад је у том погледу само општи поглед на једну веома широку проблематику која у сваком свом сегменту захтева детаљна истраживања. Модел који би био прихваћен не би смео да буде резултат разних политичких утицаја, већ би требало да буде оно најбоље решење које је засновано на практичном искуству и научним истраживањима.

С обзиром на брзину промена које се последњих година одвијају у области приватног права у земљама које припадају Европској Заједници, Бенакио упозорава на следеће: " Имајући у виду даљи развој, за неколико година тешко да ћемо препознати оно право о којем смо учили у универзитетским учионицама. Право које ће се оформити наредних година биће све више "европеизовано" правилније речено "постаће право заједнице" (comunitarizzato).⁴⁵

Овај процес не може да остане изолован, тако да у све већој мери врши утицај и на право земаља ван Европске Уније, а такође и на наше право.

Закључак

Пратећи савремене токове развоја приватног права у Европи, можемо запазити два основна правца.

Један се одвија путем активности органа Европске Заједнице, првенствено у виду принципа (поред директива и судске праксе) и ствара јединствене моделе, или пак унификује или хармонизује право, пре свега земаља Европске Заједнице.

195.; J. Вилус, С. Царић, С. Шогоров, Међународно привредно право, Београд, 1989, стр. 165; 185 – 190; Видети: члан 30 и 4; у погледу права трећих лица: члан 41, 42, 43; перикулума: члан 66, 67, 68.

⁴³ Видети о том проблему: T. Bán, A tulajdon védelme az emberi jogok európai egyezményében, у књизи Család, tulajdon és emberi jogok, Budapest, 1999, стр. 125 – 141.; L. Sermet, The European Convention on Human Rights and Property Rights, Council of Europe Publishing, Human rights files, No. 11 rev.

⁴⁴ Gy. Mecsér, A magyar tulajdoni perek néhány jellemzője, Család, tulajdon és emberi jogok, Budapest, 1999, 142 – 153.

⁴⁵ Бенакио, нав. дело, стр. 137.

Други се одвија на научно – истраживачком нивоу, путем разних пројеката и има за циљ унификацију европског приватног права или чак стварање европске кодификације грађанског права.

Ова два правца се, с једне стране прожимају, а с друге стране и разилазе.

У целом овом процесу хармонизације права главно место припада уговорном праву, док се питања својине (и уопште стварног права) сем основне гаранције права својине и разних оперативних правила, заобилазе. Један од разлога за то јесте и постојање различитих модела стицања својине у националним правима земаља, не само између припадника *civil law* и *common law* система, него и унутар *civil law* система, чије корене налазимо још у старом Риму. Поред тога, не треба занемарити ни посебан интерес држава за заштиту основних националних добара, као ни процес денационализације и приватизације који се одвија у бившим социјалистичким земљама. Све ово утиче на одлагање проблема јединственог регулисања суштинских питања стварног права.

Имајући у виду потребе слободног заједничког тржишта на којем су присутна физичка лица као потрошачи, која не обављају привредну делатност, спроводи се интензиван рад на пољу хармонизације приватног права. Међутим, питања стварног права у том погледу се, засад, веома скромно постављају и то само у оквиру појединих научних пројеката.

Овај рад има за циљ да упозна читаоца са основном проблематиком различитих модела стицања својине, чија разрада захтева детаљна историјска, упоредно правна и теоријска истраживања.

*Magdolna Sic, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Methods of Creating Uniform European Private Law and Problems of Different Modes of Property Acquisition

Abstract

The author observes that the process of harmonization of laws within European Union and in announced European civil code failed to include some important property issues. Normative activities of the EU, as well as other research projects, are mainly focused on contract law. Some recent initiatives call for including property issues into research projects.

The author points out that there is a serious problem arising out of diversity of different modes of property acquisition within Europe. The origin of existing models of property acquisition dates back to the Roman period, which are the result of particular

economic conditions of that time. Today, in the environment of the European common market which involves natural persons who do not conduct commercial activity, the existing rules cannot meet the set requirements. The consumer (buyer) has a legitimate interest (apart from the interest he has as a consumer, which has been regulated by the law of consumers' protection) to know how he may acquire property and when he becomes the owner.

This complex and delicate issue should not be solved by political means.

Solving this problem, as well as other private law problems, should be based on research which would involve practical aspects, detailed historical analysis, comparative law overview and legal theory.

*Др Раденка Цветић, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА ВЕЗАНА ЗА ИНСТИТУТ ПРАВА ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ

Сажетак: У Републици Србији је једно време постојао изричит пропис који је налагао суду да по службеној дужности води рачуна о поштовању законског права прече куповине приликом овере уговора о продаји непокретности. Од 1998. године таквог прописа више нема, али важећи Закон о промету непокретности оставља могућност тумачења у корист постојања јавноправне заштите права прече куповине. Због тога аутор у првом делу рада, као начелно поставља питање: да ли треба да постоји заштита права прече куповине по службеној дужности или је заштита могућа само по захтеву овлашћеног лица.

У другом делу рада аутор скреће пажњу на неопходност постојања адекватних правила која спречавају изигравање права прекупа, као и нужност прецизирања правног дејства захтева којим се тражи остварење овог права у случају повреде права првенства.

Кључне речи: овера уговора, заштита по службеној дужности или на приватан захтев, право прекупа, пуноважност уговора о продаји, захтев за поништај уговора

I - Овера уговора и законско право прече куповине

У једном периоду у нашем правном систему постојао је изричит пропис да је за оверу потписа на уговору од стране суда неопходно да продавац (власник непокретности) приложи доказ о поштовању права првенства имаоца права прече

куповине (доказ да му је учинио понуду према утврђеним правилима).¹ У противном суд је био дужан да решењем одбије захтев за оверу.² Дакле, суд је при овери уговора, по службеној дужности пазио на поштовање одредаба Закона о промету непокретности о праву прече куповине.³ То је, на неки начин, представљало превентивну јавноправну заштиту права прече куповине као права које се признаје одређеном лицу, не само у његовом личном интересу, већ, пре свега, у општем интересу.⁴

Таквог изричитог правила више нема у Закону о промету непокретности Републике Србије из 1998. године. На основу тога, може се закључити да суд мора оверити уговор и без доказа о поштовању права прече куповине, тј. да продавац не мора обезбедити доказ о учиненој понуди имаоцу права прече куповине, да би оверио уговор.⁵ Међутим, пажљивим читањем интегралног текста Закона из 1998. године, а не само одредаба о праву прече куповине, односно реализацији права прекупа, могло би се доћи и до супротног закључка.

Наиме, Законом о промету непокретности из 1998. године је предвиђено да суд може конвалидирати уговор о промету непокретности који је закључен у писаном облику, али на коме потписи уговарача нису оверени од стране суда, под условом да је уговор испуњен у целини или претежним делом, *да није повређено право прече куповине* (подвукла Р. Ц.) и да није повређен принудни пропис.⁶ Дакле, изричито је прописано да суд при одлучивању о оснажењу једног уговора који, због недостатка прописане форме која је услов његове пуноважности, иначе, *ex lege*, не производи правно (већ само фактичко) дејство,⁷ *ex officio* води рачуна о поштовању права прече куповине. Логичан закључак је да о томе суд води рачуна и при овери уговора. У супротном, овера уговора би била пут да се избегне обавеза чињења понуде имаоцу права прече куповине. Дате одредбе Закона о промету непокретности морају се логички и циљно тумачити и чини нам се да такво тумачење доводи до закључка да и даље имамо превентивну јавноправну заштиту законског права прече куповине непокретности.⁸

¹ Такво правило изричито је утврђено 1987. године Законом о изменама и допунама Закона о промету непокретности Републике Србије из 1981. године и као такво постојало у нашем правном систему до ступања на снагу новог Закона о промету непокретности из 1998. године (Сл. гласник Републике Србије, бр.42/1998).

² Члан 27, ст. 1. Закона о промету непокретности Републике Србије из 1981. године након измена Закона из 1987. године.

³ I Општим имовинским закоником за Црну Гору, чл. 30, било је изричито предвиђено да суд, пре него што потврди уговор на основу којег се стиче својина на непокретној ствари, по службеној дужности проверава, између осталог, и да ли су поштована правила о праву прече купње.

⁴ О циљу који се жели постићи установљавањем права прече куповине у корист одређених лица видети више у: Р. Цветић, *Право прече куповине*, Нови Сад, 2002, стр. 24-27.

⁵ Видети: Б. Цмиљанић, *Право прече куповине код промета непокретности*, Судска пракса, бр. 1/1999, стр. 63 и С. Радовановић, *Превентивна заштита права прече куповине*, Судска пракса, бр. 1/1999, стр. 65 и даље.

⁶ Члан 4, ст. 3. Закона о промету непокретности Републике Србије из 1998. године.

⁷ Члан 4, ст. 1. и 2. Закона о промету непокретности Републике Србије.

⁸ У Предлогу Закона о промету непокретности Републике Српске из 2000. године садржано је такво изричито правило и поздрављено од једног дела стручне јавности као добродошао вид заштите

Јавноправна или приватноправна заштита права прече куповине?

Независно од наведеног тумачења поставља се начелно питање: да ли уопште треба да постоји јавноправна заштита права прече куповине (по службеној дужности) или, пак, заштита повређеног права прече куповине треба да зависи искључиво од воље овлашћеног лица?

Правило према којем заштита повређеног права прече куповине зависи искључиво од воље овлашћеног лица, било би у складу са начелом пружања заштите на приватан захтев.⁹ Титулар права прече куповине може због учињене повреде (тако што му уопште није учињена понуда на прописан начин или је након њему учињене понуде, коју није прихватио, непокретност продата трећем лицу под повољнијим условима) тужбом захтевати да се утврди да уговор не производи дејство према њему и да му се ствар уступи под истим условима. Да би захтев био благовремен потребно је да је поднет у року од 30 дана од дана сазнања за продају којом је повреда учињена (субјективан рок), а најкасније у року од две године од дана закључивања уговора о таквој продаји (објективан рок).¹⁰ У овом року тужилац је дужан да, код надлежног суда положи износ у висини тржишне вредности непокретности.¹¹

Постојање јавноправне заштите законског права прече куповине могло би се правдати чињеницом да се оно установљава само када постоји општи интерес да се одређена лица фаворизују као купци одређених ствари. При одговору на питање чиме се може оправдати мешање државе у избор сауговарача, мора се поћи од циља који се жели постићи законским установљавањем права прече куповине. С тим у вези треба утврдити да ли потреба заштите интереса одређених лица да прибаве одређене ствари може да оправда ограничење слободе уговарања других. Ако је одговор позитиван онда се може рећи да је оправдана интервенција законодавца путем права прече куповине. На пример, ако се ради о пољопривредном земљишту, општи је интерес да се оно не уситњава ради што рационалније пољопривредне производње и да се користи искључиво за пољопривредну производњу. Зато је оправдано мешање државе у промет тог земљишта, па се сувласнику или власнику суседног пољопривредног земљишта признаје првенство у стицању.¹² Или, у случају отуђења културног добра, општи интерес очувања културног наслеђа је у

права прече куповине. Видети: Б. Мораит, *Право прече куповине у приједлогу Закона о промету непокретности Републике Српске*, Избор судске праксе, бр. 11/2000, стр. 63.

⁹ Тзв. страначка иницијатива у грађанским судским поступцима. Видети више о томе: Д. Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2001, стр. 131-132.

¹⁰ О самим роковима, њиховој природи и дејству њиховог протека, видети више: Р. Цветић, *op. cit.*, стр. 206-209.

¹¹ О целисходности правила којим се утврђује истовременост аката подношења тужбе због повреде права прече куповине и полагања купопродајне цене, те о прикладности захтевања полагања тржишне (а не остварене) цене дате непокретности видети више: Р. Цветић, *op. cit.*, стр. 201-206.

¹² Које ће они остварити, наравно, онда када за то имају сопствени интерес. Видети више о томе: Р. Цветић, *op. cit.*, стр. 220-225 (Право прече куповине пољопривредног земљишта).

основи интервенције у виду законског права прече куповине оних за које се сматра да ће то најбоље успети.¹³

Заштита интереса појединих субјеката да прибаве одређене ствари (пре других потенцијалних купаца), према томе, увек треба да буде у функцији јавног (општег) интереса и само у том случају може и бити оправдана.¹⁴ У неким случајевима (као што су ови напред наведени примера ради), општи интерес је очигледан, док се у другим до њега долази посредно (као што је случај са општим правом прече куповине сувласника без обзира о којој се ствари ради, или правом прече куповине у корист чланова једног привредног субјекта¹⁵).

Полазећи од тога, као прихватљиво решење судбине права прече куповине у нашем правном систему, чини се оно које представља варијанту која поред уговорног права прече куповине, предвиђа постојање и законског права прече куповине у мери у којој је то оправдано општим интересима.¹⁶ Ако је право прече куповине установљено законом ради остварења/обезбеђења општег интереса онда и механизам заштите мора бити постављен тако да се о поштовању права стара не само конкретно заинтересовано лице, већ и надлежни државни орган. То би могао да буде *ratio* одредбе која је постојала у раније важећем Закону о промету непокретности, а која је изричито предвиђала јавноправну заштиту законског права прече куповине. То би, упркос непостојању такве изричите одредбе у важећем Закону о промету непокретности, могло да буде оправдање и даљег инсистирања наших судова на обезбеђењу доказа о поштовању права прече куповине овлашћених лица приликом овере уговора.

Од великог је, пре свега, практичног значаја, утврдити прави смисао Закона о промету непокретности Републике Србије, односно оних његових одредаба које се

¹³ То су, свакако, одговарајуће установе заштите и то због адекватне опремљености и стручне оспособљености. Видети више о томе: Р. Цветић, *op. cit.*, стр. 246-249 (Право прече куповине културног добра).

¹⁴ "Законско право прече купње стоји у опреци са појмом индивидуалне власности и слободом располагања. Али са економског гледишта има оно и добру страну, јер у интересу рационалног обрађивања лежи, да земљиште не буде расцјепао у више идеалних дијелова и да буде управа сједињена по могућности у једној руци. За то су оставила и најновија законодавства законско право прече купње у неким случајевима. У првом реду оправдано је, да се то право призна сунаследницима у непокретностима... Такођер јест оправдано, да се то право призна сваком идеалном сувласнику у непокретности." (М. Zobkow, *Pravo preče kupovine u otomansko-bosanskom zakonodavstvu*, Мјесећник, 1926, стр. 308)

¹⁵ Видети више о томе: Р. Цветић, *op. cit.*, стр. 111-112 (Сувласници као овлашћена лица), 238-239 (Право прече куповине сувласника), 249-252 (Право прече куповине удела у предузећу односно акција предузећа).

¹⁶ У том смислу, након што су Законом о промету непокретности из 1998. године укинута сви случајеви права прече куповине који су у једном дужем временском периоду били непримерени и као такви неоправдани (право прече куповине оних субјеката који су ово право стекли као овлашћени корисници друштвене својине с право располагања, тзв. друштвена-правна лица) и прописано право прече куповине сувласника (било које) непокретности, сматрамо да је надаље неопходно, у циљу прихватљивог потпуног регулисања овог правног института, установити опште право прече куповине сувласника (било које ствари), предвидети општа правила за све врсте права прече куповине (која увек остављају могућност реаговања специјалним правилима у неопходној мери, када год је то потребно), те уговорно право прече куповине регулисати диспозитивним нормама (уз обавезну примену правила усмерених на спречавање злоупотребе и изигравања права прече куповине).

односе на право прече куповине, и извршити потребно прецизирање. При постојећем стању, ако се не би имали у виду наведени аргументи који иду у прилог постојања превентивне јавноправне заштите права прече куповине, могао би се стећи утисак да службеници суда који оверавају уговоре и даље захтевају доказ о учињеној понуди имаоцу права прече куповине по инерцији, а не због чињенице да су на то обавезани законом по службеној дужности.¹⁷

II – Пуноважност уговора о продаји – услов за вршење права прече куповине

Право прече куповине може се вршити само онда када власник ствари на коју се ово право односи реши да је прода. Његова одлука да приступи продаји претпоставка је вршења права првенства, а пуноважан уговор о продаји којим је повређено право првенства имаоца права прече куповине је основ вршења права прекупа.¹⁸ Ако се констатује да такав уговор постоји, лице које је овлашћено на прекуп може га вршити само ако испуни све обавезе које из датог уговора произилазе за уговорну страну која се јавља у улози купца.

Када ималац права прече куповине чије је право првенства повређено истакне захтев за вршење права прекупа, суд као прејудисијално мора решити питање пуноважности уговора којим је повреда учињена. Тако, ако је већ покренут поступак за поништај или утврђење ништавости тог уговора, таква парница је прејудисијална за ону којом се остварује право прекупа. При томе је неважан разлог истицања ништавости, односно захтевања поништења, с тим што то никада није повреда права прече куповине. Ималац повређеног права прече куповине стога, нити може тражити поништај таквог уговора,¹⁹ нити је практично заинтересован за то, с обзиром да у случају поништења уговора не би могао вршити право прекупа. Такође, суд не може по службеној дужности поништити овакав уговор, када у току поступка дође до сазнања да је њиме повређено право прече куповине.²⁰

¹⁷ О тешкоћама на које наилази продавац који треба да обезбеди доказ о учињеној понуди титуларима права прече куповине видети: С. Радовановић, *ор. cit.*, стр. 66. Такав "ход по мукама" (приказан у наведеном чланку) није оправдан ни у случају постојања законске обавезе обезбеђења наведеног доказа, а неопростив је ако се трпи само због "необавештености" суда о насталој промени у позитивном законодавству. О сличном случају даље примене, по инерцији, прописа који су престали да важе видети: Д. Николић, *Чији су заједнички делови зграде*, Правни живот, бр. 10/2001, стр. 27-28.

¹⁸ "Смислу закона одговара становиште да право прече куповине постоји условно уколико постоји продаја и под условима који за ту продају важе. Кад пуноважна продаја не постоји – било зато што уговор од почетка није важио, било зато што је уговор накнадно престао да важи, па и зато што су странке пуноважно одустале од уговора онда не остаје ни право прече куповине." (Из образложења Пресуде Врховног суда Југославије Гж 63/66, Збирка судских одлука, књ. XI, св. 3, одл. бр. 200).

¹⁹ Осим у оним случајевима када спада у круг лица која то могу из законом утврђених разлога учинити.

²⁰ Улога суда у том смислу била би значајна у поступку овере уговора о промету непокретности, о чему је већ било речи.

Ако пуноважан уговор о продаји накнадно престане да важи, неопходан услов за вршење права прекупа нестаје, и оно се не може остваривати. То даље значи да споразумни раскид, у смислу одустанка од већ закљученог уговора, производи исте последице у погледу права прекупа као и неважност уговора. Споразумни раскид је, уствари, уговор којим странке одустају од свог раније закљученог уговора, јер више не желе остварење његовог правног дејства због којег су га закључиле. По правилу, уговор се може раскинути по споразуму његових учесника све док није потпуно извршен, што значи да је могућ у случају неизвршеног или делимично извршеног уговора.²¹ Међутим, поставља се питање шта у случају када уговор о продаји којим је повређено право прече куповине није у потпуности извршен, а уговорне стране приступе његовом раскиду по споразуму, након што је поднет захтев (тужба) за остварење права прекуп? Да ли признавање могућности одустанка од уговора и након тог момента значи стварање простора за злоупотребу овог права у смислу да се оно врши само да би се изиграо ималац права прече куповине?

Наша судска пракса стоји на становишту да је споразумни раскид закљученог купопродајног уговора могућ све док није извршен, чак и када је тај моменат каснији у односу на моменат подношења тужбе за заштиту права прече куповине (за остварење права прекупа).²² У таквом случају суд треба да испита, пре свега, да ли је уговор већ био извршен у моменту одустанка, па ако утврди да није, одустанак је ваљан, што значи да доводи до престанка уговора. Такво утврђење налаже одбијање тужбеног захтева, обзиром да је престао да постоји основ који га је чинио основаним, а то је пуноважан уговор о купопродаји. Сама чињеница да се тужилац изложио парничним трошковима у моменту када је усвајање његовог тужбеног захтева представљало оправдано очекивање (што је осујећено престанком уговора), може бити основ одговорности туженог (или тужених) за тако проузроковану штету, али не оправдава усвајање захтева за остварење права прекупа.

Враћајући се констатацији да је споразумни раскид, уствари, уговор на основу којег уговорне стране одустају од раније закљученог уговора, размотрићемо услове пуноважности тог уговора. То су општи услови који се редовно захтевају за пуноважност сваког уговора, а који се тичу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа уговора. Испуњеност свих ових услова цени се код уговора о одустанку самостално и независно од уговора од којег се одустаје. То значи да је, између осталог, могуће "... да је споразумни раскид ништав јер се противи принудним прописима или моралним императивима, што није случај са

²¹ Ако је уговор потпуно извршен споразум о његовом раскиду, уствари, представља нови уговор у коме странке имају супротне улоге од оних које су имале у "раскинутом" уговору. О споразумном раскиду уговора видети више: С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1986, стр. 486-492.

²² У том смислу, већ наведена пресуда Врховног суда Југославије Гж 63/66, затим Решење Врховног суда Хрватске Гж 1137/68, Наша законитост, бр. 2/1969, стр. 158 ("Ако уговор о купопродаји... још није извршен, а уговорници га споразумно развргну, престаје тиме право прече купње..."), Одлука Врховног суда Србије Гж 729/69, Збирка судских одлука из области грађанског права, Београд, 1972, одл. бр. 255 ("Када су туженици као уговорне стране раскинули уговор о куповини и продаји... не постоји ни право прече куповине тужиоца...").

првим уговором."²³ Сматрамо да је утврђивање испуњености ових услова од долучујућег значаја при доношењу одлуке да ли споразумни раскид уговора којим је повређено право прече куповине у потпуности депласира право прекупа, обзиром да више нема пуноважне продаје. Ако се утврди да је уговор о одустанку због одређених разлога ништав,²⁴ или да се њиме иде у правцу злоупотребе права,²⁵ мора му се оспорити сваки утицај на пуноважност већ закљученог купопродајног уговора којим је повређено право прече куповине, а који је основ вршења права прекупа.

Дакле, није спорно да је пре потпуног извршења уговора могућ споразумни раскид или измена датог уговора. Међутим, при уважавању таквих диспозиција мора се водити рачуна о дозвољености њиховог циља, као и о интересима савесних трећих лица. Због тога нам се чини неприхватљиво становиште које је дошло до изражаја у пракси највишег суда, а према коме "Уколико тај одустанак уговора представља радњу противну праву и добром обичају, онда из тог основа може да постоји одговорност за штету тужиоцу уколико постоје други услови одговорности."²⁶ Обавеза накнаде проузроковане штете у оваквом случају може бити само секундарна санкција, а основна је утврђивање ништавости таквог одустанка, као уговора противног праву и добром обичају.²⁷

Да би се имаоцу права прече куповине омогућило да оствари своје право и у ситуацији када је дошло само до фактичког преноса непокретности, дакле, када нема пуноважног уговора о продаји (јер нису испуњени услови у погледу захтеване форме), Законом о промету непокретности Републике Србије предвиђено је следеће правило: "Ако уговор о продаји непокретности није закључен у форми прописаној овим законом, а непокретност је предата купцу у државину, сматраће се да је на тај начин дошло до повреде права прече куповине, па лице које има то право може тужбом код суда да захтева остваривање тог права."²⁸ Исти смисао, спречавање изигравања права прече куповине, има већ наведено правило (из истог Закона) према којем суд може признати правно дејство уговора о преносу права на

²³ С. Перовић, *op. cit.*, стр. 488.

²⁴ Према чл. 109 Закона о облигационим односима: "На ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позвати свако заинтересовано лице. (ст. 1.) Право да захтева утврђење ништавости има и јавни тужилац. (ст. 2.)

²⁵ Мада у науци нема јединственог става о томе да ли се суд осврће на злоупотребу по службеној дужности (*ex officio*) или по приговору странке (*ope exceptione*). Пошто је сузбијање злоупотребе права ствар од општег интереса прихватљивији је став да се суду налаже да по службеној дужности води рачуна о томе да ли странке поступају на начин који се може квалификовати као злоупотреба права (а ако суд то пропусти овлашћено лице може истаћи приговор злоупотребе права). Видети више о томе: В. Водинелић, Такозована злоупотреба права, Београд, 1997, стр. 188 и 212.

²⁶ Из образложења већ наведене Пресуде Врховног суда Југославије Гж 63/66.

²⁷ У судској пракси присутно је и мишљење да се након подношења тужбе због повреде права прече куповине не може више споразумно раскинути уговор. Видети, на пример, Решење Врховног суда Хрватске Гж 663/65, Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у грађанским предметима у години 1964 и 1965: "Ако је власник склопивши ефектну купопродајну погодбу у погледу породичне стамбене зграде... повриједио право прече купње носиоца станарског права, који је поднио и тужбу због поништења продаје, право носиоца станарског права да му власник прода под истим увјетима зграду... не престаје тиме што су без његовог пристанка уговорници развргли склопљени купопродајни уговор."

²⁸ Чл. 10, ст. 4. Закона о промету непокретности.

непокретности који је закључен у писменом облику, али потписи уговарача нису оверени код суда, ако су испуњени одређени услови, међу којима је и утврђење да таквим уговором није повређено право прече куповине.

Како је постојање пуноважног уговора о продаји *conditio iuris* за вршење права прекупа, сматрамо да је неопходна прецизност при формулацији дејства овог права. Велика је грешка коју чини законодавац када утврђује да овлашћено лице може тражити *да се уговор* (којим је повређено право прече куповине) *поништи*.²⁹ Да би остварило свој интерес прибављања одређене ствари, овлашћено лице је заинтересовано да продаја постоји. Оно што у том циљу треба да учини је да, као што је истакнуто, побија дејство закљученог уговора (и свршене продаје) према њему као имаоцу права прече куповине, односно према купцу као основ стицања, а не да захтева његов поништај. Припадницима правничке струке добро је познато значење појма “поништај”, којим се уствари означава повраћај у пређашње стање, што у конкретном случају значи повраћај у стање када продаје није било, а тиме ни неопходног услова за вршење права прече куповине. Ова језичка и правна непрецизност коригује се прописивањем да се уз захтев за поништај уговора тражи уступање ствари под истим условима. На тај начин се, уствари, утврђује природа овог тражења.

Ипак, при неком будућем редиговању правила о праву прече куповине ово треба избећи. Прилика да се то учини пропуштена је при доношењу Закона о промету непокретности Републике Србије из 1998. године³⁰ иако је у Нацрту Закона о праву својине и другим стварним правима Републике Србије из 1989. године, то већ било учињено јер је предвиђено да у случају повреде права првенства “... ималац права прече куповине може тужбом код суда да захтева да се утврди да *уговор не дејствује* (подвукла Р.Ц.) према купцу и да му се под истим условима призна право својине и уступи ствар.”³¹

²⁹ “... ималац права прече куповине може тужбом код суда да захтева поништај уговора о продаји непокретности и да се непокретност њему прода, под истим условима.” (ст. 1. чл. 10 Закона о промету непокретности); “... продавац може... захтевати да се пренос поништи и да се ствар њему уступи под истим условима.” (чл. 562, ст. 1. Закона о облигационим односима; мисли се, додуше, на поништај дејства које је произвео уговор којим је повређено право прече куповине, а то је учињени пренос права својине на треће лице).

³⁰ Видети више о томе: Р. Цветић, *Право прече куповине сувласника*, Правни зборник (Подгорица), бр. 1-2/1999-2000, стр. 243-244.

³¹ Чл. 211, ст. 1. Нацрта.

Some Issues Relevant for Preemption Rights

Abstract

Before 1998 it was duty of the courts to control *proprio motu* whether preemption rights were respected in the course of real estate transfers. After 1998 there is no such a rule. However, Real Estate Act can be interpreted as if there is still mandatory protection of preemption rights. This is the reason why the author opens the question whether protection of preemption rights should be left to courts acting *proprio motu*, or to parties.

If preemption rights are guaranted by law in order to protect public interest, protective mechanism should involve both state authorities and interested parties. This is the rationale of previos provisions of Real Estate Act which explicitly provided for official protection of preemption rights. This rationale could still serve as justification for our courts to *proprio motu* demand for evidence to prove that preemption rights of interested persons were not violated in the process of veryfing a contract.

A valid real estate contract is a condition for exercise of the preemption right. Therefore, the author finds that there should be adequate rules which would prevent fraudulent behaviour and circumvention of preemption rights, and which would precisely define a legal effect of request for redress in case of its violation. Legislative acts provide for the right of annulment which may be exercised by interested parties, which is not a good approach. Interested party is certainly interested in transaction of the real estate. In order to fully exercise preemption rights, an interested party should be entitled to invalidate a transfer of real estate. Lawyers are undoubtedly familiar with the term "annulment" which implies restitution, meaning that this is a fiction that there is no sale contract. This linguistic and legal ambiguity may be corrected with additional provision which would require the seller to sell the thing under same conditions to the person who enjoys the preemption right. Such a provision would confirm the nature of such request.

*Др Ђорђе Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ПРИВАТИЗАЦИЈА УЗ УЧЕШЋЕ СТРАНОГ КАПИТАЛА¹

Сажетак: У раду се анализира приватизација уз учешће иностраног капитала у посткомунистичким земљама у транзицији, са посебним освртом на актуелне токове на овом подручју у Србији. Дат је приказ фактора који утичу на избор страног инвеститора да се одлучи између учешћа у процесу приватизације или улагања у нову (greenfield) инвестицију.

На основу података који су аутори били доступни да се закључити да неки генерални закључци који су изведени за земље у транзиције, на овоме плану, изгледа важе и за Србију.

Такође су приказани модели предузећа која могу настати као резултат улагања страног капитала.

На крају рада дате су неке сугестије о радњама које би на подручју иновирања правне регулативе, али и, пре свега њене операционализације било потребно предузети да би се процес приватизације уз учешће страног капитала у Србији интензивирао и побољшала забрињавајућа општа економска ситуација.

Кључне речи: приватизација, страни капитал, стране инвестиције, развој, денационализација, стратегија развоја.

I

Приватизација би се могла дефинисати као процес повећавања учешћа приватне својине у привреди. Ово је процес који се последњих деценија одвија у

¹ Рад је настао у оквиру рада на Пројекту "Међународни оквири права Србије и Југославије".

свим привредама света². Основни разлог за то је, као што то показују сва релевантна истраживања, да је приватна својина без обзира на све мане које јој се могу приписати облик својине који даје најбоље економске резултате.

У вези са овим важно је истаћи и то да нема праве тржишне привреде, ако у њој не доминира приватна својина. А за тржишну привреду важи иста констатација, као и за приватну својину, за сада нигде није функционисао неки облик привреде који је ефикаснији од тржишне. Могуће је пронаћи примере тржишних привреда које нису ефикасне, али никада и нигде није функционисала нека нетржишна привреда за коју би се могло рећи да је ефикасна.

Приватизација предузећа у државној односно друштвеној својини је свакако најзначајнији начин настанка приватне својине у посткомунистичким земљама у транзицији у које спада и Србија.

Међутим, приватна својина настаје у земљама у транзицији и на друге начине.

Први облик настанака приватне својине, тј. јачања приватног сектора у укупној структури власништва у привреди је експанзија већ постојећег приватног сектора.

Наиме, у највећем броју бивших социјалистичких земаља је и у доба једнопартијског монопола, и како се то називало: развоја социјалистичких продукционих односа било дозвољено постојање приватне својине у неким делатностима, али обично у ограниченом обиму. Радило се ту најчешће о услужним и малим производним јединицама, као и, у неким земљама, ситном сељачком поседу. Интензивирање тржишних односа у периоду транзиције довело је између осталог, и до раста овог дела привреде.

За ова предузећа се иначе, вероватно, из идеолошких разлога употребљавао еуфемизам "мала привреда", који је требао да дежурне чуваре поретка увери у чињеницу да ће та предузећа вероватно увек остати мала по величини и маргинална по значају у укупној економији бивших социјалистичких земаља.

Они који су раније постали самостални, и окушали се у предузетништву, још у социјалистичко време имали су одређене предности, а најчешће су их и искористили у процесу транзиције ка тржишној економији.³

Осим на овај начин приватна својина у посткомунистичким земљама у транзицији настаје и спонтаном или "дивљом" приватизацијом, оснивањем нових приватних предузећа⁴, иностраним инвестицијама, али и денационализацијом.

² Треба видети податке о приватизацији у нпр. Енглеској, Аустрији, Француској и уверити се у тачност ове тврдње.

³ У Србији је на овом подручју, барем медијски најпознатији пример, БК група, која се од мале радионице у која је имала правни статус тада једино дозвољене "уговорне организације удруженог рада", током времена претворила у респектабилни пословни конгломерат.

⁴ Многе данас најуспешније компаније у Србији су настале са почецима либерализације 90-тих као нпр. Делта, Swiss Lion, Rodic, itd.

II

Када је реч о улагањима страног капитала, основни избор који се поставља пред потенцијалног улагача састоји се у томе, да ли се он опредељује да ће:

А) своје улагање реализовати кроз инвестирање које ће бити део процеса приватизације државне односно друштвене својине, или ће се пак,

Б) определити за сопствену нову (greenfield) инвестицију.

Из претходних напомена о облицима настајања приватне својине у земљама у транзицији, јасно је да су оба основна облика улагања страног капитала део процеса приватизације.

Важно је указати, с једне стране ради значаја улагања страног капитала, а с друге стране важности процеса приватизације у процесу транзиције – на неке основне факторе који, обично одређујуће утичу на определити за улагање кроз процес приватизације или нову инвестицију.

Радно интензивне versus капитално интензивне производње. Уколико је производња капитално интензивнија утолико су већи трошкови нове (greenfield) инвестиције у поређењу са учешћем у процесу приватизације. Уколико је производња радно интензивнија, утолико расту потенцијални трошкови и ризици учешћа у процесу приватизације, с обзиром на проблем вишка запослених присутан практично у свим предузећима у земљама транзиције, у чему Србија ниуком случају не представља изузетак.

То значи да би се, по правилу страни инвеститор, када је реч о учешћу у процесу приватизације државне или друштвене својине радије опредељивао за капитално интензивне гране и предузећа.

Разлог за то је рачуница која би требала да покаже да је јефтиније купити цело предузеће или учешће у њему с обзиром на цене које се реализују у процесу приватизације, него градити ново.

Док би на другој страни када је реч о радно интензивним гранама страни капитал, по правилу, преферирао greenfield инвестиције. Избегавање улагања у процес приватизације у предузећа радно интензивних грана је потпуно разумљиво када је реч о страним инвеститорима. Наиме, у случајевима таквих предузећа тешко је избећи расправу о социјалним моментима⁵.

⁵ Додајну одбијајућу околност за потенцијалног страног улагача представља и непознавање локалних навика, с једне стране и с друге стране раширено мишљење (без обзира да ли је исправно или не) да радници у посткомунистичким земљама нису у претходном периоду били у ситуацији да се навикну на праву радну дисциплину као и на поштовање технолошког процеса. Када се томе дода и чињеница да постоје градови и региони (није их тешко набројати, нпр. у јужном делу централне Србије) који у потпуности зависе од једног или неколико радно интензивних предузећа са често и скоро 10.000 запослених није тешко замислити какву би почетну слику о себи створио потенцијални страни инвеститор који би стартавао са отпуштањем рецимо више од половине запослених. У таквој ситуацији осим могућих политичких притисака, сасвим реално би се поставило питање реалности даље могућности пословања у таквим срединама.

Досадашња искуства, иако у суштини још почетна, у процесу приватизације и страног улагања у Србији у великој мери потврђују ово правило.⁶

Следећи фактор који може да утиче на избор страног улагача између greenfield инвестиције и улагања у приватизацију је *учешће у тржишту*. То значи да на пример, уколико је производ који инострани произвођач има намеру да производи светски познат, нова greenfield инвестиција може да буде исто толико исплатива као и учешће у приватизацији. Ако пак локални произвођач из посткомунистичке земље има велико учешће на домаћем тржишту и чврсто га држи, уз постојање познате домаће марке, страни инвеститор може оптирати да у посао уђе преко процеса приватизације. Ово правило се изгледа такође потврђује у случају неких већих, по обиму, страних улагања у Србији и Црној Гори.⁷

Постојање домаћих снабдевача сировинама и полупроизводима и развијена дистрибутивна мрежа си такође један од елемената који могу да утичу на потенцијалног страног улагача да одлучи да своје улагање реализује учешћем у процесу приватизације неког од предузећа из посткомунистичких земаља у транзицији. И овај закључак се изгледа може потврдити када је реч о улагањима страног капитала у Србију у периоду после 2000. године.⁸

Својински односи и питање реституције. Нерегулисани својински односи као и недефинисана питања реституције, односно денационализације, могу бити важан аргуменат који ће одвраћати потенцијалне стране улагаче од учешћа у инвестирању путем учешћа у процесу приватизације.⁹ На овоме подручју потенцијални страни улагачи су изузетно осетљиви. Није случајно да се не само питање денационализације, него и евиденције непокретности поставља као један од

⁶ Тако су стране компаније ушле са својим улозима у процес приватизације нпр. у цементане, шећеране у Србији. Чак је и једно од капитално најинтензивнијих предузећа у Србији, железара Сартид у Смедереву, нашла иностраног партнера.

На другој страни видљиво је на пример у трговини на мало (које је радно интензивна), одређење за greenfield тип инвестирања, као што показују случајеви Меркатора, Вера или пак планирана заједничка инвестиција француске компаније Кора и српске Делте.

Чак је аустријски ОМВ поред настојања да узме учешће у процесу приватизације бензинских пумпи НИС-а и Беопетрола, одлучио да, према подацима Агенције за страна улагања, део капитала уложи у градњу нових пумпи у Србији.

⁷ Нпр. једно од највећих по обиму страних улагања у Србији у 2003. било је куповина акција Апатинске пиваре, без намере да се поред евентуалног увођења нових робних марки, престане са производњом пива са досадашњим марком.

Идентична ситуација се десила и са преузимањем Пиваре у Никшићу у Црној Гори од стране иностраног власника.

⁸ Вреди подсетити да су крајем осамдесетих година неки инострани новинарских концерни изразили заинтересованост за улагања у велике новинске куће тадашње Југославије превасходно због тога што су оне, за разлику од уобичајених западних стандарда имале своје сопствене и то развијене продајне мреже.

Према подацима Агенције за страна улагања међу највећим појединачним улагањима у Србију 2002. године је улог од 12,5 милиона евра групације VAZ. Иста групација је касније одлучила да уђе и у новосадску издавачку кућу Дневник. Накнадна истраживања ће свакако показати да ли је и колико у одлуци страног улагача да инвестира у новинске куће у Србији утицала у претходном пасусу наведена чињеница да оне имају своје дистрибутивне мреже (дистрибутивне центре, киоске, итд.).

⁹ О овоме види између осталих: Gatling, R./Read, J., Investing in Eastern Europe starts with basic choice: Privatization or Greenfield?, Business International, March, 8/1992, pp. 71-76.

приоритета при одабиру корака у процесу транзиције у посткомунистичким земљама. Логично је да је тешко очекивати страног улагача из земаља у којима постоји вековна заштита права својине¹⁰ не само над непокретностима, у условима када чак, као што је то случај у већини земаља транзиције, не постоји ни валидна евиденција непокретности. Питања катастра, начина његовог вођења и поузданости података су међу првим приоритетима за које су развијене земље спремне да пруже техничку помоћ¹¹.

Важно је исто тако указати да досадашња искуства из земаља у транзицији показују да *јефтина радна снага неће бити важан фактор који привлачити страна улагања*. Било би наравно добро када би се у случају Србије ово правило оповргло. Међутим, сматрамо да је важно указати на ову чињеницу с обзиром да код значајног дела наше јавности постоје велика очекивања у овоме правцу. На јефтину радну снагу као могући фактор за привлачење страних улагања указују и неки стручњаци.

Но, као што је већ истакнуто, по свему судећи, пракса показује супротно. За оне који проблематику међународног кретања капитала прате дуже времена ова чињеница не представља изненађење. На светском плану иностране инвестиције нису велике, по обиму, у радно интензивне производње¹². Операције у иностранству се када је реч о радно интензивним производњама реализују на друге начине, нпр. кроз субконтрактинг и лон послове.¹³ Тако је на пример у првим годинама транзиције свега 6% укупних иностраних инвестиција у индустрији било усмерено у радно интензивне производње у Пољској, 1% у Мађарској, али и 13% у Словенији.¹⁴

¹⁰ Многи озбиљни аутори (нпр. Braudel) сматрају да је заштита права својине и права наслеђивања била не мање значајна за развој тржишне привреде, а тиме и најбржи привредни развој, у неким земљама западне Европе, од на пример примене техничких проналазака и географских открића коју су унапредили светску трговину и повећали тржиште.

¹¹ Ово је од значаја и за активирање домаћих ресурса. Велико интересовање у светским економским и правним круговима је изазвала нпр. студија професора Универзитета у Лими Де Сота о развоју капитализма, у коме он указује да је главни проблем неразвијених земаља и земаља у транзицији не толико недостатак капитала, колико непостојање правног оквира који би омогућавао да се он активира. Нпр. и у мање развијеним земљама људи поседују некретнине, али услед непостојања поузданог катастра немогуће је да оне постану основ за добијање хипотекарних кредита, односно основ за производна улагања. Слична је ситуација и са поседовањем готовог новца којег је немогуће активирати на прави предузетнички начин без развијеног и поузданог банкарског система и финансијског тржишта.

Сличну тезу заступају и Robert D. Cooter, са University of California Berkeley и Hans-Bernd Schäfer, са University of Hamburg у свом уводном реферату **Law and Economics for Developing Countries, What Makes the Difference?** Припремљеном за Међународну конференцију **Law and Economics**, која ће се одржати 16. и 17. јануара 2004. у Хамбургу.

¹² Обично се код рачунања испушта из вида чињеница да нижу цену рада прати и значајно нижа продуктивност, као и лошија опремљеност индустријских локација с једне стране, али и повећани трошкови координације на даљину.

¹³ Они привредници из радно интензивних грана у Србији који имају искуства у пословању са иностраним партнерима могли би навести низ примера оваквих аранжмана у нпр. текстилној и индустрији коже и обуће.

¹⁴ Светличих, М./ Појец, М., Foreign direct investment and the transformation of central European economies, Journal of International Business, Vol. 34, 1994/4. p.p. 300.

Када је реч о утицају страних улагања на креирање нових радних места, нарочито када се ради о улагањима у процес приватизације, пре је за очекивати да ће доћи до смањивања броја радних места у тим предузећима, него до њиховог повећања. Најмање што се од страног улагача може очекивати је да ће наставити да подржава даље постојање латентног вишка запослених у предузећу. А то је, као што је већ истакнуто, карактеристика највећег броја предузећа у посткомунистичким земљама у транзицији.

Оно што се, евентуално, може учинити када је реч о вишку запослених у предузећима у које долази страни улагач, је да влада, али и локалне власти и комора покушају да утичу на њега да помогне у процесу поновног запошљавања радника који представљају вишак.¹⁵

Подручје на које се, када је реч о Србији, недовољно указује као на потенцијални оквир за страна улагања а радно је интензивно, су активности које ангажују високо образоване стручњаке (програмирање, пројектовање). Када се зна да се мањак високо образованих стручњака тих профила само у развијеним земљама Европске уније / у свакој појединачно/ мери десетинама хиљада годишње, може се закључити који ту потенцијал лежи за предузетнике и улагаче.

Наиме, за развијене земље је и економичније и друштвено прихватљивије да се ако је могуће имиграција ипак ограничи, а послови обаве на локацијама ван њихове територије.

Права предност Србије у односу на развијене земље, када је реч о односу цене рада и продуктивности, односно јефтиног рада, ако је игде има је на подручју високообразованих стручњака.

Ако западне фирме у десет хиљада километара далекој Индији запошљавају десетине хиљада програмера у својим филијалама, можда би требало размислити да се бар део тих инвестиција имајући у виду наше потенцијале покуша усмерити у Србију.

То би био озбиљан посао који би морао да укључи Универзитете у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу. Технолошки паркови у кругу универзитета, владина агенција која би била специјализована за тај облик улагања, активности банака, градских управа и привредника, су шанса да део образованих људи који би иначе отишли за каријером у иностранство остану у Србији¹⁶.

¹⁵ То уосталом представља и једино економски здраво и на дуги рок одрживо решење. Примери, неких страних улагања у којима је као социјални програм било предвиђено давање новчаних накнада запосленим (нпр. Беоцин) показали су да, чак и у случају када су оне релативно високе, ако не постоји могућност њиховог улагања у нове привредне активности цео регион почиње да пати од незапослености. Накнаде се наиме, релативно брзо потроше, нарочито у осиромашеној земљи и тада се поставља проблем финансирања минимума социјалне заштите становништва.

Само социјални програм који предвиђа отварање нових радних места која ће заменити бар део угашених има изгледа на успех.

¹⁶ То нормално претпоставља и нови прилаз универзитету, као и другачији профил и начин избора људи који га воде. Универзитети се морају интегрисати у заједницу у којој су лоцирани, а окружење мора схватити да јој је универзитет највећи развојни ресурс.

Могућности таквог Универзитета морају бити предмет промоције у земљи и иностранству.

Према расположивим истраживањима улагања иностраног капитала доприносе отварању нових радних места пре свега, у два случаја: Код нових greenfield инвестиција, и ако услед отворености земље у коју се инвестира дође до развоја радно интензивних производњи које могу бити конкурентне на извозним тржиштима.

Расправа о могућем утицају улагања страног капитала на запосленост не може се ниуком случају заобићи када се ради о земљи која се налази у ситуацији Србије, односно ако је према подацима владиних органа око 1.000.000. одраслих становника без посла. Зато би се код рангирања сваког улагања у приватизацију, или пак greenfield инвестиције, морао критеријум утицаја на запосленост врло високо вредновати.

Да би повећала своју атрактивност за потенцијалне иностране улагаче Србија, осим осталих нужних мера, морала и да укаже и на неке своје специфичне предности.

Једна од њих која је јединствена када је реч о земљама претходне Југославије је постојање споразума о слободној трговини са Руском федерацијом. Руска федерација, познато је то свима, представља огромно тржиште. Роба која има декларисано порекло из Србије према томе може се слободно продавати на тржишту Русије.¹⁷

Друга су активности на формирању зоне слободне трговине на подручју Балкана. Ако би ова идеја била и операционализована, то би значило стварање тржишта од преко 70 милиона људи, што без обзира на релативно низак ниво националних доходака у региону, представља и у светским размерама значајан тржишни потенцијал.¹⁸

III

Типови страних улагања у процес приватизације зависе пре свега од мотива потенцијалних улагача. Ти мотиви се грубо могу систематизовати на следећи начин.

Улагања усмерена на искоришћавање расположивих ресурса. Овај тип улагања је превасходно усмерен ка евентуалним погодностима које се могу наћи у расположивим природним богатствима, или пак расположивој квалификованој радној снази у земљи улагања.

Улагања која као превасходни циљ имају искоришћавање тржишта усмерене су како ка заузимању позиција на тржишту земље у коју се инвестира, тако и на

¹⁷ Да је ова констатација тачна показују и примери улагања из неких република претходне Југославије, пре свега Словеније и Хрватске, где се као један од основних мотива истиче управо могућност слободног приступа тржишту Руске федерације.

¹⁸ Нажалост остварење ове идеје долази у великој мери под знак питања из најмање два разлога. Један је постојање још увек одређене међусобне одбојности (као последице ратова у деведесетим годинама на просторима претходне Југославије), а други је скори улазак неких од земаља Балкана у ЕУ и тиме можда стварања нових граница на овоме подручју Европе.

развој тржишних могућности у земљи улагања. Разлог за овај тип улагања може да буде и тежња да се путем инвестирања обезбеди приступ тржиштима трећих земаља, или пак да се она даље шире, путем инвестиција која може бити и у другој земљи.

Улагања ради повећања ефикасности пре свега имају за циљ да се путем инвестиције у иностранству постигне бољи степен искоришћености капацитета, али и да се користе предности валутних курсева, као и специјализације.

Код *стратегијских инвестиција* компанија која инвестира верује да ће том операцијом повећати своју конкурентност на регионалном и глобалним тржиштима. Стратегијски инвеститор¹⁹, по правилу, има предности на подручју технологије, организације, маркетиншког приступа, али располаже већом способношћу да прилагођава кретања у земљи инвестирања својим циљевима.²⁰

Различити облици улагања иностраног капитала могу имати и специфичне позитивне ефекте на привреду земље домаћина.

Тако улагања која су усмерена на искоришћавање ресурса доприносе развоју технологије, менаџмента и организационих знања, али и олакшавају приступ модерним тржиштима.

Тржишно усмерена улагања осим развоја технологије и менаџмента и стандарда квалитета, доприносе стимулисању конкуренције, али и развијају очекивања потрошача у правцу повећања квалитета.

Улагања усмерена на повећање ефикасности пре свега доприносе развоју поделе рада, али и промовисању компаративних предности земље домаћина.

Код стратегијских инвестиција, поред осталих ефеката, најзначајније је да обезбеђују значајан нови капитал.²¹

Иностранци улагачи било да се ради о улагању у процес приватизације, или пак *greenfield* инвестицији, настоје да водећи рачуна о својој стратегији формирају одређени тип предузећа. Систематизацијом би се могло доћи до пет основних типова предузећа која могу настати као резултат страног улагања.

Умањена копија се формира када се неки производи иностране компаније производе за локално тржиште на коме је лоциран погон иностраног улагача. У том случају филијала преузима производне технике и маркетинг од матичне компаније примењујући при томе, евентуално само мање измене. Ове измене, ако се врше, треба да допринесу прилагођавању тога производа локалним условима. Код највећег броја овог типа предузећа које настаје као резултат страног улагања продор на локално тржиште је основни мотив за улазак у посао. Матична компанија обично трансферише у потпуности технологију, односно производ.

¹⁹ Према: Foreign direct investment and privatization in central and eastern europe. A comparative analysis in the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovenia. Ljubljana 1995.

²⁰ То значи да велике компаније сматрају за нормално да организују лобирање у земљи инвестирања, и да за то издвајају одређена средства. Да ли и колико тога има у Србији није предмет истраживања у овоме раду.

²¹ Подаци Агенције за приватизације показују да се само од иностраних улагања у приватизацију две компаније ДИН- Ниш и ДИВ-Врање, очекује више од 550.000.000. евра, што је значајно више него од свих осталих иностраних улагања у Србију 2003. узетих заједно.

Рационалнији произвођач настаје када филијала иностраног инвеститора производи један број компонената који испоручује на глобално тржиште, или пак на тржиште већег броја земаља, зато што је у стању да користи, на пример, предности нижих трошкова радне снаге, или рецимо економије обима. Производна палета оваквог типа иностране инвестиције је лимитирана од стране матичне стране компаније, јер се производи "рационалног произвођача", по правилу, могу користити само у другим деловима матичне компаније.

Матична страна компанија задржава код себе маркетинг, истраживање и развој, као и одлучивање о новим производима.

Смањивање трошкова рада, али и укупних трошкова, кроз коришћење јефтиније домаће радне снаге, и кроз креацију базе за извоз у треће земље може бити важан елемент за улагање капитала у предузеће које је резултат оваквог типа стране инвестиције.

Код овога типа иностраног улагања погон је најчешће део глобалне мреже активности матичне компаније, а највећи део производње иде у иностранство, тј. са гледишта земље у коју се инвестира добија карактер извоза. Технички ниво ових предузећа је обично на истом или бар приближном, технолошком нивоу као и производња у матичној компанији.

За предузеће *маркетиншки сателит* је карактеристичан широк спектар активности у сфери промета, пре свега на подстицању увоза од матичне компаније и других филијала исте у којима се обавља производња. У великом броју случајева овај облик иностраног улагања претходи некоме од напред наведених. Карактеристичан је за земље са високим некомерцијалним, пре свега, политичким ризицима, када озбиљнијем улагању капитала у производњу најпре претходи улагање у маркетиншке активности ради развијања тржишта. Мада треба истаћи да се неке компаније у својим стратегијама према одређеним земљама задовољавају са овим типом иностраног улагања. Односно и немају намеру да евентуално развијају производњу или кооперацију.

Производни специјалиста је такав тип страног улагања код кога се развија производња за тржиште, али при лимитираном броју производа. Производња је намењена глобалном тржишту и тржиштима трећих земаља, али се стратегијска контрола истраживање и развој задржавају у матичној компанији.

Стратегијски независан тип страног улагања је најређи тип страног улагања, нарочито у земље са слабије развијеним тржишним механизмом, и на nižем степену привредног развоја. Код овога типа страног улагања матична компанија се задовољава улогом пасивног инвеститора. Развој производње, тржишта како у земљи улагања, тако и глобалних и у трећим земљама, истраживање и развој као и маркетиншка стратегија се дефинишу у самом предузећу у које је извршено страно улагање. Код овога типа страног улагања предузеће у које се инвестира није ограничено у ширини својих активности на развијању броја производа, тржишта, као и у профитној стратегији.

IV

Приватизација је у Србији у току 2003. године добила на замаху, тако је до краја 2003. године продато укупно 913 предузећа од чега аукцијским начином 883.²² Ради се у сваком случају о значајном резултату, и може се без сумње констатовати да се приватизација у Србији коначно реализује.

Међутим, на другој страни када се има у виду да предмет приватизације у Србији треба да буде око 7.000 мањих и 200 већих предузећа поставља се питање колико ће времена још требати да се заврши процес приватизације, односно да се дефинишу власнички односи у Србији.²³

Већа брзина започете приватизације била би потребна из још најмање једног врло важног разлога. Познато је да је према важећем Закону о приватизацији, за сваку нову инвестицију у предузећа која треба да буду предмет приватизације потребна посебна дозвола Агенције. То у пракси врло често значи да предузећа и њихов менаџмент једноставно чекају да буду приватизовани и у међувремену не предузимају ништа како би побољшали пословање својих предузећа. Поставља се стога питање има ли српска привреда времена да чека још 3, 4 или 5 година да се дефинишу власнички односи па да онда сва предузећа дефинитивно крену у процес модернизације и прилагођавања захтевима међународног тржишта.

Са овим у вези вреди подсетити да је у најбољим годинама српска привреда реализовала више од половине друштвеног производа ван Србије.²⁴ Највеће могућности на овоме подручју се пружају, на кратки рок, управо у повећању размене са бившим југословенским републикама. Географска близина, међусобно познавање, раније производне везе су основни разлози за то. Да је то тако показују и подаци о трговинској размени, али и чињеница да је велики део улагања страног капитала потиче управо из тих земаља.²⁵

То је очито минимум учешћа међународне размене ако се жели вратити макар ниво друштвеног производа из 1990. А да би се у међународној размени могло учествовати мора се обезбедити одговарајући квалитет производа, а њега нема без нових технологија и нове опреме, а тога опет нема без нових улагања.

Нових улагања неће бити без дефинисања власничких односа и ту се поново враћамо на питање динамике одвијања процеса приватизације.

Да би се приватизација убрзала с једне стране, и с друге стране да би се избегле неке очите нелогичности у њеном спровођењу морала би се извршити одређена побољшања.

Број критеријума који улазе у обзир код избора најбољег понуђача, с једне стране и с друге стране велика дискрециона права Агенције при одлучивању у сваком конкретном случају, стварају шансу да је оно што се обично назива корупцијом реално могуће.

²² Подаци Министарства за привреду и приватизацију.

²³ Податак према студији Г17 "Privatization policy in Serbia 2003...".

²⁴ У иностранству и републикама бивше Југославије, које сада представљају "ново иностранство".

²⁵ О овоме са писао у своме раду објављеном у Бремену и Берлину 1996 и 1997, на исту тему види Алтман 2003.

Рад Агенције за приватизацију би морао да буде много више подложен суду јавности. То би на дуги рок било добро и за Агенцију, али пре свега за привреду Србије.

Приватизација би требала много више да буде ствар иницијативе предузећа које треба да се приватизује, као и потенцијалних домаћих и страних инвеститора.

Агенцију за приватизацију, Агенцију за страна улагања али и одговарајућа Министарства би требало хитно кадровски ојачати са већим бројем људи који имају искуства у привреди, и који осим универзитетске дипломе са собом доносе и резултате и познавање стања у предузећима.

Укључивање што већег броја стручњака из привредних и научних кругова кроз разне Савете и Комисије може само допринети квалитетнијем раду ових у наредних пар година за будућност Србије круцијалних органа.

Тада би и нека велика овлашћења Агенције била логична, јер искуства земаља у транзицији показују да у првом таласу приватизације управо Агенција треба да послужи заштити од разних сумњивих и спекулативних инвеститора. Такође Агенција треба да да предност оним инвеститорима из земље и иностранства чије инвестиције се највише уклапају у опште националне циљеве.

Било би добро да се коначно, избегну чак и сумње у постојање могућег сукоба интереса. За то није нужно чекати доношење одговарајућег Закона. Довољно би за почетак било код избора људи водити рачуна о ономе што се у тржишним привредама сматра неприхватљивим.²⁶

На другој страни међу поменута четири критеријума за избор најбољег понуђача чини се да недостаје основни, шта је то што купац *доноси ново у предузеће*, што би у технолошком, маркетиншком и организационом смислу могло на неки дати претпоставку за очекивано боље пословање предузећа у будућности. Јер ни највећа цена, ни најбољи социјални програм, ни будуће инвестиције, као и заштита човекове околине, нажалост не морају истовремено и значити да купац има референце у датој производњи²⁷. Приватизација, треба на то подсетити, није сама по себи циљ, она је једно од средстава у процесу увођења тржишне привреде и укључивања у светско тржиште капитала, роба, рада и знања.

Ако је ради реализације ових и неких других измена потребно вршити одређене промене у Закону од тога не треба бежати по сваку цену.²⁸ Нама требају она решења која ће дати најбоље резултате за Србију. Страна искуства су добродошла, али коначна оцена се може дати само на основу резултата у Србији.

²⁶ Тешко је замислити у тим земљама да се места министара и њихових помоћника заузимају директним доласком из фирми које активно треба да узму учешћа у процесу приватизације било као консултанти, било као власници. Чак и када то у њиховим законима не пише као часно решење се сматра нужност протекла одређеног времена (3-5) година.

²⁷ На пример то што неко зна да тргује шећером и евентуално уме да пронађе слободан капитал за инвестиције, не значи да он разуме знатно комплекснији посао организације и унапређења производње шећера.

²⁸ Без обзира да ли се неки Закон показао идеалним, нпр. на примеру Мађарске, основни тест његове вредности за нас би ипак требало да буду резултати у Србији.

Да нешто треба побољшати с једне стране у одвијању процеса приватизације, а с друге у привлачењу страних улагача да у њој учествују, показују и неки забрињавајући општи привредни индикатори²⁹.

Питање је колико Србија још може издржати да финансира дефицит робне размене од скоро 4 милијарде долара као у 2002, с тим да је суфицит остварен једино у размени са Босном и Херцеговином и Македонијом. При свему томе је највећи девизни прилив остварен, у суштини од мењачких послова, односно од откупа девиза од грађана.³⁰

У вези са приватизацијом уз учешће страног капитала треба истаћи да се мора обратити посебна пажња на један проблем који може да се очитује тек када се процес приватизације у потпуности заврши.

Наиме, уколико учешће улагања, која су раду наведена као "стратегијски независан тип", буде недовољно појавиће се реална опасност да у Србији нека занимања и делатности постану потпуно маргинална.

Истраживање и развој, стратешко планирање, стратешки менаџмент, финансијско посредовање, финансијско планирање, велики део научних истраживања, могу се појавити као потпуно непотребни у таквом сценарију. То би најалост по многим критеријумима Србију вратило на ниво земаља које се сврставају у неразвијене, односно припадају по методологији УН "трећем" и "четвртном свету"³¹. Изостанак таквих активности у земљи значи губљење могућности за доношење основних развојних одлука на нивоу државе.³²

Претходне напомене наводе на закључак да када већ пре доношења Закона о приватизацији и Закона о страним улагањима није донета Стратегија развоја Србије, да је треба хитно донети, да би се евентуалне лоше последице њеног непостојања досада, барем умањиле.³³

Када је реч о Закону о страним улагањима, сада је већ изгледа свима јасно, да су били у праву они који су указивали да неке исхитрене формулације у његовом тексту уз искључивање у његовој изради великог дела стручне и привредне јавности која у том послу има стечене референце, неће водити ка најбољим решењима.

Сада би можда било право време да се овај Закон иновира и његова решења учине с једне стране атрактивнијим за иностране инвеститоре, а с друге стране да се у њега угради принцип "минимума заштите националних интереса".

²⁹ Ниво индустријске производње средином 2003. према подацима које изнео Владимир Глигоров из WIWI био је једва нешто виши од онога из 1999. (године Нато бомбардовања), а регистрована незапосленост (као што је већ поменуто у раду) износи око 1000 000 лица.

³⁰ Подаци из Извештаја Народне банке Србије.

³¹ Ситуација у земљи 1939. изгледала је отприлике овако: стабилан динар, висока стопа незапослености, висок увоз, главне фирме у власништву странаца, истраживање и развој концентрисани у иностранству. Шта је после следило не треба посебно наводити.

³² Неко ће рећи да се то свеједно ради у ЕУ. Али све развијене земље ЕУ инсистирају управо на развоју на својим територијама управо ових делатности.

³³ Стратегија би била квалитетна једино ако би у њеном формулисању учествовали заиста сви стручни и научни потенцијали земље, и ако би се око њеног доношења и спровођења постигао најшири политички консензус.

Да би се убрзала приватизација, пре свега она уз учешће страног капитала било би добро хитно предузети још неке мере.

Закон о денационализацији је апсолутни приоритет. Не само због свог симболичног значаја, раскида са "револуционарним законима" и "револуционарном правдом" него и због тога што је заштита приватне својине један од основних стубова тржишне привреде. Нужност његовог доношења у пракси потврђују и све чешћи случајеви одлагања приватизације, са и без страног учешћа, управо због нерегулисаних својинских односа.

Закон о банкрутству би коначно морао да постане оперативан. Што би великој мери ишчистило привредну сцену Србије. Нормално да влада мора обезбедити средства за социјални програм без кога је његово спровођење практично немогуће.

Инвестициони фондови такође, су нужан део тржишне структуре не само због заштите малих акционара, него и због концентрације средстава за крупније инвестиционе подухвате.

*Djordje Popov, Ph.D, Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Privatization Involving Foreign Capital

Abstract

This article analyzes the process of privatization involving a foreign capital in post-communist countries in transition, with special reference to the situation in Serbia. The article offers the overview of factors relevant for a foreign investor when opting between investing into the process of privatization and greenfield investments.

According to the available data, the author finds that some general conclusions valid for countries in transition may also be applied to the case of Serbia.

The article also gives the outline of different types of companies which may be established as the result of foreign investments.

The article concludes with propositions how to improve a legal framework and its application in order to intensify the process of privatization with foreign capital in Serbia and also to improve the economic situation in the country.

*Др Душанка Ђурђевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

КОНЦЕСИЈЕ У НАШЕМ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Сажетак: Наша земља је суочена са потребном значајних улагања нарочито у инфраструктуру. Концесије и БОТ послови се појављују као озбиљна могућност акумулације страног капитала. Закон о концесијама из 2003.године је врло либералан, али је скроман резултат остварених концесионих послова последица лоше инвестиционе климе.

Кључне речи: Акт о концесији, уговор о концесији, раскид уговора, БОТ посао.

Један од могућих начина ангажовања приватног капитала, поготово страног су концесије, које не треба занемарити али им не треба дати ни превелик значај. Развијене земље им не прибегавају тако често, јер постоје алтернативни начини за изградњу инфраструктурних објеката и експлоатацију природних богатстава. Страна улагања у "постсоцијалистичке земље" су више заступљена кроз куповину акција или заједничка улагања а мање учешћем концесија.¹

Међутим, чињеница је да се многи проблеми са којима се суочава наша привреда могу решити путем концесија и то нарочито у области изградње инфраструктурних објеката, поготово у области саобраћаја. Међународна искуства у давању концесија показују да се оне често дају у области саобраћајне инфраструктуре.² Тако је тунел испод Ламанша изграђен средствима приватних компанија које уживају право експлоатације тунела 50 година а потом он постаје власништво влада Француске и Велике Британије. Шпанија је изградњу мреже аутопутева остварила дајући концесије приватним предузећима. Послови у области дистрибуције воде врло често су предмет концесија у Француској, док се послови прикупљања смећа и пречишћавање отпадних вода дају као концесиони послови у Великој Британији и Немачкој.

¹ Дабић Љ., Концесијски однос и концесијски уговор, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Београд 1995.; Дабић Љ., Дерегулација јавног сектора привреде у земљама централне и источне Европе путем концесија, Право, теорија и пракса 9/98.

² Ивковић Б., Павић М., Луковић Ј., Хаџими Г., Концесије по БОТ моделу, Београд 1999. стр.35.

Био би потребан извесан опрез приликом одобравања концесија на већ изграђеним системима или природним богатствима, јер кад постану предмет концесије странци располажу и приходима која та предузећа остварују у редовном пословању. Могуће су негативне последице давања концесија на природном богатству уколико се тако врши неконтролисана продаја природних ресурса. Теоријске претпоставке да ће технолошки развој обезбедити супституцију исцрпивих ресурса је род знаком питања, јер се новцем не могу надокнадити неки природни извори који су стварани миленијумима.

Без обзира на извесне слабости и нужан опрез при уговарању концесија, оне су присутне у свету и законски су регулисане у више од 120 држава. У Србији су регулисане Законом о концесијама из 2003.године.³

Појам и врсте концесије

У упоредном праву концесије се обично дефинишу као правни однос између државе (концедента) и правног или физичког лица (концесионара) у коме држава уступа правном или физичком лицу право коришћења неког природног богатства (тзв. *extrative concession*) или вршење неке јавне службе (тзв. *Utility concession*).⁴

Најчешће се дају у рударству, пољопривреди, шумарству, саобраћају, снабдевању енергијом и у комуналним службама. Основне обавезе концесионара су обављање уговорене делатности и плаћање концеденту одређене накнаде, ренте, пореза и других дажбина.

Упоредно право познаје као субјекте концесионог односа државу као концедента али и аутономне покрајине, регије, општине, зависно од законодавства. Као концесионари могу да се појаве правна и физичка лица, с тим да нека законодавства дозвољавају да то буду поред страних и домаћа лица, док нека ту могућност предвиђају само за страна лица. У законодавствима појединих развијених земаља су чести случајеви ограничења или искључења странаца за поједине врсте концесионих делатности. На пример у Франциској странци не могу бити концесионари јавних служби, са изузетком држављана земаља Европске уније.⁵

Уобичајена је подела концесија на концесије за коришћења природних богатстава, добара у општој употреби, и концесије за вршења јавних служби. У Закону о концесијама Републике Србије (члан 2) је уопштено речено да је предмет концесије право коришћења природног богатства, добра у општој употреби или обављање делатности од општег интереса а затим (члан 5) су прецизно набројани предмети концесија. У упоредном законодавству се природним богатством сматра земљиште, шуме, руде, воде итд. Под добрима у општој употреби се обично подразумевају јавни путеви, паркови, тргови, улице, ловишта, комунална добра,

³ Закон о концесијама, Службени гласник Републике Србије 55/2003.

⁴ Fischer P., *Die internationale Konzession*, Wien-New York, 1974 str.35

⁵ Китић, Давање концесија страним инвеститорима, Судска пракса 7/91 стр.6

средства у области инфраструктуре. Привредне делатности од општег интереса су посебним законом одређене као области од општег интереса а то су углавном електропривреда, ПТТ саобраћај, железнички саобраћај, водопривреда, комуналне делатности слично. Код модерних концесија за коришћење природних ресурса постоји тенденција да се од концесионара тражи да остварује административне функције тј. да обезбеди здравствене услуге, изгради болнице, изгради инфраструктуру државе концедента и сл. Тако модерне концесије повезују административну и фискалну функцију у интересу општег развоја државе концедента.

Осим ове поделе с обзиром на предмет концесије, разликују се међународне од националних кјонцесија а разликује их постојање елемента иностраности тј. инострани карактер концесионара у односу на државу концедента.

Правна природа концесије

У правној теорији постоје различита мишљења о правној природи концесије. Основна дилема је да ли је то однос приватно-правне или јавно-правне природе, односно да ли држава иступа као јавна власт, дакле као носилац суверенитета, тј. *iure imperii* или као равноправан привредни субјект *iure gestionis*. Интерес државе која даје концесију јесте да у односу на концесионара може да иступа као државна суверена власт и да у складу са јавним интересом мења или укида одредбе уговора о концесији, док је интерес концесионара да држава према њему иступа као равноправан партнер који не може једнострано да мења или укида одредбе уговора. У овом погледу пракса арбитражних судова је показала компромис тако што се концесионару за случај једностраног раскида или измене уговора од стране државе признаје право на накнаду штете под одређеним условима али не и право да се захтева извршење уговора (*specific performance*).

Ово разликовање суштине посла концесије се изразило кроз следеће теорије. Постоје становишта да је концесиони посао административне природе тј. да се он даје у форми управног акта па се не ради о приватно-правном већ о јавно-правном односу између државе као носиоца јавне власти и приватног предузећа. Ово мишљење заступа углавном немачка правна теорија.⁶

Другу групу чине становишта о уговорној природи концесије и она имају упориште претежно у француској правној теорији.⁷ Основ посла концесије је уговор између државе концедента и концесионара. Према томе да ли у овом уговору доминирају јавно-правни елементи или грађанско-правни елементи, говори се о административном уговору или управном уговору на који се не примењује приватно правно већ само јавно право. Према другој варијанти у уговору о

⁶ Попов Д., Нека актуелна питања развоја концесија природног богатства и добара у општој употреби, Привредно-правни приручник 1-2/91 стр.23.

⁷ Попов Д., *op.cit.* стр.8.

концесији доминирају приватно-правни елементи али има и елемената јавног права.

Најприхваћеније је становиште по коме је концесиони посао мешовите природе, која има упориште у француској јавној теорији али се прихвата и у други правним системима, према којој се концесиони однос има елемента јавног и приватног права.⁸ Концесиони однос је сложени однос између концедента и концесионара у коме се по правилу појављују и административни акти у виду дозвола за давање концесија, решења о концесији итд., док се конкретни односи облигационе природе у вези дате концесије регулишу путем уговора. 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 који су у надлежности државе, тако да је очигледна мешавина елемената јавног права (акт о концесији) и приватног права (уговор између концесионара и концедента).

Концесиони посао

У концесионом послу постоје две основне фазе. Прву чини давање дозволе за коришћење предмета концесије и то доношењем концесионог акта а друга фаза је закључивање уговора којим се детаљно регулишу услови који су дати актом о концесији. У нашем Закону (члан 11) је предвиђено да се концесија даје на основу претходно спроведеног поступка јавног тендера.

Једно од најсложенијих питања везаних за концесију јер питање својине. У правној теорији и пракси преовладава схватање да држава концедент остаје власник налазишта руда, минерала и осталих природних ресурса а да концесионар може имати само право њиховог привременог коришћења. Модерним концесијама се не преноси својина на налазишта на коме се обавља концесионирана делатност. У већини случајева својина се преноси у моменту вађења одређеног ресурса ако је реч о чврстим минералима или на отвору бушотине ако је у питању нафта. Иако преовладава мишљење да се давањем концесије страним лицима не преноси својина на концесионара, ипак би било добро да се у уговор унесе клаузула о томе како не би долазило до спорног тумачења.

Друго значајно питање везано за могућност измене и раскида чињеница да је концесиони посао мешовите природе, тј. да се ради о послу на који се примењују норме јавног и приватног права, значи да је држава овлашћена да раскине или измени уговор када то захтевају јавни интереси, као што су економски, социјални, хуманитарни, војни и политички уз плаћање накнаде концесионару.⁹

⁸ Ficcher P., op.cit.стр.88.

⁹ Прица Р., Уговор о концесији, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Београд 1995., стр.175.

Отуда важи начело да држава у циљу заштите јавног интереса може једнострано да мења уговорне одредбе уз обавезу давања одређене накнаде другој уговорној стране чији су интереси повређени. То је последица околности да држава једним делом иступа као носилац суверене власти, јер је и пренела право коришћења или вршења оних делатности које нису у домену приватног сектора.

Овај принцип да држава не ограничава своје суверено право да доноси порписе којима се мењају или укидају одредбе уговора о концесији, има изузетке. Прво, могу се у уговор доректно унети клаузуле којима се искључује могућност примене прописа државе које она накнадно донесе а којима би се мењале уговорне одредбе тзв. клаузуле стабилности,¹⁰ или се ово ограничење тј. изузимање примене државних прописа на уговор о концесији може извршити позивањем на норму међународног права (на пример прописи који штите страног инвеститора од национализације и експропријације). У првом случају се ради о вољном самоограничењу у вршењу суверених права а у другом случају се ради о изузимању уговора из недлежности неционалног права државе концидента.

У погледу накнаде штете, уколико држава крши своје обавезе из уговора, санкције према општеприхваћеном становишту у теорији међународног права, зависе од тога да ли је уговор у сфери вршења суверених права државе или је од тога изузет. У првом случају концесионар би могао да тражи само накнаду штете а у другом би требало да има право избора између захтева за накнаду штете и захтева за извршењем уговора. У пракси ово разликовање нема велики значај с обзиром на тешкоће да се изнуди извршење уговора на територији која је под сувереном влашћу државе која је дала концесију.

У пракси је значајније питање коју накнаду штете може да захтева концесионар, да ли је то накнада само стварне штете или и изгубљене добити.

Старије арбитражне одлуке у време полуколонијалних односа су гласиле да се надокнађују обе врсте штете. Измењеним односима између земаља увозница капитала и извозница капитала, изгубљена добит се не надокнађују када се ради о неопходној потреби диктираној јавним интересима. Судска пракса у САД и Енглеској је да на становишту приликом утврђивања правичне накнаде због кршења уговора о концесији, мора да води рачуна о вредности уговора у време раскида а не о томе какав би профит био остварен да уговор није раскинут. Против накнаде изгубљене добити истиче се и то да када је у питању уговор закључен на дужи рок прорачун изгубљене добити је проблематичан због економских, политичких и других промена. Међутим, то не значи да се концесионару ни у том случају не признаје накнада изгубљене добити. Приметна су компромисна решења која се крећу од накнаде пуне штете или накнаде само стварне штете.¹¹

¹⁰ Прица Р., *op.cit.* стр.175.

¹¹ Прица Р., *op.cit.* стр.175

БОТ посао (build-operate-transfer) изгради, користи, предај

У Закону о концесијама (члан 3 став 3) је предвиђено да су концесије и БОТ послови, укључујући и све облике овог система, а који се заснива на изградњи или реконструкцији и финансирању комплетног објекта, уређаја или постројења, његовом коришћењу и предаји у својину Републике у уговореном року. По правилу овај модел обухвата све фазе од финансирања, пројектовања, изградње и опремања, коришћења уз накнаду и предаје држави концеденту објекта на крају уговореног периода. БОТ је једна врста концесије тако да се сва правила која важе за концесије уопште примењују и на ове послове. Међутим, постоје извесне разлике између обичне концесије и БОТ посла. У БОТ посао је укључена изградња објекта а не само његово коришћење. Осим тога, док код концесије државни орган добија само накнаду за уступљена права коришћења предмета концесије, код БОТ посла држава добија својину над објектом по истеку уговореног периода. У упоредном праву постоје различити модели БОТ послова у зависности од тога које су све операције укључене. Тако постоји БОО (изгради, поседуј, користи, без обавезе трансфера); БОР; (изгради, користи, обнови); БООТ (изгради, поседуј, користи, предај) итд.

Законско регулисање концесија у неким европским земљама

У земљама у транзицији концесије су један од начина решавања неопходности капитала. И у овим земљама, као и у нашој, концесије су постојале пре II светског рата, али после овог рата оне су укинуте, јер нису биле у складу са привредним системом. Крајем деведесетих година преоријентација на тржишни систем привређивања у овим земљама ствара услове за оживљавање концесионих послова. Зато се овај посао законски регулише и то најчешће посебним законима о концесијама.¹² Материја концесија је често поред посебних закона предмет гранских закона и подзаконских аката нарочито у области водопривреде и шумарства (Руска федерација и Словенија). У Мађарској је 1991. године донет Закон о концесијама где су таксативно набројане области у којима се може дати концесија. У Бугарској је 1995. године (измене 1997.год.) такође донет Закон о концесијама који набраја предмете концесија. Руска федерација има осим Закона о страним инвестицијама из 1991.године и посебне законе о давању концесија у области природних богатстава. Словенија Законом о приватним јавним службама 1993,године регулише давање концесија у области енергетике, саобраћаја и веза, водопривреде, комуналних делатности, природних богатстава и животне средине. У Македонији је Законом о концесијама предмет концесија уопштено одређен као "добра од општег интереса за републику" као и "вршење делатности или послова у вези са добрима од општег интереса за републику". Република Словачка у Закону о

¹² Словачки Закон о концесијама 1996., Збирка закона 119/1996., Закон о концесијама Републике Мађарске 1991., Институт за упоредно право, Београд 1992.; Закон о концесијама Македоније 1992., Институт за упоредно право Београд 1993.

концесијама 1996.године таксативно набраја предмете концесија. У погледу трајања концесија предвиђени су различити рокови (нпр. до 30 година Србија и Словачка, до 50 година Руска федерација и Шпанија, а Македонија нема законску одредбу о дужини трајања концесије).

Што се тиче начина давања концесија у упоредном праву постоје следећи начини: лицитација, конкурс, подношење захтева заинтересованог лица и слободна погодба.

Закључак

Страна улагања кроз систем концесија и поред неколико тендера, више преговора, једног уговора са домаћим концесионаром (део аутопута Е-75 београд Нови Сад, који је раскинут 2002.године) и једне реализоване концесије дате страном лицу, показују скромне резултате.

Одговарајућа законска регулатива је један услов, а стварање повољне политичке и економске климе за инвестиције је други. Могуће је очекивати боље резултате после планиране приватизације ако се у пракси могући реализација већих инфраструктурних објеката по БОТ моделу.

*Dužanka Djurdjević, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Concessions in our Legal System and Comparative Overview

Abstract

Our country is facing the urgent need for investments, especially for infrastructure. Concessions and B.O.T. arrangements are attractive as they enable the inflow of foreign capital. Act on Concessions of 2003 is quite liberal; however, poor results of concessions can be ascribed to a bad investment climate.

Др Драго Дивљак, доцент
Правног факултета у Новм Саду

ПРИВАТИЗАЦИЈА И ЗАШТИТА СТРАНИХ ЛИЦА

Сажетак: Процена степена заштите страних улагача је резултанта односа укупности релевантног законодавства. Правни основи заштите страних лица инвеститора у приватизацији у нашој земљи су многоструки. Они произилазе из Закона о приватизацији, Закона о страним улагањима, али Закона о акцијском фонду и Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима. Мередаван су и законска правила о девизном пословању, експропријацији сл..

Генерално, дошло је до унапређење укупног домаћег инвестиционог законодавства у погледу гаранција и може се закључити да оно, у принципу обезбеђује адекватну правну заштиту за стране улагаче. То нарочито важи за Закон о страним улагањима. Одредбе Закон о приватизацији у овом погледу нису најјасније, што посебно важи за одговорност Агенције за приватизацију за веродостојност података у званичним приватизационим документима.

За страна лица, учеснике у приватизацији заштита утврђана националним законодавством, без обзира на оптималност није довољна. Пожљно је да се одређене правне гаранције обезбеде релевантним међународним конвенцијама, али и међудржавним уговорима

Исто тако, и најоптималнији правни оквир заштите страних инвеститора неће дати очекиване резултате, ако се не обезбеди његово спровођење у пракси и ефективна судска заштита, што опет претпоставља деловање правосуђа на принципима законитости, правне сигурности и праведности, што у нашим условима није лако обезбедити.

Кључне речи: страна лица, приватизација, правна заштита, инструменти правне заштите, правна сигурност, релевантни закони, међународне конвенције, Агенција за приватизацију, Акцијски фонд, берза

Увод

Законом о приватизацији из 2001.године је инаугурисан 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.¹ Њиме се успоставља модел који је приоритетно усмерен ка спољним стратешким партнерима и инвеститорима. Овакав концепт у принципу би требао да погодује економски снажнијим инвеститорима, што су у сваком случају превасходно страни инвеститори. Њихово довођење је оптималан циљ, како са аспекта решавања економских проблема и убрзане модернизације економије, тако и са аспекта убрзаног укључивања земље у светско тржиште.

Искуства земаља у транзицији су показала економску међузависност,односно условљеност између прилива страног капитала и процеса приватизације, при чему један процес подстиче други. Земље које су приватизацији отишле даље, постају све привлачније за ангажовање страног капитала. И обрнуто, долазак капитала подстиче и убрзава приватизацију. Програми приватизације додатно убрзавају прилив и шире се потенцијал за страна улагања.

Оптимални прилив страног капитала у процесу приватизације у битноме зависи и од правно-институционалних услова, односно укупног правног амбијента релевантног за ову област. Иако су мотиви инвеститора економске природе, њихово остваривање оцењује се правним режимом којим се ствара оквир за учешће у приватизацији и реализацију страних улагања.

Они би требали да буду резултанта промишљене, опште прихваћене и разрађене државне стратегије и концепције у овој области. 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.

Правна сигурност страних лица – учесника у процесу приватизације, односно могућност заштите директних страних улагања је важан фактор који утиче на учешће страног капитала у процесима приватизације у нашој земљи. При решавању питања привлачење иностраних инвестиција, законодавац не би требао само да води рачуна о интересима земље домаћина капитала, већ и о интересима инвеститора. У суштини, такво понашање је и у директном интересу земље домаћина, узимајући у обзир све предности које пружају страна улагања.

Проблем заштите страних лица у процесу приватизације друштвеног и државног капитала у нашој земљи се може посматрати са различитих аспеката, међусобно повезаних и условљених. Први је везан за општи приступ и оријентацију

¹ 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 конститuisао право на стицање акција без накнаде до 60% укупне вредности капитала, којим је обухватио запослене и пензионере друштвеног и државног сектора.

државе у тој области. Други аспект посматрања се доноси на анализу конкретних правних механизма и инструмената који стоје на располагању страним лицима у циљу заштите својих интереса, а проистичу из различитих правних основа. Примарно приступајући наведеном проблему са ових аспеката, у раду се разматрају правни основи, инструменти и механизми и могућности за ефективно остваривање такве заштите, како на плану појединости, тако и у својој укупности.

Општа разматрања

Три су групе механизма који могу да створе повољнију климу за инвестирање и побољшају конкурентску способност наше земље у погледу заштите инвеститора и подизања укупно нивоа њихове правне сигурности. Они су међусобно повезани, и једино у својој укупности дају оптималан резултат. Само унапређење укупног домаћег инвестиционог законодавства, није довољно. Потребно да се та сигурност обезбеди и међународним конвенцијама, али и проширењем круга земаља са којима су закључују билатерални уговори о инвестицијама.

Најопштији правни оквир за стварање амбијента правне сигурности за страна лица – купце у поступцима приватизације домаћих предузећа су релевантне међународне конвенције и међудржавни уговори. Међународно-правна заштитна страних улагања има генерално за циљ постизање одређених стандарда универзалног значаја у области ефикасне заштите интереса инвеститора. Таква допуна активности осталих међународних финансијских развојних институција, декларативно се заснива на коришћењу стабилних и правичних стандарда и правила. Њихов значај расте уколико је национално законодавство испод потребног нивоа.

У нашој земљи, у том погледу су већ раније учињени одређени напори. Наиме, наша земља је ратификовала најзначајнију међународну конвенцију из ове области, Конвенцију о оснивању Мултилатералне агенције за гаранције за стране инвестиције.² Неопходна претпоставка за већи степен сигурности страних улагања, за привлачење страног капитала је могућност коришћења додатних међународних гаранција од некомерцијалних ризика. Након што су отклоњене раније присутне формалне препреке, везна за чланство у релевантним међународним организацијама, испуњени су сви формални услови за ефективно коришћење међународног система гаранција.

Систем гаранција Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција има специфичан циљ и усмерен је да умањи и отклони постојеће баријере које онемогућавају раст страних инвестиција, посебно у земљама у развоју. Наведена усмереност ка подстицању страних инвестиција у земље у развоју, која је одваја је

² У нашој земљи је ратификована 1991. године, Законом о ратификацији Конвенције о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција и тумачење конвенције, са прилозима. Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори, 91/4.

од свих других програма гарантовања, изричито је назначена у преамбули Конвенције. То формално значи да су овим системом међународних гаранција обухваћене само инвестиције у земљама уразвоју, у које спада и наша земља.³

Један од општих правних темеља на којима се заснива могућа правна заштита улагача, су и билатерални уговори. У систему правне заштите страних инвеститора, од суштинског значаја могу бити и билатерални уговори са земљама извозницама капитала о промоцији и заштити страних инвестиција и о избегавању двоструког опорезивања. Наведене земље у систему заштите од значајну пажњу посвећују правној заштити по основу закључивања билатералних међудржавних споразума о о подстицају и заштити улагања, и тиме једнострано или на узајманој основи уговори омогућују државама уговорницама да обезбеде реализацију права домаћих лица на територије друге земље уговорнице. Уговорно регулисање тих питања даје одређену гаранцију примене договореног режима, независно од каснијих евентуалних измена законодавства друге земље-уговорнице.

Њихов садржај је дугогодишњом праксом значајно стандардизован и обухвата шири круг релевантних питања. Полази се од третмана најповлашћеније нације и националног третмана. У том контексту, нарочита пажња се посвећује питањима везаним за експропријацију и одштете при одузимању имовине страних лица-улагача. Ови уговори пружају озбиљну подршку страним улагањима, јер улагачу гарантују одређени степен сигурности. Њихова бројност непрекидно расте.⁴ У пракси, велике извознице капитала, имају закључених на десетине, а неке и преко стотину ових уговора. Бивша Југославија је ратификовала више таквих уговора.⁵

И поред свега, за обезбеђење интереса страних лица и њихову правну заштиту у поступку куповине акција приватизованих предузећа и обезбеђење правних гаранција за несметану пословну реализацију тако заснованог страног улагања, од пресудног значаја су домаћи прописи. Њихова усмереност и оптималност је најбољи индикатор њиховог положаја.

У оквиру домаћег правног система, правни основ заштите страних лица инвеститора у приватизацији у нашој земљи су многоструки. Њих налазима у оквиру приватизационог законодавства са њим повезаног законодавства, али и законодавства о страним улагањима и берзама и берзанском пословању.

Заснована на меродавном националном законодавству, правна заштита страних лица је могућа коришћењем две групе инструмената заштите. Први имају специјалистички карактер, и проистичу из приватизационог законодавства. У складу са својом циљном усмереношћу, у њих неспорно спадају и заштитини

³ Чл. 14. Сеулске Конвенције. Списак земаља које ће имати третман земаља у развоју дат је у прилогу Конвенције. Чл. 24. Коменетара Конвенције и пар. 3.07. Оперативних правила MIGA.

⁴ Стално расте број билатералних уговора за стимулисање и заштиту директних страних улагања. Тако их је 1193. године било 506, а следеће већ 570. То карактерише сво време до оснивања Светске трговинске организације, када они добијају другачији карактер.

⁵ Таква пракса започета је седамдесетих година овог века, и у том првом кругу такви уговори су закључени са САД, Египтом, Шведском, Холандијом. Ратификовани су и 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),

механизми везани за приватизацију путем куповине акција из портфеља Акцијског фонда. Друга група инструмената је општег карактера, и утврђена је законодавством којим се непосредно или посредно регулишу страна улагања. Они су превасходно усмерени ка заштити страног улога као и добити која из њих проистиче, те се она у основи своди на правно обезбеђење репатријације инвестираног капитала и трансфера добити.

Временски, једна група инструманата претходи другој и различите су заштитен усмерености. Прва група се везује за заштиту права у току самог поступка приватизације, а друга група се односи на заштиту у фази реализације улагања. Иако специјалног карактера, прва група инструмената је заједничка за све учеснике у приватизацији, независно да ли се ради о домаћим или страним правним и физичким лицима.

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. У том смилу посебну улогу има Закон о страним улагањима. Како се један део приватизације одвија преко финансијске берзе, значајан правни извор је и Закон о берзама, берзанским пословању и берзанским посредницима.

Правна оцена адекватности нашег законодавства је могућа тек ако су обзир узму и други закона који могу бити релевантни за ову област. То је у првом реду одговарајуће законодавство о експропријацији и девизном пословању, али и неки други закони. И оно мора бити прилагођено међународним стандардима у тој области да би се општи степен гаранција за стране улагаче подигао на виши ниво.

Приватизационо законодавство и заштита страних лица

Често се наводи да је основни циљ законодавца у области приватизације био да се транспарентношћу процедура ефикасно спречи пракса неконтролисаних и шпекулативних облика присавајања друштвеног капитала. Питање је колико овај начелан приступ укључује и омогућава ефикасну заштиту, како домаћих, тако и страних инвеститора и њихових интереса у процесу приватизације.

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 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 управних органа,⁶ и она се тиче, као поступка који претходи продаји, процене капитала која је предмет

⁶ Страна улагања која нису везана за приватизацију, подразумевају, осим у домену статистичке евиденције страних улагања, исључиву надлежност трговачких судова.

продаје, тако и самог процеса продаје и доношења одлуке о најповољнијем учеснику, када се ради нпр. о тендерској продаји.

Овакав концепт захтева адекватан систем контроле и надзора над применом односног закона, чиме се на општем плана подиже степен правне сигурности и превентивно штите интереси и страних лица у приватизацији друштвеног и државног капитала у предузећима. У позитивном праву се на формалној равни успоставља разгранат систем интерног и екстерног надзора и контроле. Његова начелна логичност и свеобухватност није спорна, али се ту може озбиљно поставити питање њихов стварног практичног значаја. У тако успостављеном систему, централну улогу има министарство надлежно за послове приватизације, а тек потом надлежни одбори и сама Скупштина Републике Србије.⁷ Право контроле надлежног министарства, је врло широко постављана, јер обухвата и надзор над пословима продаје акција из поступка приватизације која се обавља преко финансијске берзе, као и и надзор рада свих институција која имају овлашћења у спровођењу приватизације, а посебно Агенције за приватизацију. С друге стране Агенција за приватизацију је дужна да обавезноинтерно контролише поступке приватизације. У том оквру, за нас је важна тзв. претходна контрола документа потребних за реализацију приватизације. Она треба да осигура веродостојност документа и података у њима, који су од значаја за одлуку страних лица о учешћу у приватизацији.⁸ Питање обезбеђење правне сигурности потенцијалних купаца и гарантовања да документација, тј просpekt и програм приватизације код приватизације аукцијом, односно тендерска документација у поступку приватизације тендером, одражава стварно стање и стварне податке о субјекту приватизације, има кључни значај. Посматрано са тог аспекта, сваки пропуст Агенције за приватизацију у овом сегменту може имати вишеструке штетне последице по страна лица учеснике у приватизацији. Стога контрола Агенције за приватизацију, која има превентивни карактер, не може искључити право на индивидуалну тужбу сваког оштећеног страног лица због неворордостојности података у тендерској И аукцијској документацији. Иако то није прецизно утврђено, пасивно легитимисана требало би бити опет Агенција за приватизацију, с обзиром да се ради о правном лицу који има широка овлашћења да иницира, спроводи, обезбеђује и контролише спровођење приватизације. У том оквиру, према купцима капитала, она има улогу гаранта преузетих обавеза у име државе.

Осим обезбеђења јавности и надора, којим се подиже правна сигурност у овој области, а тиме и заштита интереса страних инвеститора у процесима приватизације, Законом о приватизације су такође специфицирани несудски индивидуални инструменти правне заштите учесника, потенцијалних купаца у поступку приватизације. Тако сваки учесник јавног тендера има право приговора на законитост спроводеног поступка.⁹ Он се подноси министарству надлежном за послове приватизације, и то у року од осам дана од дана пријема обавештења о

⁷ Члан 62. Закона о приватизацији из 2001. године.

⁸ Члан 10. Закона о приватизацији из 2001. године.

⁹ Члан 32. ст. 2. Закона о приватизацији из 2001. године.

результатима јавног тендера. О њему се одлучује у року од осам дана од дана пријема приговора. Овај акт је коначан, и после њега остаје могућност заштите прелази из сфере управно-правне заштите у сферу судске заштите.

Овака правни инструмент заштите није предвиђен код аукције, као метода приватизације, с обзиром на њен карактер. У недостатку њега, предвиђени су приговори процесне нарави везани за кршење процедуре и ток аукције. Одлука донета поводом њих може касније бити основ лицима који су их поднели за покретање даљих поступака у одбрани својих интереса.¹⁰

Значајан део приватизације друштвеног капитала у предузећима се одвија путем преноса акција на Акцијски фонд, као специфичној државној инситуцији, и њиховог даљег промета и продаје домаћим и страним лицима. Ради се о акцијама по основу преосталог друштвеног и државног капитала емитованих по основу Закона о својинској трансформацији, чиме се коначно идентификују власници свих акција и омогућава коначно завршавање поступка приватизације. Акцијском фонду се преноса и акције акционара који су одустали од отплата уписаних акција по основу ранијих закона, као и акције пренете републичком фонду надлежном за пензијско и инвалидско осигурање. Акцијски фонд врши продају свих акција које су му пренете.¹¹ У циљу обезбеђења јавности и начела максимирања профита, такве акције се искључиво продају путем финансијске берзе.

Страним лицима, који који куповином ових акција учествују у приватизацији, такође се мора пружити одговарајући заштитни интрументариј. У том погледу меродаван је и Закон о Акцијском фонду,¹² и то сегменту постизања правне сигурности путем контроле рада Акцијског фонда. Тако је овим законом утврђено да ако се у оквиру службене активности надзора од стране надлежног министарства за послове приватизације, утврди незаконитост у преносу и продаји акција, фонд мора приступити њеном отклањању у року од најдуже 30 дана од доношења решења.¹³

Међутим, у области заштите, релевантан је превасходно Закон о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима,¹⁴ и договарајућа правила Београдске берзе. У том погледу су у нашем берзанском праву предвиђени стандардни механизми обезбеђења интереса таквих лица. Осим индивидуалне акције страног лица, правна сигурност се постиже и службеном активношћу рада органа берзе,¹⁵ вршењем послова надзора, интерних берзанских контролора,¹⁶ али и екстерних назорних органа у форми комесара берзе.¹⁷ Наведену заштитну функцију имају и Правила Београдске берзе из 1997. године, која се односе на спречавање злоупотребе информација које нису доступне свим учесницима на берзи (insajder

¹⁰ Члан 22. и 28. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом из 2001. године.

¹¹ Члан 67-69. Закона о приватизацији из 2001. године.

¹² Закон о Акцијском фонду (Сл. гласник РС 38/2001.)

¹³ Члан 24. Закона о Акцијском фонду из 2001. године.

¹⁴ Сл. лист СРЈ, 90/94.

¹⁵ Члан 98. Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994. године.

¹⁶ Члан 61. Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994. године.

¹⁷ Члан 64.-70. Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994. године.

pravilia),¹⁸ спречавање злоупотреба и неизвршавање преузетих обавеза,¹⁹ као и кршење правила етичког понашања на берзи.²⁰ Осим овог уобичајног инструментарија из берзанског права, постоје и специјална правила за секундарну трговину акцијама из поступка својинске трансформације и приватизације спроведеним по одредбама Закона о друштвеном капиталу²¹, Закона о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине²², Закона о својинској трансформацији²³ и Закона о приватизацији из 2002. године. Она су структурирана у форми Правилника о трговању акцијама из поступка приватизације из 2003. године. Њиме се у циљу обезбеђења законитости и правне сигурности, овлашћује берзански контролор, да по сопственој иницијативи, обустави аукцију наведеним акцијама, ако оцени да се цена акција, формира манипулативним радњама или очекује објављивање информације за коју се претпоставља да би могла знатно да утиче на цену акција. О обустави из претходног става, берзански контролор одмах обавештава овлашћено лице органа који је издао дозволу за рад Берзи, односно орган који врши надзор над применом Закона о приватизацији, ради предузимања, законом, прописаних активности.²⁴

Инвестиционо законодавство и заштита страних лица

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.

Битан сегмент супсидијеране примене овог закона управо се односи на област која нас овде превасходно занима, а то је област гаранција и заштите њихових права. Ту је учињен значајан помак у односу на раније стање. Заштита њихових интереса је подигнута на квалитативно другачији ниво и проширена је листа заштитних механизма. Гарантована права су учињена делатворнијим, а њихова заштита ефикаснија и потпунија.

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

¹⁸ Члан. 118. и 119. Правила Београдске берзе из 1997. године.

¹⁹ Члан. 120. и 121. Правила Београдске берзе из 1997. године.

²⁰ Члан 122-130 Правила Београдске берзе из 1997. године.

²¹ Службени лист СФРЈ бр. 84/89 и 46/90.

²² Службени гласник РС бр. 48/91, 75/91, 48/94, 51/94.

²³ Службени гласник РС бр. 32/97 и 10/2001.

²⁴ Члан 72. Правилника о трговању акцијама из поступка приватизације из 2003. године.

заштите њихових права није само проширена, већ је квалитативно другачије постављена. Садржински, највећи део део закона је посвећен инструментима заштите и гаранција права страних улагача.²⁵ То пре свега значи: национални третман страних улагања и привредних друштава у која улажу, слобода страног улагања, пуна правна сигурност и заштита улагања

Општи принцип на коме се заснива заштита страних инвеститора је национални третман, односно гаратовање потпуне националне заштите страних лица. По основу улагања, страни улагач стиче иста права као и домаћа лица. У Закону о страним улагањима се гарантују и детаљније регулишу само она специфична права која проузилазе из иностраног елемента. То су права на слободну конверзију валута, на вођење пословних књига у складу са међународно-прихваћеним рачуноводственим и ревизорским стандардима, као и друга право на трансфер добити и имовине у иностранство.

Други је принцип реципроцитета. Они су често заштићени и другим инструментима: уживају додатну заштиту по основу међудржавних споразума о заштити и подстицању инвестиција, не опорезују се двоструко по основу споразума о избегавању двоструког опорезивања, као и другим билатералним уговорима којима се унапређују и штите страна улагања. Отворене су могућности за учешће у органима предузећа и уопште запошљавање у земљи инвестиција.

Страни улагач ужива пуну правну сигурност и правну заштиту и у погледу права стечених улагањем у моменту регистрације. Она не могу бити умањена накнадном изменом закона и других прописа. То не значи да се неће променити услови који су постојали у моменту улагања приватизацијом, (порези, систем плаћање), него само да се на његову штету неће променити права која је стекао куповином, било да су она имовинског или управљачког карактера.

Посебно значајан чинилац у погледу заштите страних лица је изричит приоритет третмана страног улагања који произилази из међународног или билатералног уговора који је наша земља потписала, у односу на третман предвиђен предметним законом.²⁶

Потреба обезбеђења одговарајућих правних гаранција и заштита интереса страних лица у процесима приватизације, не завршава се формалном куповином акција приватизованог предузећа. Суштински је битно ту заштиту обезбедити и у фази реализације страних улагања. У том контексту потребно је обезбедити и правне гаранције за пословање таквих предузећа, нарочито у области заштите својинских права и права слободног трансфера добити и репатријације уложеног капитала.

Заштита својинских права страних улагача у поступку приватизација, примарно се везује за заштиту од експропријације.

У међународним конвенцијским правилима, под експропријацијом се подразумева сваки законодавни или административни поступак или пропуст који се може приписати влади домаћину, а који лишава носиоца гаранције власништва

²⁵ Од укупано 25 чланова које садржи Закон о страним улагањима из 2002. године, чак седам се односи на гарантована права страних улагача.

²⁶ Члан 13. Закона о страним улагањима из 200. године.

или контроле над његовом инвестицијом, или стицање значајне користи, са изузетком недискриминаторних редовних мера које се у принципу примењују и које Владе обично предузимају ради регулисања привредне активности на својој територији.²⁷⁾ То укључује мере као што су национализација, конфискација, заплена, присвајање забрана и змрзавање ефективне имовине. Нису предвиђене мере судских органа.²⁸ Под недискриминаторним мерама се не подразумевају мере опорезивања, или оне о радним односима или заштитити животне средине, осим ако нису дискриминаторне.²⁹

Један од атрибута суверености сваке државе јесте њено право да изврши експропријацију приватне имовине када то захтевају јавни интереси те се стога она у принципу не одриче овог права. Како ризик експропријацију није могуће у потпуности избећи, задатак законодавца у овој области је да се штета сведе на најмању меру. У том погледу су и националном и међународном плану утврђени одређени стандарди,³⁰ којима се утврђује да ће она бити спроведена у јавном интересу, уз правомоћни судски поступак и исплату адекватне, правичне, фер или одговарајуће накнаде.³¹ У тим правилима налазимо и одредбе о томе на који начин ће ова накнада бити утврђена и пружена.

Законом о страним улагањима из 2002. године, страним улагачима се пружа уобичајена, међународним стандардима утврђена заштита од експропријације и других мера државе са једнаким дејством.³² И у складу са Законом о експропријацији, непокретност је могуће експроприсати или ограничити право својине на њима, само уз правичну накнаду која не може бити нижа од тржишне цене непокретности, ако то захтева општи интерес, одређен на основу закона.³³ Уско дефинисање могућности за експропријацију³⁴ и обезбеђење накнаде на одговарајући начин,³⁵ у довољној мери обезбеђују интересе инвеститора, али и одговарају захтевима Сеулске конвенције. Адекватност накнаде може доћи у питање, ако се она утврђује по тржишној цени у моменту доношења првостепене пресуде, с обзиром на време које је потребно за другостепено пресуђивање, а посебно у околностима значајнијег поремећаја курса националне валуте.³⁶

²⁷ Чл. 11-1 Сеулске конвенције.

²⁸ Упореди Чл. 14. Сеулске конвенције.

²⁹ Упореди Чл. 14. Тумачења Сеулске Конвенције.

³⁰ Упореди: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II, The International Bank for Reconstruction and Development, 1992., str. 41-44; Best Practices of International Investment, A Paper for the EAC Investment Code Harmonisation Seminar, Nairobi, March, 2000, str. 7.

³¹ О међународној арбитражној пракси у овом погледу : Friedland-Wong, Measuring Damages for the Deprivation of Income –Producing Assets: ISID Case Studies, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 1991, str. 401

³² Члан 9. Закона о страним улагањима из 2001. године.

³³ Чл. 1 Закона о експропријацији, Сл. гласник РС, бр. 53/95.

³⁴ Влада РС може утврдити општи интерес само у областима за које није спорно да садрже у себи јавни интерес. Члан 20. 1 Закона о експропријацији.

³⁵ Чл. 41. Закона о експропријацији из 1995. године.

³⁶ О стандардима у тој области: Friedland-Wong, op, cit. str. 401-403.

Мада се може слободно рећи да национализације у класичном смислу те речи нису више свакодневни догађаји И да губи на значају, због бројних забрана и ограничења за њену примену, међународна пословна пракса се суочава са једним новим феноменом ризиком тзв. индиректне национализације. А са њим се суочава инвеститор када земље домаћин улагања, посредним путем, увођењем нових прописа у таквом обиму утиче на пословање да се страни инвеститор доводи у исти положај као да је извршена и тзв. директна, односно класична национализација. Уместо тзв. Акта о национализацији доносе се нове других мера које нису постојале у време доношења пословне одлуке о инвестирању, што позицију инвеститора чини још рањивијом.

Под новим мерама у овом контексту, првенствено се подразумевају мере везане за увођење нових или додатних пореза, нових увозних царина, увођење потпуне или делимичне забране увоза, измене инвестиционог законодавства, неиздавање увозних дозвола, девизне рестрикције и друга спољнотрговинска ограничења. Наведене државне мере које нису постојале у време доношења пословне одлуке о страном инвестирању, могу у толиком обиму негативно утицати на пословање самог привредног субјекта да се не може избећи пословање са негативним резултатом, које у крајњем исходу доводи до стечаја или ликвидације самог субјекта пословања.³⁷

Опасност по инвеститора који су изложени вој врсти ризика, увећава чињеница да, осим у изузетним случајевима, ова врста ризика није првобитно покривена осигурањем од некомерцијалних ризика. Оне се по мишљењу осигуравајућих друштава пре подводи под комерцијални ризик., као ризик рентабилног пословања предузећа. Стога су владе појединих развијених држава, које су уочиле опасност од индиректне национализације њихових инвестиција у земљама у развоју, у систему свог инвестиционог осигурања предвиделе могућносту осигурања инвестиција и од такве врсте ризика. У односу на постављање према овом проблему, задовољавајући су били француски и енглески систем заштит

Овако дифузан и сложен проблем није једноставно решити и одређени ризици у овом погледу се не могу избећи. Није лако обезбедити да се заштитне мере провуку кроз целокупно законодавство које у било ком аспект у регулисе правни положај страног улагача. Један општи заштитини принцип, би у овом погледу могао бити ефикаснији. Већ споменути принцип забране сужавања права из Закона о страним улагањима из 2002. године, може одиграти наведену улогу, и успешно свести ризик индиректне национализације код нас свести на размну меру.

Поред ризика посредне национализације у савременим међународним економским односима у свету, карактеристичних по томе да су економским и монетарним кризама, страни инвеститори посебно још страхују и од ризика трансфера. немогућности репатријације инвестираног им је пракса не ретко давала

³⁷ У литературе се као класичан случај се односи на несразмерно високо оптерећење компаније “United States Nicarao Plant “ на Куби., те је она морала престати са пословањем.

основ за њихову бојазан.³⁸ Трансферни ризици су, садржински посматрано могу се дефинисати као некомерцијални ризици, које карактерише увођење државних мера земље-увознице капитала које онемогућавају или на одређени начин отежавају слободан трансфер добити и ретрансфер уложених средстава, посебно ако их она доносе на дискриминаторски, арбитриран или неправичан начин.³⁹ У драстичним случајевима, када су такве мере усмерене против конкретног улагача, и ако у таквим случајевима настане трајна штета или губици улагача, овакво поступање може бити квалификовано и као индиректно одузимање имовине.

Могућност трансфера се третира као фундаментални принцип приватне својине⁴⁰, а не само есенцијалан аспект режима страних улагања. Минимизација ограничења уз пружање гаранција за ризик нетрансферабилности се поставља као полазно начело за националне прописе.⁴¹

У правном систему наше земље страним улагачима се у погледу ризика трансфера пружа правна заштита у значајној мери. Она је утврђена и гарантована Законом о страним улагањима, али и Законом о девизном пословању.⁴² Општом формулацијом у Закону о страним улагањима се страном улагачу гарантује право, да по измирењу обавеза, слободно и без одлагања, у конвертибилној валути трансферише сва финансијска и друга средства у вези са страним улагањима, како она везана за добити, тако и другу имовину везану за страна улагања.⁴³ Она значи да држава себи ускраћује право да успоставља ограничења и забране у овој области, чиме се њено остварење чини зависним само од резултата пословања приватизованог предузећа и воље новог власника акција.

Овакав начелан став се разрађује и у Закону о девизном пословању из 2002. године. Уз услов измирењу свих доспелих обавеза у земљи улагања, плаћање и пренос капитала по основу стицања, продаје и ликвидације директних инвестиција у земљи је слободан, ако је тај посао регистрован и извршен у складу са Законом о страним улагањима.⁴⁴ Ипак, дозвољена су, привремено, најдуже до шест месеци, одређена ограничења плаћања и пословања са девизама услед економских и

³⁸ Проблем везан ову врсту ризика, у форми ограничавањ или утврђивање максималног износа добити који се може трансферисати из земље или у форми забране и ограничењем износа конвертибилне валуте, или њихово комбиновање, седамдесетих година су били карактеристични за Аргентину, Индију, Мексико, Нигерије и земље тзв. заједничког тржишта андских земаља (Andean Common Market-ANCOM). Folsom, R.H.-Gordon, M.W.-Spanogle, J.A., Међународни трговачки послови, Нови Сад, стр. 174.

³⁹ Према Сеулској конвенцији (11-1) под ризиком трансфера валута подразумева се свако увођење од стране владе домаћина, рестрикција на трансфер валуте те земље изван земље домаћина у конвертибилну валуту или другу валуту прихватљиву носиоцу гаранције, што обухвата, нереаговање у разумном року, на захтев за такав трансфер.

⁴⁰ Best Practices of International Investment, A Paper for the EAC Investment Code Harmonisation Seminar, стр. 8.

⁴¹ Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II, The International Bank for Reconstruction and Development, стр. 21.

⁴² Закон о девизном пословању, Сл. лист СРЈ 2002/4.

⁴³ Члан 12. Закона о страним улагањима из 2002. године.

⁴⁴ Члан 11. и 25. Закона о девизном пословању из 2002. године.

монетраних поремећаја.⁴⁵ На тај начин су обухваћени сви облици рестрикција, укључујући и онај за небалговремено реаговање, што је потпуности у складу са духом и намерама исказаним у Сеулској Конвенцији.⁴⁶

Можемо закључити да општа праван гаранција дата у оба закона, И поред заштитних мера и ограничења предвиђених за економске поремећаје, ипак пружају солидну заштиту страним улагачима од ризика трансфера у нашој земљи, посебно стога што значајније не одступају од међународних правила⁴⁷ и стандарда.⁴⁸

Закључак

Наша земља, као и све земље увознице капитала, у жељи да створи повољну инвестициону климу мора пружити страним инвеститорима што разрађенији и ефективнији систем правних гаранција И заштите страних улагача, и тиме спречити да резултати улагања буду одузети или обезвређени. Улога сваке од земаља у модерним трендовима овој области, које се карактерише константним растом директних инвестиција и сталним ширењем њене просторне распрострањености, директно зависи од општег приступа и оријентацију државе у тој области.

Наведени систем заштите треба да буде заснован на конзистентним основама и комплесан по својој садржини и обухватности. Њиме треба да се обезбеди висок степен правне сигурности не само у поступку продаје друштвеног и државног капитала, већ у фази реализације тако заснованог страног улагања. То претпоставља поштовање права инвеститора, санкционисање кршења правила и омогућавање ефективног остваривања права инвеститора у разном року, али и осигурање беспоговорног поштовања релевантних правила понашања,

Полазећи од ових од практичних потреба заштите инвеститора, у пословној и правној пракси се постепено створио релативно сложен систем правне заштите, који се не заснива само на једностраним актима државе.

Процена степена заштите страних улагача је резултанта односа укупности релевантног законодавства. Правни основи заштите страних лица инвеститора у приватизацији у нашој земљи су многоструки. Они произилазе из Закона о приватизацији, Закона о страним улагањима, али Закона о акцијском фонду и Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима. Мередавна су и законска правила о девизном пословању, експропријацији сл..

Генерално, дошло је до унапређење укупног домаћег инвестиционог законодавства у погледу гаранција и може се закључити да оно, у принципу обезбеђује адекватну правну заштиту за стране улагаче. То нарочито важи за Закон

⁴⁵ Члан 48. Закона о девизном пословању из 2002. године

⁴⁶ Упореди Чл. 13. Тумачења Сеулске конвенције.

⁴⁷ Пвила Међународног монетарног фонда Чл. VI (3) омогућавају државама чланицама да преузимају мере контроле неопходне за регулисање капиталних трансакција.

⁴⁸ Uporedi : Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Vol. II 1992., str. 39.

о страним улагањима. Одредбе Закона о приватизацији у овом погледу нису најјасније, што посебно важи за одговорност Агенције за приватизацију за веродостојност података у званичним приватизационим документима.

За страна лица, учеснике у приватизацији заштита утврђена националним законодавством, без обзира на оптималност, није довољна. Пожљно је да се одређене правне гаранције обезбеде релевантним међународним конвенцијама, али и међудржавним уговорима. Тиме се у глобалу обезбеђује онај степен правне сигурности, који они познају и минимално очекују. Наведени механизми правних гаранција и заштите страних улагања су међусобно повезани, и само у својој укупности дају жељени резултат и ефективно стварају повољну климе за инвестирање и побољшање конкурентске способност наше земље у овом погледу.

Исто тако, и најоптималнији правни оквир заштите страних инвеститора неће дати очекиване резултате, ако се не обезбеди његово спровођење у пракси и ефективна судска заштита, што опет претпоставља деловање правосуђа на принципима законитости, правне сигурности и праведности, шт у нашим условима није лако обезбедити.

*Drago Divljak, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Privatization and Protection of Foreign Investors

Abstract

Framework for protection of foreign investors is a result of the comprehensive set of relevant legislation. There are many types of legal protection of foreign investors in the process of privatization in our country. They are envisaged in the Act on Privatization, Foreign Investments Act, Act on Corporate Stock, Act on Stock Exchange Markets, etc. There are other legislative acts relevant for foreign investors protection, such as those related to foreign transactions, expropriations, etc.

General conclusion is that domestic rules for protection of foreign investors have considerably improved. Foreign Investments Act is one of such pieces of legislation. However, Act on Privatization has few provisions with ambiguous meaning, especially those provisions on liability of the Agency for Privatization for authenticity of data inscribed in the official privatisation documents.

We still find that the national legal protection of foreign investors, who take part in the process of privatisation, is not sufficient. It is desirable to set certain legal guarantees through international conventions.

Optimal legal framework for protection of foreign investors will not be sufficient unless there is efficient enforcement and effective judicial protection which assumes adequate judiciary and legal certainty, as it seems that it is difficult to ensure.

*Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

УГОВОРИ СА ПОТРОШАЧИМА СА ИНОСТРАНИМ ЕЛЕМЕНТОМ – МЕРОДАВНО ПРАВО И НАДЛЕЖНОСТ

Сажетак: У раду се разматра потреба уношења одредаба о заштити потрошача у југословенски Закон о решавању сукоба закона. Постоје разлито начине заштите потрошача. Између осталог, та заштита може се испољити и у домену међународног приватног права. Тако нпр. у области сукоба закона, постоје опште установе, као што су јавни поредак, изигравање закона и принудни прописи, на које се можемо позвати да би обезбедили примену домаћег права о заштити потрошача на уговоре са иностраним елементом. Постоји, даље, могућност да се ограничи аутономија воље у погледу избора меродавног права код уговора са потрошачима, као и да се предвиди примена права државе којој потрошач припада у одсуству таквог избора. У домену међународне надлежности, може се ограничити аутономија странака у избору надлежног суда и предвидети посебна надлежност суда пребивалишта или редовног боравишта потрошача, у споровима који проистичу из уговора са потрошачима. Уношење оваквих посебних колизионих норми и норми о међународној надлежности у домаћи Закон о међународном приватном праву, претпоставља дефинисање појма "потрошачког уговора", те сходно томе, појмова "потрошач" и "професионалац". Даље питање је да ли би заштиту путем колизионих норми и норми о међународној надлежности требало резервисати само за одређене врсте уговора са потрошачима, закључене под тачно дефинисаним околностима или је треба протегнути на све уговоре са потрошачима. Размотрене су новине у праву Европске уније које се тичу ограничења категорије уговора у којима потрошачи уживају такву заштиту (посебно измене које су уведене тзв. Првом бриселском регулативом и промене о

којима се разговара поводом трансформације Римске Конвенције о меродавном праву за уговорне обавезе у регулативу). Поред тога, укратко су размотрене одредбе о заштити потрошача садржане у швајцарском и словеначком закону о међународном приватном праву. Рад се завршава закључцима о потреби усклађивања правила домаћег Закона о међународном приватном праву из 1983. године са важећим одредбама права ЕУ.

Кључне речи: заштита потрошача, меродавно право, међународна надлежност, хармонизација, право Европске уније, уговори са потрошачима

1. Заштита потрошача као нова правна дисциплина

Право заштите потрошача је назив нове правне дисциплине, која почиње да се развија током шездесетих година двадесетог века у државама развијене тржишне привреде. Правни послови које потрошачи закључују су појединачно мале вредности, али у збиру представљају значајну вредност за друштво. Као главни циљ правила којима се штите потрошачи у литератури се наводи заштита слабије стране у правном послу – према критеријумима економске снаге, знања и искуства и информација које су јој на располагању. Начело слободе уговарања које важи између уговорних страна једнаке преговарачке моћи, мора да уступне пред начелом социјалне правде, када је једна од уговорних страна несразмерно слабија од друге. Потрошач, као слабија страна, треба да се заштити од непоштености пословања и злоупотребе преговарачке снаге друге стране у правном послу, за коју се у иностраној литератури предлаже назив професионалац.¹ Код нас је уобичајени назив – професионални трговац. Заштиту потрошача треба да обезбеди држава.

Издавање и систематизација правила којима се штите потрошачи у посебну правну дисциплину релативна су новост, али корени заштите потрошача иду много даље у прошлост. Већ у римском праву налазимо одредбе о заштити купца од скривених мана продате ствари, а *Magna Carta Libertatum* поред оних познатијих одредаба о ограничавању апсолутне власти владара, садржи и одредбе о једнообразним мерама за вино, пиво, кукуруз и платно.²

Карактеристика права заштите потрошача је мултидисциплинарност у оквиру правне науке. Несумњиво, заштита потрошача представља вид државне интервенције у приватно-правне односе, али се та интервенција испољава у правним нормама која по својој природи припадају различитим правним гранама. Главнина припада облигацијама (уговорном праву и вануговорној одговорности), а један део налази своје место у оквирима управног и кривичног права. Значајан

¹ J. Herre, E. Hondius, G. Alpa, "The Notion of Consumer and Professional and Some Related Questions", Task Force on Consumers and Professionals," стр. 1-2. http://www.sgecc.net/media/download/-consumers_and_professionals.pdf

² Peter Cartwright, *Consumer Protection in Financial Services*, Kluwer Law International, 1999, стр. 1.

сегмент представљају и посебна правила грађанског процесног права (нпр. о колективним тужбама, привременим мерама, извршењу одлука, и сл.).

У уговорном праву, заштита се одвија путем наметања одређених обавеза професионалцу у погледу начина закључења уговора, а посебно информисања потрошача, прописивања ништавости одређених уговорних клаузула, давања права потрошачу на одустанак од уговора у одређеном року, итд.

Постоји такође могућност да се заштита потрошача оствари посредством међународног приватног права. Паралелно са развојем нове правне дисциплине у земљама развијене тржишне економије изграђене су колизионе норме и норме о међународној надлежности које штите потрошач, а везане су за уговоре са потрошачима.³ Норме међународног приватног права користе се као инструмент заштите потрошача у Европи, а знатно ређе у САД или Канади.⁴ Због тога ћемо наш приказ упоредно-правних решења ограничити на релевантне конвенције и прописе ЕУ и ЕФТА и на поједине законе европских држава.

2. Међународно-приватноправна заштита потрошача

Одмах на почетку треба признати, да значај норми међународног приватног права као средства заштите потрошача није велики – до њихове примене долази тек у случају да се потрошач обрати суду. Потрошачи ретко остварују заштиту својих права путем суда, а свакако још ређе у споровима са прекограничним елементом.⁵ Ипак, овој материји се посвећује велика пажња у доктрини, што може указивати да она поставља значајна теоријска питања.

Претпоставка за остваривање заштите путем међународног приватног права јесте да домаће супстанцијално право садржи посебне норме које, у случају да се ради о уговорима са потрошачима, предвиђају посебан режим, повољнији за потрошача. Тек када су те норме на месту као део унутрашњег правног система, може се поставити питање како обезбедити њихову примену у уговорима са иностраним елементом, односно, како спречити јачу страну да не окрене у своју корист чињеницу да постоји више права која се могу применити. Ограничење аутономије воље уговорних страна у унутрашњем уговорном праву у циљу заштите потрошача остаће без дејства ако се може изиграти простим избором страног права као меродавног или посредно, избором надлежног страног суда.⁶

³ Друго често поље примене заштите путем међународног приватног права су деликти учињени према потрошачима (меродавно право за одговорност за производе и надлежност у тој врсти спорова).

⁴ V. Black, "Consumer Protection in the Conflict of Laws: Canada, the United States, and Europe", у књизи *Consumer Law in the Global Economy, National and International Dimensions*, ed. Iain Ramsay, 1997, str. 197.

⁵ *Ibidem*, str. 198; *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, Brussels, 14.1.2003 COM(2002) 654 final, str. 30.

⁶ T.C. Hartley, "Consumer Protection Provisions in the E.E.C. Convention" у књизи: *Contract Conflicts*, P.M. North (ed.), 1982. str. 112.

У колизионом домену за заштиту потрошача могу послужити следећи инструменти:

1. општа установа међународног приватног права – јавни поредак (под претпоставком да се нека од императивних правила о заштити потрошача могу уздићи на ниво основних вредности друштва);

2. проглашавање прописа о заштити потрошача за принудне прописе (норме непосредне примене) који се морају применити без обзира на то које је право меродавно; то обично подразумева тумачење прописа да би се утврдило његово изричито или прећутно одређено поље примене.⁷

3. ограничење аутономије у избору меродавног права – потпуно или делимично; клаузула о избору меродавног права може остати без дејства, посебно ако се ради о атхезионим уговорима, односно, о уговорима склопљеним на основу општих услова професионалног трговца.⁸

4. претпостављено решење, у недостатку избора – меродавно је право потрошача.

У домену међународне надлежности користе се следећи инструменти:

1. ограничење аутономије у избору надлежног суда, посебно ако се ради о атхезионим уговорима; и

2. посебна међународна надлежност - надлежан је суд у земљи потрошача.

Надлежност суда у земљи потрошача може имати два циља – да се обезбеди примена заштитног супстанцијалног права које је на снази у земљи потрошача, или да се осигура погоднији суд за потрошача – онај који му више одговара због физичке близине, језика, доступности правног савета и процесног права које се примењује.

3. Заштита потрошача у Србији и Црној Гори

Материјално правна заштита потрошача у нашој земљи однедавно постоји у виду посебног прописа, Закона о заштити потрошача (2002)⁹, који је донет као савезни закон а сада, по нашој претпоставци, има статус закона држава чланица (то није сасвим јасно док се скупштине држава чланица државне заједнице Србија и Црна Гора не буду о томе изјасниле).¹⁰ Тиме је створена претпоставка за примену међународно-приватноправних инструмената заштите потрошача у уговорима са иностраним елементом.

⁷ T.C. Hartley, *op.cit.* str. 116.

⁸ A.A. Ehrenzweig, "Adhesion Contracts in the Conflict of Laws", *Columbia Law Review*, 1953, str. 1072. K.-H. Neumayer, *Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1999, Volume VII Contracts, Chapter 12.

⁹ "Службени лист СРЈ" бр. 37/2002.

¹⁰ Овде напомињемо да је заштита потрошача постојала у нашем праву и пре доношења тог закона, али су норме биле раштркане у више прописа (Закон о трговини, Закон о облигационим односима, итд.), тако да није била јасно формирана свест о њиховој издвојености у посебну правну дисциплину.

Међутим, Закон о решавању сукоба закона тренутно не садржи ниједан од ових инструмената, осим опште установе јавног поретка. Аутономија воље ограничена је само клаузулама јавног поретка и изигравања закона. То значи да уговорне стране имају слободу да изаберу као меродавно било које право -- право потрошача или право друге стране у уговорном односу. У одсуству избора, претпостављено решење иде у корист носиоца карактеристичне обавезе – продавца, даваоца лизинга, зајмодавца, превозиоца – другим речима, професионалног трговца. То би значило да се норме домаћег Закона о заштити потрошача примењују на потрошачке уговоре са иностраним елементом само у случају када је професионалац домаће, а потрошач инострано лице, или ако су стане изабрале као меродавно домаће право (мало вероватно, уколико је професионалац из друге земље). Додуше, могуће је одступање од претпостављеног решења, "ако посебне околности случаја упућују на друго право". Ова зависна реченица обично се тумачи као примена принципа најближе везе, што би значило да је одступање могуће уколико су везе са неким другим правом јаче, бројније или значајније у односу на претпостављени контакт (седиште, односно, пребивалиште носиоца карактеристичне обавезе). Могуће је и шире тумачење, на основу којег би се као "посебна околност" узело управо то да се ради о уговору са потрошачем, па би суд могао за такве уговоре усвојити и другу тачку везивања (нпр. пребивалиште, односно, редовно боравиште потрошача)¹¹. У том случају би међутим, заштита потрошача зависила од тога да ли ће суд у сваком конкретном случају прихватити наведено тумачење и одступити од претпостављеног решења или не.

Што се тиче могућности да се прописи о заштити потрошача третирају од домаћег суда као принудни прописи (норме непосредне примене), она увек постоји, и без експлицитног основа у Закону о међународном приватном праву, али је у овом случају доста отежана чињеницом да законодавац у новом Закону о заштити потрошача није одредио његову област примене. Тако је и са већином других прописа који садрже поједине одредбе о заштити потрошача. То значи да би суд, уколико закључи да је реч о нормама таквог значаја да се морају применити без обзира на то које је право меродавно (принудни прописи, норме непосредне примене), сам морао да одреди које су то ситуације са иностраним елементом на које се дати пропис примењује без обзира што је друго право меродавно (конкретно, да ли су то сви уговори са иностраним елементом или само неки). Тиме се опет враћамо на казуистички приступ који доводи до знатне правне несигурности. Треба се одупрети тенденцији да се свака императивна норма проглашава за принудни пропис у међународном смислу,¹² јер се сваким таквим

¹¹ Нпр. у нацрту швајцарског Закона о међународном приватном праву (члан 120.) било је предвиђено да се "у случају изостанка избора, на уговор примењује закон који је с њим најјаче повезан, према свим препознатљивим околностима узетим заједно. Најчвршћа веза одређена је нарочито карактеристичком престацијом, *потребом да се пружи посебна заштита једној од страна*, или очигледном повезаношћу уговора са одређеним местом." (нагласак аутора). F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé, Recueil des cours*, vol. 177, 1984 (V) str. 365. Касније је усвојено другачије решење, о којем види даље.

¹² F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé, Recueil des cours*, vol. 177, 1984 (V) str. 380.

поступком урушава систем вишестраних колизионих норми постављен у Закону о решавању сукоба закона. Осим тога, питање је да ли би се сваки судија сложио да су интереси потрошача толико значајни за наше друштво, да норме о заштити тих интереса представљају принудне норме у међународно-правном смислу.

Ни домаће норме о међународној надлежности не предвиђају посебну заштиту за потрошаче. Једини услов да би дошло до пуноважне пророгације надлежности страног суда је да бар једна од уговорних страна има страно држављанство. Значи, када домаћи потрошач уговара са страним трговцем, у домаћем закону не постоји никаква препрека да се дерогира надлежност домаћег и предвиди надлежност страног суда. Али, чак и ако страни трговац није био довољно мудар и предострожан да уврсти у уговор пророгациону клаузулу, одредбе о међународној надлежности у уговорним споровима нису нарочито повољне за потрошача као тужиоца. Према важећем закону, мора да се испуни низ претпоставки да би домаћи суд био међународно надлежан за решавање спора по тужби потрошача против професионалца који има седиште у иностранству. Као и код колизионих норми, постоји и овде могућност да судови широким тумачењем важећих норми обезбеде већу заштиту потрошача као тужилаца (нпр. помоћу сходне примене норми о месној надлежности, које дозвољавају успостављање надлежности према месту испуњења обавезе, без додатних услова), али чини се да та могућност није задовољавајуће решење.

Основ посебне заштите потрошача у уговорним односима са професионалним трговцима налази се и у међународном приватном праву, као и у супстанцијалном праву, у начелу заштите слабије стране у правном односу.¹³ Продор овог начела у међународно приватно право друге половине двадесетог века показује да је и међународно приватно право постало осетљиво на материјалноправну правичност (*materiellrechtliche Gerechtigkeit*), за разлику од раније апсолутне концентрисаности на колизионоправну правичност (*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*).¹⁴ Мада је наш Закон о решавању сукоба закона пример овог другог приступа правичности у међународном приватном праву, не може се рећи да је начело заштите слабије стране сасвим одсутно из њега. Трагове тог начела налазимо нпр. у члану 28. који одређује меродавно право за вануговорну одговорност за штету (повољније право за оштећеног), у члану 40. који одређује меродавно право за односе између родитеља и деце (последње супсидијарно решење – право држављанства детета), у члану 45. о меродавном праву за дејства усвојења (последње супсидијарно решење – право држављанства усвојеника), као и у колизионим нормама из члана 20. за поједине врсте уговора (уговор о раду, уговор о преносу технологије).¹⁵ Исто начело дошло је до изражаја и приликом одређивања посебне надлежности за спорове о законском издржавању деце. Али, очигледно, југословенски законодавац у време доношења Закона о решавању сукоба закона није сматрао да потрошачи спадају у категорију лица којима је потребна посебна заштита. Чини нам се да је

¹³ *Ibidem*, str. 343.

¹⁴ G. Kegel, *The Crisis of Conflict of Laws*, Recueil des cours, vol. 112 (1964/II), str. 185.

¹⁵ M. Živković, M. Stanivuković, *Serbia and Montenegro*, International Encyclopaedia of Laws, Private International Law, Kluwer Law International, 2001, стр. 29.

право време да се размотри потреба да се тај закон обогати одредабама којима се фаворизују потрошачи.

Предмет нашег интересовања се рачва на две гране: проблем међународно-приватноправне заштите потрошача који се јавља код класичних уговора са иностраним елементом и проблем међународно-приватноправне заштите потрошача у уговорима са иностраним елементом закљученим путем електронских средстава комуникација. Други проблем је важнији за праксу, због тога што ће домаћи потрошачи ретко бити у прилици да директно склапају уговор са страним предузећем (обично га склапају са домаћим увозником, или са продавцем на мало), осим управо у контексту електронске трговине, а посебно трговине преко Интернета.

4. Појам потрошача, професионалног трговца и уговора са потрошачима

Ако желимо предвидети посебан правни режим за правне послове између потрошача и професионалног трговца, онда је потребно одредити појмове потрошача, професионалног трговца и уговора који представља "потрошачки" правни посао.

Појам "потрошач" дефинисан је, по правилу, у националним законима о заштити потрошача. Нпр. према Закону Чехословачке о заштити потрошача (1992), "потрошач је физичко лице, које купује производе или користи услуге за непосредну личну потрошњу физичких лица, пре свега за себе и чланове свог домаћинства."¹⁶ Ова дефиниција заснива се на врсти потреба које се задовољавају купљеним производима, односно уговореним услугама.

Многобројне директиве Европске уније донете у овој области такође дефинишу појам потрошача. Нпр. Директива о кућној продаји, одређује потрошача као "физичко лице.... које делује са циљем за који се не може сматрати да спада у обављање његове делатности или професије (чл. 2). У директиви о непоштеним уговорним одредбама, потрошач је "физичко лице које делује са циљем који не спада у обављање његове делатности, пословања или професије (члан 2. тачка б). По Директиви о тајм-шерингу то је лице које "делује у правним пословима са циљем за који се може сматрати да се налази изван делатности коју то лице обавља у професионалном својству (члан 2). Директива о истицању цена дефинише потрошача као "физичко лице које купује производ за сврху која не спада у његову трговачку или професионалну делатност (члан 2 тачка е).¹⁷ Све ове дефиниције везују се за делатност у оквиру које лице купује робу или прибавља услугу, односно за њен циљ. Оне потичу из одлуке Европског суда правде у случају *Bertrand v. Paul Ott* из 1978. године, у којој је Суд тумачећи првобитни текст

¹⁶ Члан 2. став 1(а). Види, превод овог закона у књизи Ј. Вилус, Правна заштита потрошача, Упоредноправна студија са посебним освртом на права потрошача у Европској унији, стр. 300.

¹⁷ J. Herre, E. Hondius, G. Alpa, *op.cit.*, стр. 1-2.

Бриселске конвенције, који није спомињао уговоре са потрошачима, већ само уговоре о продаји робе на отплату у ратама и уговоре о зајму који се враћа у ратама, дао основне елементе који треба да постоје да би један такав уговор спадао у посебну категорију, за коју важе посебна правила.

Заједничке карактеристике наведених дефиниција су:

- потрошач је физичко лице,
- потрошач не обавља пословну, трговачку или професионалну делатност
- чак и ако обавља професионалну делатност, сврха ради које потрошач

склапа правни посао није обављање те делатности, већ задовољавање личних и породичних потреба.

Трећи елемент можемо назвати субјективним елементом у дефиницији, јер зависи од намере са којом лице ступа у правни посао. Ако је сврха правног посла делимично везана за обављање пословне делатности, а делимично није, онда ће право на заштиту постојати уколико је примарна или главна сврха трансакције задовољење личних потреба.¹⁸

У већини националних закона о заштити потрошача у државама Европске уније, као и у директивама Европске уније, заштита се ограничава на физичка лица. Међутим, од почетка било је залагања и за заштиту других субјеката осим физичких лица (нпр. малих предузећа и непрофитних организација, који набављају робу којом иначе не тргују, односно закључују правне послове који не спадају у њихову главну делатност. Често ни правна лица немају потребну стручност и знање при закључењу правног посла и такође им је потребна заштита.¹⁹ Неки национални закони стога проширују појам потрошача на нека правна лица. Тако нпр. према већ цитираном Закону Чехословачке из 1992. године "потрошач...је и правно лице које купује производе или користи услуге за своје властите потребе, ако иступа према продавцу аналогно као физичко лице наведено у ставу 1. тачка (а)."²⁰ Француски судови сматрају за потрошача страну која закључује уговор у оквиру своје делатности, али се уговор односи на робу и услуге којима та страна не тргује и које, сходно томе, слабије познаје од друге уговорне стране. Нпр. у једној судској одлуци, агент за продају некретнина третиран је као потрошач у уговору о куповини аларма за свој канцеларијски простор. Енглески судови третирали су као потрошаче фирме које су куповале аутомобиле за пословне потребе.²¹

Закон о заштити потрошача Савезне Републике Југославије донет јула 2002. године такође садржи проширену дефиницију потрошача, која обухвата и правна лица. "Потрошач, у смислу овог закона, јесте свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свога домаћинства. Појам потрошач односи се и на предузеће, друго правно лице и предузетника, када

¹⁸ *Ibidem*, стр. 2-3.

¹⁹ *Ibidem*, стр. 4 и 10. Н. Kötz, А. Flessner, *European Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997. стр. 144.

²⁰ Члан 2. став 2.

²¹ Н. Kötz, А. Flessner, *op.cit.* стр. 144.

купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свога домаћинства.²²

Друга страна у потрошачком правном послу назива се разним именима у различитим националним законима и директивама ЕУ, у зависности од сврхе прописа. Тако, Закон Чехословачке другу страну назива "продавац", а дефинише је као предузетника који потрошачу продаје производе или пружа услуге.²³ У директивама ЕУ наилазимо такође на назив "продавац"²⁴, али и на називе "трговац"²⁵ и "испоручилац"²⁶ Према директиви о кућној продаји, трговац је физичко и правно лице које у датом правном послу делује у свом трговачком или професионалном својству, као и свако ко делује у име или за рачун таквог лица (члан 2).²⁷ У директиви о истицању цена, трговац је лице које продаје или нуди на продају производе који спадају у његову трговачку или професионалну делатност (члан 2 тачка д).²⁸ У директиви о потрошачком кредиту, професионалац је лице које даје кредит у оквиру своје делатности, пословања или професије. У директиви о непоштеним уговорним одредбама, продавац, односно, испоручилац, је лице које делује у циљу који је у вези са његовом делатношћу, пословањем или професијом, без обзира да ли је у приватној или јавној својини (члан 2, тачка ц).

Наш Закон о заштити потрошача не помиње другу страну у потрошачкој трансакцији, све до пред сам крај текста закона. Тек у трећем делу, у поглављу насловљеном Инспекцијски надзор и управне мере, помиње се предузеће или друго правно лице или предузетник, као лице које подлеже таквом надзору и против којег могу бити изречене одређене мере, ако се не придржава правила о заштити потрошача предвиђених законом.

Из појма потрошача, који је основни појам нове правне дисциплине, проистиче и **појам уговора са потрошачима**. Непосредна сврха због које једна страна улази у правни посао мора бити задовољење личних или породичних потреба или потреба домаћинства, а не обављање делатности. Друга страна у правном послу мора бити професионални трговац. Међутим, постоје разлике између оних који сматрају да је битан елемент и свест, односно сазнање професионалног трговца да је друга страна – потрошач – склопила уговор имајући у виду такву сврху, с једне стране, и оних који сматрају да је такво сазнање ирелевантно, с друге стране. Први сматрају да сврха трансакције мора бити

²² Члан 2. Закона о заштити потрошача.

²³ Члан 2. став 1 (b). Као продавац, у смислу тога Закона подразумева се и физичко лице које продаје потрошачу биљне и животињске производе из властите ситноратарске или одгајивачке делатности или физичко лице које продаје шумске плодове.

²⁴ Директива о тајм-шерингу, Директива о непоштеним уговорним одредбама, Директива о потрошачкој купопродаји.

²⁵ Директива о кућној продаји и Директива о истицању цена.

²⁶ Директива о непоштеним уговорним одредбама и Директива о заштити потрошача у односу на купопродајне уговоре закључене између одсутних лица.

²⁷ Слично томе, у Директиви о заштити потрошача у односу на купопродајне уговоре закључене између одсутних лица, испоручилац је лице које делује у свом трговачком или професионалном својству (члан 2 став 3).

²⁸ Слично томе, у Директиви о потрошачкој купопродаји, то је лице које продаје потрошаку робу у оквиру своје делатности, пословања или професије.

очигледна за ону страну која закључује уговор у оквиру своје делатности, да би се применила правила о заштити потрошача. Тако је у многим законодавствима држава чланица постављен услов за примену ових норми да је професионалац знао или морао знати да друга страна закључује уговор ради задовољења личних и породичних потреба, или потреба домаћинства.²⁹ Слично томе, члан 2. тачка а) Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе предвиђа да се та конвенција не примењује на купопродаје робе "купљене за личне и породичне потребе и за потребе домаћинства, осим ако продавац, у време закључења уговора није знао нити је морао знати да је роба купљена за такве потребе.

Међународно приватно право Европске уније такође, за потребе примене својих норми, дефинише појам уговора са потрошачима, али о тим дефиницијама биће више речи у даљем тексту.

Југословенски Закон о заштити потрошача не даје дефиницију потрошачке трансакције, али се она може извести из појма потрошача.

Из свега наведеног видимо да многе врсте уговора (нпр. уговор о продаји, уговор о зајму, уговор о закупу, уговор о налогу, итд.) могу представљати потрошачке уговоре ако су испуњени наведени услови. Такође, јасно је да коначна оцена о томе да ли су испуњени услови за примену посебног правног режима припада судовима.

5. Мероводно право за потрошачке уговоре у ЕУ

Главни извор колизионих норми за уговоре у државама чланицама ЕУ, поред националних закона, представља **Римска конвенција о закону који се примењује на уговорне обавезе** (1980).³⁰ Ова конвенција у члану 5. садржи посебна правила која се тичу меродавног права за уговоре са потрошачима.³¹

Одредбе које се односе на потрошаче садрже одступања од општег правила да уговорне стране могу изабрати меродавно право за свој уговор (члан 3.) и да се у недостатку избора на уговор примењује право које је у најближој вези са уговором, с тим да се претпоставља да је то право редовног боравишта стране која треба да испуни карактеристичну обавезу из уговора (члан 4).

Прво одступање састоји се у томе да уговорне стране у потрошачком уговору, иако могу изабрати меродавно право, не могу тим избором лишити потрошача

²⁹ J. Herre, E. Hondius, G. Alpa, *op.cit.* str. 3.

³⁰ Објављена у Службеном листу ЕЗ од 19. јуна 1980. године бр. L266. Ступила је на снагу у међународном смислу 1. априла 1991. године и на снази је у свим државама чланицама Уније. Превод конвенције на српски објављен је у часопису Ревиија за европско право бр. 2-3/2000 стр. 119. Види уопште о конвенцији: М. Станивуковић, Уз превод Римске конвенције о закону који се примењује на уговорне обавезе, Ревиија за европско право бр. 1/2000, стр. 89-103.

³¹ Мање је познат податак да се Хашка конференција за међународно приватно право бавила заштитом потрошача у домену одређивања меродавног права и у исто време када је донета Римска конвенција, израдила нацрт конвенције о меродавном праву за одређене продаје потрошачима (1980). Решења усвојена у овом нацрту који никада није реализован, била су веома слична решењима из члана 5. Римске конвенције описаним у даљем тексту.

заштите коју му пружају императивне норме које важе у земљи његовог редовног боравишта. То значи да се изабрано право примењује, али да потрошач има могућност да се позове на императивну норму свога домаћег права, ако је она за њега повољнија.³²

Које су то императивне норме? Можемо као пример узети норме које дају потрошачу право на одустанак од уговора у одређеном року или права на поправку и замену робе која има недостатке. Материјалне норме о заштити потрошача у државама уговорницама ЕУ само су донекле хармонизоване. Постоји велики број директива у овој области, али оне обично захтевају тзв. минималну хармонизацију, тј. државе чланице могу предвидети и виши ниво заштите потрошача од минимума који је прописан директивом, што оне обично и чине.

Ако су одредбе изабраног права повољније од домаћег права потрошача примениће се изабрано право. У случају да је изабрано право мање повољно наступа "цепање уговора", јер се истовремено примењују и одредбе изабраног права и императивне одредбе права редовног боравишта потрошача које му пружају већу заштиту.

Друго одступање односи се на случај када уговорне стране нису одабрале меродавно право. Тада, за разлику од претпоставке која важи за "обичне" уговоре, објективна тачка везивања за уговоре са потрошачима није право носиоца карактеристичне обавезе, него право потрошача, односно, право земље у којој он има редовно боравиште. Док је код "обичних" уговора, право носиоца карактеристичне обавезе само претпостављена тачка везивања, од које се може одступити ако је уговор тешње повезан са неком другом државом, код "потрошачких" уговора право редовног боравишта потрошача представља обавезно решење, од којег се не може одступити ако стране нису изабрале меродавно право.

Формална пуноважност потрошачких уговора просуђује се такође на основу закона земље у којој потрошач има своје редовно боравиште (чл. 9. ст. 5.).

Јасно, ова објективна тачка везивања не гарантује стварно бољу заштиту потрошачу, јер се може лако десити да је право друге стране повољније за потрошача од његовог сопственог права. Њоме је успостављена само боља "психолошка" ситуација за потрошача, на тај начин, што се примењује право које му је, по претпоставци, познатије и ближе, о којем се може лакше посаветовати са адвокатом. Имајући то у виду, неки аутори се залажу за радикалније решење на основу којег би, у одсуству избора, било меродавно право повољније за потрошача, чиме би се зарад веће правичности, жртвовала правна сигурност.³³

Одредбе члана 5. не примењују се на све, него само на одређене потрошачке уговоре. Да би дошло до одступања од општег правила, потребно је да постоји одређена веза са државом редовног боравишта потрошача, односно да је до закључења уговора дошло под следећим алтернативно датим околностима:

³² B. Dutoit, "The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts", у књизи: von Hoffmann (ed.), *European Private International Law*, 1998, str. 53.

³³ Pocar, *op.cit.* стр. 404-408.

- ако је закључењу уговора претходио посебан позив на понуду упућен потрошачу или реклама, а потрошач је у својој земљи предузео све неопходне радње за закључење уговора;

- ако су друга страна или њен заступник примили поруџбину потрошача у тој земљи;

- ако се ради о уговору о продаји робе, а потрошач је путовао из те земље у другу земљу и тамо поручио робу, под условом да је путовање организовао продавац у циљу да потрошача наведе на куповину.

Сва три алтернативно наведена услова имају једну заједничку карактеристику – потрошач може очекивати примену сопственог законодавства у оним случајевима када је страно предузеће преузело иницијативу да би дошло до закључења уговора, а он је само одговорио на ту иницијативу ("пасивни потрошач"). С друге стране, "мобилни потрошач" онај који је свесно преузео "ризик међународне трговине" не ужива посебну заштиту.³⁴

У контексту електронске трговине, а посебно уговора закључених путем Интернета, јавља се питање, да ли се рекламе и сајтови на Интернету могу сматрати "позивом на понуду или рекламом" и да ли потрошач који закључује уговор преко интерактивног Интернет сајта "преузима неопходне радње за закључење уговора" у земљи свог редовног боравишта. Проблем је, такође, што продавац, односно давалац услуга, који уговара преко Интернета, не мора знати из које земље је потрошач са којим закључује уговор. Очекује се да ће, управо због промењеног контекста, ови услови ускоро бити редефинисани да би се прилагодили захтевима електронске трговине.

Приликом доношења Директиве о електронској трговини (2000) дошло је до извесне конфузије у погледу меродавног права за уговоре закључене путем Интернета. С обзиром да је у овој директиви усвојен принцип "земље порекла" у погледу одређивања меродавног права, на основу којег се на Интернет услуге примењује право државе у којој давалац Интернет услуга има пословни настан (члан 3), поставило се питање да ли ће потрошачи у области електронске трговине бити лишени заштите императивних одредаба свога домаћег права. Комисија је у новембру 1999. године организовала јавну расправу на ову тему из које је проистекао закључак да се принцип "земље порекла" примењује само на захтеве које мора да испуни давалац Интернет услуга, док се на уговоре закључене путем Интернета примењује право земље потрошача уколико су испуњени услови предвиђени чланом 5. Римске конвенције.³⁵

Уговори о превозу изузети су од примене овог члана (чл. 5. ст. 4(а)). Такође, изузети су и уговори о пружању услуга ако је предвиђено да се те услуге пружају потрошачу само у страној земљи (чл. 5. ст. 4(б)). Под ове изузетке не потпадају

³⁴ Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, Brussels, 14.1.2003 COM(2002) 654 final, стр. 29 и 31.

³⁵ A.R. Lodder, Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, у књизи: eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce, A.R. Lodder / H.W.K. Kaspersent (eds.) Kluwer Law International, 2002.стр. 72.

уговори који за јединствену цену обезбеђују комбиноване услуге превоза и смештаја (нпр. туристички пакет-аранжмани) (чл. 5. ст. 5.).

Члан 5. Римске конвенције односи се на уговоре са потрошачима, а они су дефинисани у ставу 1. као уговори "који имају за циљ испоруку робе или пружање услуга неком лицу ("потрошачу") за намену која се не може сматрати саставним делом посла или професије тог лица, као и на уговор о обезбеђењу кредита за финансирање таквих уговора." За разлику од дефиниције садржане у Конвенције УН о међународној купопродаји робе (чл. 2. ст. 1(a)), у Римској конвенцији не помиње се субјективни елемент, тј. стварна или претпостављена свест продавца у тренутку закључења уговора, да се роба купује за личну или породичну употребу или за потребе домаћинства. Не помиње се, такође, да једна уговорна страна мора бити професионални трговац, али се то подразумева.

Специјална колизиона норма заснована на личном својству једне стране у уговору – својству потрошача – каква постоји у Римској конвенцији – има општи карактер, утолико што може да се примени на било коју врсту уговора. У сваком поједином случају јавља се потреба одређивања, да ли уговор потпада под специјално заштитно правило или под опште правило за одређивање меродавног права.³⁶ Осим тога, има уговора који се не могу назвати потрошачким, мада једна уговорна страна има очигледно слабију позицију и потребује заштиту. Навешћемо нпр. уговоре о франшизингу, у којима се обично према мултинационалној компанији са једне стране јавља низ појединачних предузетника са друге стране.

У Европској унији се тренутно размишља о претварању Римске конвенције у регулативу (уредбу, правило, према домаћој терминологији), која би се непосредно примењивала у свим државама чланицама и која би могла да се мења каснијим одлукама органа ЕУ, без потребе за ратификацијом.³⁷ Та прилика биће свакако искоришћена да се унесу и измене у текст конвенције, које ће обухватити и члан 5. Предлаже се усклађивање дефиниције потрошачких уговора из члана 5. став 1. са чланом 15. Бриселске регулативе, који боље одговара новим начинима закључења уговора путем електронских средстава комуникација. Такође се помињу нова колизиона решења која би могла да замене решење предвиђено у члану 5. став 3. за случај када уговорне стране нису изабрале меродавно право.³⁸

Упознавање са нормама Римске конвенције не даје нам, ипак, потпуну слику колизионо-правне заштите потрошача у Европској унији. Додатне колизионе норме налазимо у појединачним директивама којима је вршена парцијална хармонизација појединих сегмената заштите имовинских интереса потрошача. Свака од тих директива садржи упутство државама чланицама да обезбеде примену норми

³⁶ F. Rosat, *op.cit.* стр. 370. Тако нпр. немачки Савезни суд у случају од 19. марта 1997. године заузео је став да уговор о тајм-шерингу не спада у уговоре о пружању услуга и стога не потпада под посебан правни режим из члана 5 Римске конвенције, предвиђен за потрошачке уговоре. JZ 1997, стр. 612.

³⁷ Види Зелену књигу Комисије: *Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, Brussels, 14.1.2003 COM(2002) 654 final.

³⁸ *Ibidem* тачка 3.2.7. стр. 27-32.

садржаних у директиви ако уговор има тесну везу са територијом државе чланице, без обзира што су уговорне стране изабрале као меродавно неко друго право, које није право државе чланице.³⁹ При том, треба имати на уму да Римска конвенција даје приоритет одредбама комунитарног права и националним законима хармонизованим на основу ових аката који регулишу сукобе закона у области уговорних обавеза (члан 20). То значи да ће одредбе о пољу примене (једностране колизионе норме) у унутрашњим прописима донетим на основу ових директива, а не одредбе из члана 5. Римске конвенције, одредити на које потрошачке уговоре се заштитне норме које потичу из директива, морају применити.

5. Међународна надлежност за потрошачке уговоре у ЕУ

Норме о надлежности у споровима са иностраним елементом налазе се у Бриселској конвенцији о надлежности и извршењу одлука у грађанској и привредној материји од 27. септембра 1968. године (чланови 13-15),⁴⁰ чије су норме недавно преточене у регулативу ЕУ⁴¹, тако да је Бриселска конвенција остала на снази само у односима између Данске и осталих држава чланица.⁴² У Бриселској регулативи су извршене одређене измене које се, између осталог, односе на чланове који уређују посебну надлежност за спорове из уговора са потрошачима (чл. 15-17). Идентичне одредбе као оне садржане у члановима 13-15. Бриселске конвенције садржи и паралелна Луганска конвенција која је закључена између држава ЕУ и држава ЕФТА.⁴³

Према решењу из Бриселске конвенције, предвиђен је само један форум у коме предузеће може да тужи потрошача (суд у домицилу потрошача - чл. 14. ст. 2), док потрошач као тужилац може да бира да ли ће тужити предузеће пред судом државе његовог домицила или пред судом државе у којој сам има домицил (чл. 14.

³⁹ Нпр. Директива бр. 1999/44 о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу (1999) (члан 7. став 3), Директива бр. 93/13 о непоштеним одредбама у уговорима са потрошачима (1993) (члан 6. став 2), Директива бр. 94/47 о заштити потрошача у погледу одређених аспеката уговора који се односе на куповину права на коришћење непокретности на основу тајмшеринга (1994) (члан 9), Директива бр. 97/7 о заштити потрошача у односу на купопродајне уговоре закључене између одсутних лица (1997), (члан 12. став 2), итд.

⁴⁰ Конвенција је ступила на снагу 1. фебруара 1973. године. Пречишћени текст ове конвенције који обухвата измене и допуне учињене приликом приступања нових држава чланица објављен је у Службеном листу Европских заједница од 26. јануара 1998. године бр. С 27. Види детаљније о самој конвенцији: М. Станивуковић, Међународна надлежност судова у праву САД, Европске уније и ЕФТА, Нови Сад, 1995.

⁴¹ Регулотива бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и привредним стварима, Службени лист Европске заједнице бр. L 12 од 16. јануара 2001. Ступила је на снагу 1. марта 2002. године. Види приказ М. Станивуковић у часопису Европско законодавство бр. 1/2002, стр. 9.

⁴² Регулотива се не примењује у Данској (види преамбулу став 21. Регулative), јер се Данска изузела из промена које су учињене последњим уговором из Амстердама, када је "комунитаризован" део "грегг стуба" ЕУ – судска сарадња у грађанској материји.

⁴³ Тренутно на снази у Швајцарској, Норвешкој, Исланду и Пољској.

ст. 1.). У првом случају, реч је о посебном виду искључиве надлежности, другачијем од искључиве надлежности предвиђене чл. 16. Бриселске конвенције, јер уговорне стране ипак могу, под одређеним условима, одступити од нормираног основа надлежности.⁴⁴

Због неравноправности уговорних страна, право на закључење пророгационих споразума у овој врсти уговора битно је ограничено. Практично, уговорне стране се не могу унапред, пре избијања спора, споразумети о надлежности неког другог суда осим судова предвиђених у чл. 14 стр. 1 и 2 (чл. 15. ст. 1). Претходни пророгациони споразум могуће је закључити само ако предвиђа допунско право у корист потрошача да покрене поступак пред још неким судом осим оних пред којима је овлашћен да покрене поступак на основу чл. 14. ст. 2. (чл. 15. ст. 1. т. 2.). То значи да се пророгационим споразумом, у овом случају, не може успоставити искључива надлежност изабраног суда. Пророгациони споразум којим се успоставља искључива надлежност неког суда могуће је закључити *post litem natam*. Изузетно, биће пуноважан пророгациони споразум склопљен унапред, ако обе уговорне стране имају домицил или редовно боравиште у држави уговорници чији су судови надлежни на основу тог споразума (чл. 15. ст. 1. т. 3). Последња одредба унета је да би се омогућило професионалном трговцу да спречи да накнадна промена домицила или редовног боравишта потрошача утиче на надлежност у чисто унутрашњим споровима.⁴⁵

Из домена заштите предвиђене члановима 13-15 Бриселске конвенције искључени су уговори о превозу (чл. 13. ст. 3.)

За разлику од првобитног текста, Бриселска конвенција сада садржи сличну општу дефиницију уговора са потрошачима као и Римска конвенција о закону који се примењује на уговорне обавезе.⁴⁶ Примена чланова 13-15. и даље је ограничена само на одређене уговоре закључене са потрошачима. То су уговори о продаји робе на отплату у ратама, уговори о зајму који се враћа у ратама или о било ком другом облику кредита којим се финансира продаја робе и остали уговори о продаји робе и пружању услуга, ако су испуњена два додатна кумулативно одређена услова:

- да је у држави у којој потрошач има домицил склапању уговора претходио посебан позив упућен потрошачу или реклама и
- да је потрошач у тој држави предузео потребне кораке ради закључења уговора (чл. 13. ст. 1 т. 3).

Ови услови јасно подсећају на оне из Римске конвенције, уз разлику што је овде релевантна тачка везивања домицил, а не редовно боравиште потрошача.

Ако предузеће са којим потрошач закључује уговор нема домицил на територији Европске уније, али има представништво, агенцију или другу пословну јединицу у једној од држава уговорница, сматра се, у споровима који проистичу из пословања таквог представништва, агенције или пословне јединице, да је његов

⁴⁴ M. Weser, Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, Bruxelles, 1975. str. 285.

⁴⁵ H. Gaudement-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Paris 1993. str. 184.

⁴⁶ У првобитном тексту из 1968. године посебан режим надлежности из чланова 13-15. био је предвиђен само за уговоре о продаји робе на отплату у ратама и уговоре о зајму који се враћа у ратама.

домицил у тој држави (чл. 13. ст. 2.). Ако предузеће нема ни стварни ни овако претпостављени домицил на територији ЕУ, одредбе у корист потрошача из члана 14. не примењују се).⁴⁷

У пракси Суда правде је потврђено да се повољнији третман предвиђен члановима 13-15. пружа само потрошачима, те да у случају да потрошач уступи своје потраживање професионалном трговцу, овај не може да се позива на посебну надлежност предвиђену за уговоре са потрошачима.⁴⁸ Значајан број одлука о примени ових чланова односи се, иначе, на одређивање да ли се правни посао има сматрати потрошачким.⁴⁹

Регулатива Европске заједнице бр. 44/2001 ("Бриселска регулатива") доноси неке новине у одредбама посвећеним судској надлежности за уговоре са потрошачима. Оне се пре свега тичу услова који треба да буду испуњени да би се заштитне одредбе примењивале на уговоре о продаји робе и пружању услуга (чл. 13. ст. 1. т. 3.). Брисан је један од услова који су раније били кумулативно постављени. Ради се о захтеву да је потрошач предузео потребне кораке ради закључења уговора у држави у којој има домицил. Разлог за одустанак од овог услова налази се у појави интерактивних сајтова на Интернету који пружају могућност да се помоћу "клика" на одговарајућу иконицу закључи уговор.⁵⁰ Код таквих уговора није лако одредити у ком месту је потрошач предузео потребне радње за закључење уговора. Уместо тога, у чл. 15. став 1. тачка ц) Регулативе (који одговара члану 13 Бриселске конвенције) усвојен је нови стандард који, не само што замењује други, него на другачији начин дефинише и први кумулативни услов. Наиме, уговор треба да је закључен са лицем које обавља трговачку или професионалну делатност у држави чланици у којој потрошач има домицил, или које на било који начин усмерава такве своје делатности ка тој држави чланици или ка више држава чланица укључујући и ту државу чланицу, ако уговор спада у домен таквих делатности.

Овим изменама отклоњен је недостатак који је већ раније уочен на старом члану 13. да се потрошач није могао позвати на повољније одредбе о надлежности у случајевима када га је његов саговорар својим радњама навео да напусти државу

⁴⁷ Суд правде Европских заједница, предмет бр. C-318/93 *Brenner and Noller v. Dean Witter Reynolds Inc.*

⁴⁸ Суд правде Европских заједница, предмет бр. 89/91 *Shearson Lehman Hutton Inc.* од 19. јануара 1993. године.

⁴⁹ Види нпр. одлуке у предметима *Zellner v. Phillip Alexander Securities and Futures Limited* (1997) – онај ко купује хартије од вредности ради остваривања профита може такође да буде потрошач, предмет бр. C-269/95 *Francesco Benincasa v. Dentalkit Srl* (1997) – лица која склапају уговор за потребе будућег пословања нису потрошачи, *Project XJ220 Limited v. Compte D'Uze and Compte de Dampierre* (1993) да ли се ради о уговору са потрошачима процењује се у моменту закључења уговора а не касније; при томе се узима у обзир и сврха уговора; стицање аутомобила (Јагуара) ради излагања у пословном објекту не спада у потрошачке правне послове; одлуке су објављене у књизи Р. Каје, *Law of the European Judgments Convention*, vol. 3, str. 1827-1889.

⁵⁰ Види, Commission of the European Communities: Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM (1999) 348 final, стр. 16.

у којој има домицил и да закључи уговор у другој држави (такав случај је предвиђен посебном алинејом чл. 5. ст. 2. Римске конвенције).⁵¹

Циљ увођења новог стандарда, према којем делатности предузећа морају бити усмерене ка држави чланици у којој потрошач има домицил, јесте да се одредбом обухвате и уговори закључени путем интерактивних Интернет сајтова којима потрошач може приступити у држави свог домицила. У образложењу предлога Регулative, Европска комисија наводи да се одржавањем пасивног Интернет сајта на којем потроша добија информацију о постојању и цени робе или услуге, али преко којег не може закључити уговор, не испуњава услов неопходан за активирање заштитних одредаба о надлежности.⁵² То је интересантно, имајући у виду да је према ранијој конвенцијској одредби, као први услов био поменут позив упућен потрошачу или реклама у држави његовог домицила. Према неким мишљењима, излагање информација о роби, услугама и ценама на пасивним Интернет сајтовима треба изједначити са рекламама, односно са позивом да се учини понуда.⁵³ То би значило да је у Европској унији, увођењем ових измена у регулативи, уствари редуцирана могућност да се потрошачи позивају на заштитне одредбе о надлежности, када је у питању закључење уговора којем је претходило оглашавање робе или услуга на Интернету. Комисија је констатовала да је нацрт члана 15. изазвао приличну забринутост код оних предузећа које намеравају да се баве електронском трговином.⁵⁴ Та предузећа не желе да се суоче са потенцијалним споровима у свакој држави чланици. Ако се прихвати тумачење које је Комисија дала, нове одредбе изложиће их томе само у случају да нуде робу преко интерактивних сајтова. Одлуку о томе донеће ипак судови који ће морати да дају тумачење стандарда "усмеравања делатности" кад држави чланици.

Поред ових новина, предвиђено је такође да се заштитне одредбе обухваћене члановима 15-17. Регулative под насловом "Надлежност за уговоре са потрошачима", односе и на уговоре који за јединствену цену обезбеђују комбиноване услуге превоза и смештаја. Реч је о томе, да је и у регулативу унет "изузетак од изузетка" који већ постоји у Римској конвенцији, наиме, да се правило да уговори о превозу нису обухваћени заштитним одредбама, не примењује на тзв. туристичке пакет аранжмане (чл. 15. ст. 3.).

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ UNCITRAL, *Note by the Secretariat, Electronic contracting: provisions for a draft convention*, UN DOC. A/CN.9/WG.IV/WP.95, stav 53. Према том мишљењу, излагање робе на интерактивним сајтовима требало би сматрати понудом која важи док се не исцрпе залихе. B. Chrisoph Glatt, "Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts", *International Journal of Law and Information technology*, br 6, str. 50

⁵⁴ Ibidem, стр. 17.

6. Меродавно право и међународна надлежност за потрошачке уговоре у Швајцарској и Словенији

Поред конвенцијских и комунитарних правила која важе унутар Европске уније, својим решењима у области заштите потрошача, истиче се и швајцарски Закон о међународном приватном праву од 18. децембра 1987. године.⁵⁵ Уговори са потрошачима издвојени су као посебна категорија и за њих су предвиђене специјалне колизионе норме односно норме о међународној надлежности. У члану 120. став 1. дата је дефиниција уговора закљученог са потрошачима – то су уговори који се односе на текућу потрошњу намењену личној или породичној употреби потрошача, који нису у вези са професионалном или трговачком делатношћу потрошача. За такве уговоре меродавно је право државе редовног боравишта потрошача, у три случаја:

- ако је снабдевач примио поруџбину у држави потрошача,
- ако је закључењу уговора претходила понуда или оглас у држави потрошача и ако је потрошач ту предузео неопходне радње за закључење уговора,
- ако је потрошач био подстакнут од стране снабдевача да оде у страну државу и да тамо изврши поруџбину.

Ако нису испуњени наведени услови, примењује се општа одредба о одређивању меродавног права за уговор из члана 116. Међутим, ако су у питању уговори са потрошачима, избор права је искључен (види члан 120. ст. 2.).

Директна међународна надлежност у уговорима са потрошачима одређена је у члану 114. на сличан начин као у Бриселској, односно Луганској, конвенцији. Индиректна међународна надлежност регулисана је у члану 149. Признају се одлуке донете у држави пребивалишта туженика и одлуке донете у држави редовног боравишта туженика ако се потраживање односи на делатност предузету у тој држави, а одлуке које се односе на захтеве у вези са уговором закљученим са потрошачем, признају се, поред тога, уколико су донете у пребивалишту или редовном боравишту потрошача и уколико је испуњен један од горе наведених услова из члана 120. став 1.

Словенија је 13. јула 1999. године донела закон о међународном приватном праву и поступку. Закон садржи две одредабе које треба да обезбеде заштиту потрошача у уговорним споровима са иностраним елементом – члан 22 и члан 52. ст.2. Наводимо их овде у целини:

Члан 22.

- (1) За потрошачке уговоре се по овом закону сматрају уговори о продаји покретних ствари или права потрошачима или уговори о извршењу услуга потрошачима.
- (2) Потрошачем се у смислу овог закона сматра лице које прибавља ствари,

⁵⁵ Види превод овог закона на српски у збирци М. Живковић, Међународно приватно право, националне кодификације, Београд 1996. стр. 549.

права и услуге превасходно за личну употребу или за употребу у сопственом домаћинству.

- (3) По овом закону, не сматра се за потрошачки, уговор о превозу нити уговор о извршењу услуга, ако се по уговору услуге извршавају у целини изван државе у којој потрошач има стално боравиште.
- (4) Без обзира на друге одредбе овога закона, на потрошачке уговоре примењује се право државе у којој потрошач има стално боравиште:
 - ако је закључење уговора последица понуде или рекламе у тој држави и ако је потрошач у тој држави извршио радње потребне за закључење уговора; или
 - ако је саговорач потрошача или његов заступник добио поруџбину од потрошача у тој држави; или
 - ако је уговор о продаји склопљен у другој држави, или ако је потрошач дао поруџбину у другој држави, ако је путовање организовано од стране продавца са намером да се потрошач наведе на закључење таквих уговора.
- (5) У случајевима из претходног става стране споразумом о избору права не могу искључити принудне одредбе о заштити права потрошача, које су садржане у праву државе у којој потрошач има стално боравиште.

Члан 52. став 2.

.....

- (2) Без обзира на одредбе првог става овог члана, странке се не могу споразумети о надлежности страног суда у споровима из односа са потрошачима и у споровима из односа осигурања, ако потрошач, односно осигураник, који је физичко лице, има стално боравиште у Републици Словенији.

Из наведених одредаба видимо да Словенија није дословно преузела у свој закон одредбе Римске конвенције, већ их је донекле модификовала. Посебно истичемо чињеницу да је избегнуто да се у овом закону даје дефиниција потрошачког уговора; уместо тога употребљен је стандард "уговор са потрошачима", што оставља судији могућност да примени дефиницију садржану у законима којима је заштита потрошача главна материја, као и да прилагоди решење конкретним околностима случаја. У погледу надлежности, такође, можемо констатовати да је прихваћен, и то у модификованој форми, само онај део одредаба Бриселске конвенције, који се тиче ограничења аутономије воље, док су норме о посебној надлежности у споровима из уговора са потрошачима изостављене. Иако нам припремни материјали за доношење овог закона нису доступни, можемо претпоставити да је разлог за то био што у Закону о међународном приватном и грађанском процесном праву постоје друге одредбе којима се предвиђа *forum actoris* у случајевима који имају одговарајућу везу са Словенијом (нпр. када је

место испуњења уговора у Словенији, или када се у Словенији налази предмет на који се тужба односи, итд. – чланови 56-59).

7. Хармонизација домаћег закона са европским правом

Након што смо направили кратки преглед решења која важе у погледу меродавног права и међународне надлежности за потрошачке уговоре у праву Европске уније, Швајцарске и Словеније (исти режим међународне надлежности који важи унутар Европске уније обухвата још неколико држава чланица ЕФТА), остаје да одговоримо на питање да ли је потребно усклађивање решења из нашег Закона о међународном приватном праву са наведеним нормама.

Најважнији разлог за усклађивање треба да буде стварна потреба да се домаћим потрошачима обезбеди заштита коју им пружа нови Закон о заштити потрошача и у контексту уговарања са страним испоручиоцима робе и услуга. Са отварањем домаћег тржишта и са све широм употребом Интернета, домаћи потрошачи ће без таквих норми бити изложени ризику да своја права која их штите од агресивних начина продаје и од некавалитетне и нежељене робе и услуга не могу остварити, односно да их морају остваривати у иностранству. Питање је, међутим, да ли би норме које омогућавају успостављање надлежности нашег суда и примену нашег права у таквим споровима биле довољне да се овај ризик отклони. Треба имати на уму да пресуде наших судова немају аутоматску правноснажност у страним државама, за разлику од судских одлука донетих у оквиру режима Бриселске конвенције, односно, Бриселске регулативе и Луганске конвенције, које су готово аутоматски правноснажне и извршиве на територији свих држава чланица ЕУ и ЕФТА. То значи да би потрошач у случају да издејствује повољну пресуду против страног испоручиоца, ипак морао да се суочи са нужношћу да тражи њено признање и извршење у иностранству, осим у случају када испоручилац има одређену имовину на домаћој територији, на којој би се могло спровести извршење.

Узмимо као пример одредбе које омогућавају потрошачу да опозове уговор о дистанционој продаји и о продаји по кућама у року од седам радних дана од дана када је примио робу, односно од дана када је закључио уговор о коришћењу услуга (чл. 21. Закона о заштити потрошача). Има доста случајева да се роба страних произвођача продаје код нас на овај начин (нпр. путем "телешопа" и путем кућних презентација које се организују за потенцијалне купце/кориснике). Уколико купац, односно, корисник још није исплатио наручену робу или услугу, он би могао да се позове на одредбе нашег закона и у случају када је са продавцем, односно, даваоцем услуга закључио уговор којим је предвиђена надлежност страног суда и примена страног права. У том случају норме о искључивој међународној надлежности служиле би као индиректна заштита, која би омогућила да се одбије признање и извршење стране одлуке којом се потрошачу налаже исплата уговорене цене. Ако би страни продавац, односно, давалац услуга тужио потрошача за исплату цене пред домаћим судом, дошле би до изражаја само одредбе о

одређивању меродавног права, које би омогућавале примену домаћег закона који даје потрошачу право на одустанак од уговора. Уколико је пак купац, односно, корисник већ исплатио цену наручене робе или услуга (што је код оваквих начина продаје најчешће случај), он би, ако би ове одредбе биле хармонизоване са европским, могао да тужи продавца, односно, испоручиоца пред домаћим судом ради раскида уговора и повраћаја исплаћеног износа, али би остваривање права у том случају зависило од тога да ли би одлука домаћег суда могла да буде извршена у земљи или призната и извршена у иностранству, у седишту продавца, односно, даваоца услуга. Уз све то поставља се питање колико често се у пракси страни продавац, односно, давалац услуга појављује директно као уговорна страна у односу са домаћим потрошачем. На основу свакодневног искуства, чини нам се да је то за сада још увек ретко случај, јер се као продавци обично јављају домаћа предузећа који нуде страну робу или услуге у своје име и за свој рачун. Закључујемо да би стварни ефекат оваквих одредаба у наш Закон о међународном приватном праву, бар у први мах, био мали.

Без обзира на њене ограничене домете, треба ускоро очекивати хармонизацију одредаба нашег закона са европским законодавством у овом домену. Политика заштите потрошача заузима високо место у листи приоритета Европске уније. Право заштите потрошача стекло је место у Белој књизи (1995)⁵⁶ као једна од двадесет три приоритетне области европског законодавства у којој кандидати за чланство треба да хармонизују сопствене прописе са прописима који важе у Европској унији. Реално је очекивати да ће и наша земља имати такву обавезу већ након закључивања Уговора о придруживању и стабилизацији. Ако није сигурно да ће се уношењем одредаба о меродавном праву и међународној надлежности за уговоре са потрошачима налик на оне које важе у ЕУ у овом тренутку много постићи на заштити домаћих потрошача, неће се много ни изгубити, јер овакво ограничење аутономије воље не погађа уговоре са иностраним елементом трговачког карактера. Дугорочно, у мери у којој се страна предузећа буду упуштала у директну продају робе и пружање услуга потрошачима који бораве на нашој територији, ове одредбе ће вероватно наћи своју примену и у пракси.

Због тога већ сада треба размишљати о најбољем могућем облику у којем бисмо преузели тековине европског права заштите потрошача у нашем међународном приватном праву. Приликом усклађивања нашег законодавства са законодавством Европске уније треба имати у виду и промене одредаба о заштити потрошача о којима се у ЕУ размишља, да се не би десило да прихватимо већ превазиђена решења.

⁵⁶ White Paper Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for Integration into the Internal Market of the Union COM(95) 163 final.

*Professor Maja Stanivuković, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Consumer Contracts - Applicable Law and Jurisdiction

There are various instruments of consumer protection. Some of them belong to domain of Private International Law. Thus, in the field of conflict of laws, there are general notions, such as public policy, *fraus legis*, mandatory norms, etc. that can be relied on in order to ensure the application of the domestic consumer protection law in an international contract setting. There is also a possibility to limit the freedom of choice of the applicable law in consumer contracts, and to provide for application of the consumer's local law in the absence of choice. In the field of jurisdiction, one can limit the parties' freedom to choose the competent court and provide for special jurisdiction for disputes arising out of consumer contracts in the consumer's local court. The introduction of these special conflict rules and rules of jurisdiction into domestic PIL statute, presupposes the existence of a defined notion of a "consumer contract", and consequently, requires the defining of the notions of "consumer" and "professional". The latter notions have in fact already been defined in the Law on the Consumer Protection (2002). However, the status of this law is uncertain at the moment, because of the constitutional change that occurred in Serbia and Montenegro in 2003, which put into question legislative jurisdiction for this subject-matter. Further question that arises is whether protection by conflict rules and rules of jurisdiction should be reserved for certain defined categories of consumer contracts only, or should be applicable to all such contracts. The new developments in the EU law concerning the definition of contracts for which consumers enjoy such protection (in particular the changes introduced by the Brussels I Regulation and discussed in the projects for transformation of the Rome Convention into a regulation) are described in particular detail. The provisions of consumer protection of the Swiss and Slovenian PIL Codes are also given some thought, to conclude with the concrete remarks concerning the utility and necessity of harmonizing the rules of the domestic PIL Code (1983) with the EU law provisions currently in force.

*Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду*

**РЕГУЛАТИВА САВЕТА (ЕЗ) бр. 2201/2003 О
НАДЛЕЖНОСТИ И ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ
ПРЕСУДА У БРАЧНИМ СТВАРИМА И СТВАРИМА
РОДИТЕЉСКЕ ОДГОВОРНОСТИ, којом се ставља
ван снаге Регулатива (ЕЗ) бр. 1347/2000**

Сажетак: У области проучавања нормативне делатности ЕУ која се одвија на основу чланова 61(ц) и 67(1) Уговора о оснивању Европске заједнице рад презентује најновију Регулативу Савета (ЕЗ) о надлежности, признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности која је усвојена 23. новембра 2003. године. Ова Регулатива ставља ван снаге Регулативу Савета (ЕЗ) бр. 1347/2000 и представља још један корак даље у обезбеђивању крајњег циља у оквиру судске сарадње у грађанским стварима, који се састоји у потпуном укидању егзекватуре, тј. у аутоматском признавању дејстава судских одлука у грађанским стварима које су донесене у једној од Држава чланица у свим другим Државама чланицама. С обзиром на свој предмет Регулатива је значајна за Државну заједницу Србија и Црна Гора пошто се односи на судске одлуке у стварима које могу директно да утичу на статус њених држављана, а признање и извршење тих одлука се може обавити само по режиму прописаном у националном праву Држава чланица и државне заједнице Србија и Црна Гора

Кључне речи: Европска заједница, правосудна сарадња у грађанским стварима, међународна надлежност, признање и извршење пресуда, родитељска одговорност, право на виђење, отмица и повратак детета

Убрзо након усвајања Регулative Савета бр. 1347/2000 (Брисел II) о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за децу оба брачна партнера, 29. маја 2000. године¹, Француска је покренула Иницијативу за усвајање Регулative Савета о узајамном извршењу пресуда о праву на виђење деце. Иницијатива носи датум од 3. јула 2000. године² и имала је за циљ, да се пресуде којима се установљава право на виђење једног од родитеља у односу на једно од њихове заједничке деце, донесене у некој од Држава чланица у поступцима предвиђеним у члану 1(1)(б) Регулative бр. 1347/2000³, признају у другим Државама чланицама *аутоматски*, без икаквих посебних поступака. Ова иницијатива је покренула читав низ питања и после припремних радова Комисија ЕЗ је 17. маја 2002. године усвојила предлог Регулative о родитељској одговорности⁴ који преузима правила о признању и извршењу Регулative (ЕЗ) бр. 1347/2000. Као циљеви нове Регулative наведени су: проширење правила о узајамном признању и извршењу Регулative 1347/2000 на све одлуке о родитељској одговорности, укидање егзекватуре у погледу пресуда које се односе на право на виђење (обезбеђивање права детета да одржава контакте са оба родитеља) и обесхрабљивање отмице деце од стране родитеља унутар Заједнице прописивањем решења за повратак детета. Спроведена законодавна процедура резултирала је усвајањем *Регулative Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 од 27. новембра 2003. године о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулative (ЕЗ) бр. 1347/2000*.⁵

1. Правни основ и сврха Регулative бр. 2201/2003

Правни основ Регулative су одредбе члана 61(ц) и 67(1) Уговора о оснивању Европске заједнице. Према члану 61(ц) и члану 65 Заједница усваја мере у области судске сарадње у грађанским стварима које имају прекогранично дејство и које су неопходне за правилно функционисање унутрашњег тржишта. Ове мере обухватају побољшање и поједностављење признања и извршења одлука у грађанским и трговинским стварима. Програм мера за имплементацију начела узајамног

¹ OJ L 160, 30.6.2000., стр. 19; ступила на снагу 1. марта 2001. г.

² OJ C 234, 15.8.2000., стр. 7.

³ “Члан 1: Ова Регулative се примењује на:

(а) грађанске поступке који се односе на развод, законску сепарацију и поништај брака;

(б) грађанске поступке који се односе на родитељску одговорност за децу оба брачна партнера у случају брачних поступака из тачке (а);”

⁴ Commission of the European Communities, Proposal for a Council regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility repealing Regulation (EC) No 1347/2000 and amending Regulation (EC) No 44/2001 in matters relating to maintenance, Brussels, 17.5.2002, COM(2002) 222 final – OJ C203, 27.8.2002, стр. 155.

⁵ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the enforcement of judgements in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003., стр. 1.

признања одлука у грађанским и трговинским стварима који је усвојен 30. новембра 2000. године⁶ одређује четири области рада, чији је крајњи циљ укидање егзекватуре у погледу свих одлука⁷. Ради постизања овог крајњег циља, за сваку област се предвиђа прогресивно укидање егзекватуре у три степена. У области признања и извршења одлука у брачним стварима, стварима родитељске одговорности, породичноправним стварима које немају основ у браку предвиђа се укидање егзекватуре за пресуде о праву на виђење, усвајање инструмента који се односи на породичне ситуације које немају свој основ у браку, проширење домаћаја на пресуде путем којих се модификују услови остављања родитељске одговорности утврђене пресудом донесеном у време развода или сепарације (први степен); примена поједностављеног поступка који је предвиђен Регулативом Брисел I, привремене мере извршења и заштите (други степен); укидање прекограничне егзекватуре у неким областима у форми Европског извршног налога (European Enforcement Order) који би био непосредно извршив у свим Државама чланицама без икаквих посредних мера (трећи степен). Пошто је усвојена Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 1347/2000 која садржи правила о надлежности, признању и извршењу пресуда о разводу, сепарацији и поништају брака, као и пресуда о родитељској одговорности у погледу заједничке деце оба брачна партнера које су донесене поводом наведених брачних ствари, активности у оквиру Програма простиру се на проширење мера на питања која нису обухваћена овом Регулативом, као и на специфична питања права на виђење. Ова Регулатива је била прва мера Заједнице која је усвојена у области судске сарадње у грађанским стварима, као и први корак у области узајамног признања одлука у породичноправним стварима.

Следећи корак у овом домену представља *Регулатива Савета бр. 2201/2003* која има за циљ признање и извршење унутар Заједнице одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности које су донесене на основу заједничких правила о надлежности. У погледу брачних ствари Регулатива *преузима* одговарајуће одредбе Регулативе бр. 1347/200 (Брисел II), док у погледу родитељске одговорности садржи *нова правила* која за полазну основу имају постојеће одредбе Регулативе Брисел II. Нова правила су инспирисана једнаким третманом све деце, афирмисањем најбољег интереса детета, као и гарантовањем одређених супстанцијалних и процедуралних права детета, која су одређена у члану 24 Повеље фундаменталних права Европске уније⁸.

⁶ Justice and Home Affairs Council Meeting 30 November 2000: Programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters, OJ C 12, 15.1.2001, стр., 1.

⁷ Те области су следеће: (1) признање и извршење одлука у грађанским и трговинским стварима (Брисел I); (2) признање и извршење у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (Брисел II) и у породичноправним стварима које немају свој основ у браку; (3) имовинскоправни односи на основу брака и имовинске последице сепарације невенчаних парова; (4) тестамент и наслеђивање.

⁸ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C364, 2000, стр. 1., Article 24: "(1) Children shall have the right to such protection and care as is necessary for their well being. They may express their views freely. Such views shall be taken into consideration on matters which concern them in accordance with their age and maturity.

Непосредни циљеви Регулative бр. 2201/2003 јесу стандардизовање правила међународног приватног права Држава чланица о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности; стварање једног инструмента о разводу и о родитељској одговорности ради олакшања посла судијама и практичарима када се баве питањима родитељске одговорности; олакшање остваривања права на прекогранично виђење; обесхрабтивање отмице деце од стране родитеља у ЕУ⁹.

2. Структура Регулative

Регулатива је подељена на Уводни део и на седам глава: Домашај и дефиниције (Глава I : чл. 1 – 2); Надлежност (Глава II, одељак 1 - Развод, законска сепарација и поништај брака: чл. 3 – 7; одељак 2 - Родитељска одговорност: чл. 8 – 14; одељак 3: Заједничке одредбе: чл. 16 – 20); Признање и извршење (Глава III, одељак 1 - Признање: чл. 21 – 27; одељак 2 - Захтев ради издавања декларације о извршности: чл. 28 – 36; одељак 3 - Заједничке одредбе које се односе на одељке 1 – 2: чл. 37 – 39; одељак 4 - Подобност за извршење одређених пресуда које се тичу права на виђење и одређених пресуда које налажу повратак детета: чл. 40 – 45; одељак 5 - Аутентични инструменти и споразуми, чл. 46; одељак 6 - Остале одредбе, чл. 47 – 52); Сарадња између централних власти у стварима родитељске одговорности (Глава IV: чл. 53 – 58); Однос према другим изворима (Глава V: чл. 59 – 63); Прелазне одредбе (Глава VI: чл. 64); Завршне одредбе (Глава VII: чл. 65 – 72). Саставни део Регулative чине и шест прилога.

3. Садржај Регулative

3.1. Област примене Регулative

Област примене Регулative одређен је у члану 1 тако да обухвата грађанске ствари које се односе на: а) развод, законску сепарацију или поништај брака, и б) утврђивање, остваривање, делегација, ограничење или престанак родитељске одговорности. Родитељска одговорност може да се односи нарочито на:

- (а) право на старање и право на виђење;
- (б) старатељство, туторство и сличне институте;
- (в) на именовање и функцију било ког лица или органа који је одговоран за личност или имовину детета, и који заступа дете или помаже детету;

(2) In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the child's best interests must be a primary consideration.

(3) Every child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests.”

⁹ Видети на адреси <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l33194.htm> поцењеној 20. 12.2003.

(г) смештај детета у хранјеничку породицу или у институцију за заштиту;

(д) мере заштите детета које се тичу управљања, очувања или располагања имовином детета (став 2 члана 1).

Регулатива се не односи на успостављање или оспоравање односа родитељ – дете; на одлуке о усвојењу, на припремне радње за усвојење или на поништај или одустанак од усвојења; на име и презиме детета, на еманципацију, на обавезу издржавања, на траст или наслеђивање; на мере предузете поводом прекршаја и кривичних дела које почини дете.

Регулатива се, исто тако, не односи на обавезе издржавања, пошто је та проблематика обухваћена чланом 5(2) Регулативе Савета бр. 44/2001 о надлежности и признању и извршењу судских ослока у грађанским и трговинским стварима¹⁰.

У члану 2 су садржане дефиниције појмова важних за тумачење и примену одредби Регулативе, од којих су најважније: “родитељска одговорност”¹¹, “носилац родитељске одговорности”¹², “право на старање”¹³, “право на виђење”¹⁴, “противправно одвођење или задржавање”¹⁵.

Територијални домаћај регулативе је одређен у тачки 3 члана 2: “израз “Држава чланица” означава све Државе чланице, осим Данске.”

¹⁰ ОЈ Л 12, 16.01.2001., стр. 1-23.

¹¹ Тачка 7 члана 2: “родитељска одговорност означава сва права и дужности које се односе на личност или имовину детета, а која су дата физичком или правном лицу пресудом, по самом закону или споразумом који производи правна дејства. Израз такође обухвата право на старање и право на виђење;”.

¹² Тачка 8 члана 2: “носилац родитељске одговорности означава било које лице које има родитељску одговорност према детету;”.

¹³ Тачка 9 члана 2: “право на старање обухвата права и дужности које се тичу бриге о дететовој личности, а нарочито право на одређивање места боравка детета;”.

¹⁴ Тачка 10 члана 2: “право на виђење обухвата нарочито право да се дете одведе у место које је различито од места његовог уобичајеног боравишта у одређеном временском трајању;”.

¹⁵ Тачка 11 члана 2: “противправно одвођење или задржавање означава одвођење или задржавање детета, ако је оно: (а) изведено путем повреде права на старање које је одређено пресудом или на основу закона или споразумом који има правдо дејство по праву Државе чланице у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или задржавања; и (б) под условом да је у време одвођења или задржавања право на старање било остваривано, без обзира на то да ли заједнички или не, или би се остваривало да није дошло до одвођења или задржавања. Сматра се да је остваривање старања заједничко у случају када на основу пресуде или на основу самог закона један од носилаца родитељске одговорности не може да одлучи о месту боравка детета без сагласности другог носиоца родитељске одговорности.”

3.2. Правила о надлежности

3.2.1. Надлежност у брачним стварима

Глава II у одељку 1 преузима одредбе Регулативе бр. 1347/2000 (Брисел II) о надлежности у брачним стварима (чл. 3 – 7, односно чланови 2 – 8 Брисела II, изузев члана 4)¹⁶.

3.2.2. Надлежност у стварима родитељске одговорности

Одељак 2 садржи одредбе о надлежности судова Држава чланица о родитељској одговорности. Основи надлежности су одређене имајући у виду најбољи интерес детета и водећи рачуна о мерилу проксимитета¹⁷. Општу надлежност има суд Државе чланице у којој дете има уобичајено боравиште у време подношења захтева суду (члан 8). Из формулације члана 8 следи да надлежност прати промену уобичајеног боравишта детета. Ово опште правило ће се, међутим, применити под резервом одредби чланова 9, 10 и 12. Изузеци су утврђени у циљу да се обезбеди надлежност судова на начин да се у свим случајевима удовољи најбољем интересу детета¹⁸. У члану 9 је предвиђено да у случају законитог премештања детета из једне Државе чланице у другу Државу чланицу у којој дете стиче ново уобичајено боравиште, суд Државе чланице ранијег уобичајеног боравишта *задржава* надлежност још три месеца од премештања детета уколико је реч о измени пресуде о праву на виђење коју је донео суд Државе чланице пре премештања детета, а носилац права на виђење и даље има уобичајено боравиште у Држави чланици ранијег уобичајеног боравишта детета (став 1 чл. 9: Задржавање надлежности према ранијем уобичајеном боравишту детета).

Други изузетак је предвиђен у одредби члана 10, који прописује надлежност за случајеве отмице детета. С једне стране, предвиђа се *задржавање* надлежности суда Државе чланице у којој је дете непосредно пре противправног одвођења или задржавања имало уобичајено боравиште, а с друге стране омогућује се *трансфер* надлежности под одређеним условима на суд друге Државе чланице у којој је дете стекло уобичајено боравиште, уз испуњење додатних услова. Постоје два додатна услова која су постављена алтернативно, и то: (а) да се свако лице, институција или орган који има право на старање сагласило са премештањем или задржавањем, или (б) да дете борави у тој другој Држави чланици најмање годину дана, рачунајући од дана пошто је лице, институција или орган који има правно на старање сазнало или је могло да сазна где се дете налази, и дете се прилагодило новој средини, с тим да је испуњен и један од следећих услова: (i) да у року од једне године од дана када је

¹⁶ Видети Б. Бордаш, Мере у области судске сарадње у грађанским стварима у ЕЗ и Регулатива о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба брачна партнера (Брисел II), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVI, 1-3 (2002), Нови Сад, 2003, стр. 197.

¹⁷ Видети тачку 12 Уводног дела Регулативе.

¹⁸ Видети Proposal for a Council Regulation, COM(2002) 222– OJ C203, 27.8.2002, стр. 155-178, Section 2 – Parental responsibility.

носилац права на старање стекао или је требало да стекне сазнање о томе где се дете налази није поднесен захтев за повратак детета надлежним органима Државе чланице у коју је дете премештено или у којој је задржано; (ii) да је захтев за повратак поднесен од стране носиоца права на старање повучен, а нови захтев није поднет у року одређеном под (i); (iii) да је случај пред судом Државе чланице у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре противправног премештања или задржавања окончан према одредби члана 11(7)¹⁹; (iv) да је суд Државе чланице у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре противправног премештања или задржавања донео пресуду којом се не налаже повратак детета.

Изузетак од опште надлежности одређене у члану 8 предвиђена је и у случају пророгације надлежности регулисане одредбама члана 12. Регулатива нормира два случаја пророгације: (1) ставови 1-2 члана 12 ослањају се на члан 3 Регулативе Брисел II; у том смислу, надлежан ће бити суд Државе чланице који је на основу одредбе члана 3 надлежан по захтеву за развод, законску сепарацију или поништај брака и по захтеву за родитељску одговорност који је повезан са горњим захтевима, уколико бар један од брачних партнера има родитељску одговорност у односу на дете и уколико брачни партнери и носиоци родитељске одговорности у време подношења захтева суду изричито или да други несумњив начин прихвате овакву надлежност, као и ако је то у највишем интересу детета; (2) став 3 предвиђа као пророгациону, и надлежност судова оне Државе чланице пред којима је у току неки други поступак а не поступак у брачним стварима, под условом да дете има супстанцијалну везу са таквом Државом чланицом (на основу чињенице да један од носилаца родитељске одговорности има тамо уобичајено боравиште или да је дете држављанин те Државе чланице) и да је надлежност таквог суда изричито или на други несумњив начин прихваћена од свих страна тог поступка у време подношења захтева, као и да је таква надлежност у најбољем интересу детета.

У вези са одредбама члана 10 Регулативе о надлежности у случајевима отмице деце, *члан 11* регулише поступак поводом захтева за повратак детета с ослоном на Хашку конвенцију о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980. године, али уз примену одредаба ставова 2 – 8 овог члана. Те одредбе имају за циљ да служе као допуна Хашке конвенције с обзиром на велики значај који је дат саслушању детета и с обзиром на могућност суда Државе чланице у којој је дете имало пре премештања или задржавања уобичајено боравиште да донесе одлуку о повратку детета пошто то одбије суд Државе чланице у коју је дете противправно одведено или у којој је противправно задржано. Став 2 одређује да се приликом одлучивања о повратку детета по одредбама чланова 12 и 13 Хашке конвенције из 1980.²⁰ мора обезбедити да детету буде пружена могућност да буде

¹⁹ Видети ниже у вези са чланом 11 Регулативе.

²⁰ Члан 12: “Ако је дете незаконито одведено или задржано у смислу члана 3, а на дан почетка поступка пред судским или управним органом државе уговорнице у којој се дете налази протекло је мање од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања, одисони надлежни орган ће наложити хитан повратак детета.

саслушано у току поступка (осим ако је то неприкладно с обзиром на узраст и степен зрелости детета); прописана је обавеза поступања по хитном поступку, доношење пресуде по захтеву за повратак детета у року од шест недеља по подношењу захтева (став 3); одредба става 4 одређује да суд неће моћи да одбије да наложи повратак детета на основу члана 13б хашке конвенције, ако је утврђено постојање одговарајућих аранжмана који ће обезбедити заштиту детета по његовом повратку; а одредба става 5 да се не може одбити повратак детета, а да се не саслуша лице које захтева повратак детета.

У складу са одредбама члана 11 прописана су посебна правила поступања у случају да се у складу са чланом 13 Хашке конвенције одбије издавање наредбе о повратку детета, а у циљу да би надлежни суд евентуално могао да одлучи о праву на старање. Копију такве наредбе треба одмах (у року од месец дана од доношења наредбе) доставити суду (или централном органу) Државе чланице који је надлежан по уобичајеном боравишту детета у време пре противправног одвођења или зардржавања (став 6). Уколико пред судом наведене Државе чланице већ није у току поступак, суд/централни орган који прими информацију обавестиће о томе стране и позвати их да у року од 3 месеца поднесу одговарајуће захтеве да би суд могао да испита питање старања над дететом. Суд ће окончати случај, ако не у наведеном року не прими захтев (став 7). Без обзира на пресуду којом се одбија налог за повратак детета у складу са чланом 13 Хашке конвенције, било која накнадна пресуда која *налаже повратак детета* и која је донесена од стране суда надлежног по одредбама Регулative биће извршена под условима прописаним у Одељку 4 Главе III (став 8).

Надлежност судова Државе чланице може да постоји и на основу *присуства* детета на њеној територији уколико: (i) уобичајено боравиште детета не може да се установи, и (ii) не може да се одреди надлежност на основу члана 12 (став 1 члана 13). Овај став ће се применити и за заснивање надлежности у односу на децу-избеглице или на децу која су измештена из њихових држава због сукоба у њима.

Судски или управни орган, чак и ако је правни поступак покренут након истека рока од годину дана поменутог у претходном ставу, такође ће наложити повратак детета ако се не докаже да се дете прилагодило новој средини.

Ако судски или управни орган у држави којој је упућен захтев има разлога да верује да је дете одведено у неку другу државу, може обуставити поступак или одбацити молбу за повратак детета.”

Члан 13: “Без обзира на одредбе претходног члана, судски или управни орган државе којој се упућује захтев није дужан да наложи повратак детета ако лице, институција или друго тело које се супротстављају његовом повратку докаже: а) да лице, институција или друго тело које се стара о личности детета није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања или да се било сагласило или накнадно пристало на одвођење или задржавање; б) да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неповољан положај.

Судски или управни орган може, такође, да одбије да наложи повратак детета ако утврди да се дете супротставља повратку и да је напунило оне године и стекло степен зрелости при коме је потребно узети у обзир његово мишљење.

Приликом разматрања околности поменутих у овом члану, судски и управни орган ће узети у обзир податке који се односе на социјално порекло детета добијене од централног извршног органа или неког другог надлежног органа државе у којој се налази место сталног боравака детета.” Текст Конвенције: Сл. Лист СФРЈ, Међународни уговори 7/91.

Члан 14 садржи правило о *резидуалној* надлежности: уколико суд Државе чланице не може да заснује надлежност по одредбама чланова 8 – 13, она ће бити одређена у свакој Држави чланици, на основу националног права дотичне државе.

Правила о надлежности у стварима родитељске одговорности ове Регулативе постављена су тако да чине потпуни и рационални систем у служби најбољег интереса детета. Уколико би се, међутим, показало да би суд неке друге Државе чланице, а не онај који је засновао надлежност на основу чланова 8 – 13, био *прикладнији* да поступа у случају, случај се може пренети на суд дотичне Државе чланице. Да би се извршио пренос случаја (или његовог дела) на поступак пред прикладнијим судом, мора да постоји нарочита повезаност са дететом, као што и сам пренос мора да буде у најбољем интересу детета. Сматраће се да постоји нарочита повезаност детета са државом чланицом: (i) уколико дете буде стекло уобичајено боравиште у тој Држави чланици после подношења захтева суду одређене државе чланице; или (ii) ако је то држава ранијег уобичајеног боравишта детета, или (iii) ако је дете држављанин те државе; или (iv) ако је у тој држави уобичајено боравиште једног од носилаца родитељске одговорности; или (v) ако се имовина детета налази у тој држави, а случај се односи на управљање, очување или располагање том имовином. Пренос се може иницирати на захтев једне од странака, по предлогу самог суда или по захтеву суда друге Државе чланице са којом је дете у нарочитој повезаности, с тим да се са њим мора сагласити бар једна од странака. Примена одредаба члана 15 долази у обзир само *изузетно*.

Одредбе Одељка 3 – Заједничке одредбе – преузете су из Регулативе 1347/2000²¹.

3.3. Правила о признању и извршењу

3.3.1. Признање

Правила о признању пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности садржана су у Одељку 1 Главе III (Признање и извршење). Признање и извршење судских одлука у Државама чланицама заснива се на принципу узајамног поверења из кога следи да су основи за непризнавање сведени на неопходни минимум²². Уређена су питања признавања пресуда (члан 21), основи по којима ће се одбити признање пресуда које се односе на развод, законску сепарацију или поништај брака (члан 22), основи по којима ће се одбити признање пресуда које се односе на родитељску одговорност (члан 23), забрана преиспитивања надлежности суда порекла одлуке (члан 24), разлике у меродавном праву (члан 25), забрана преиспитивања меритума (члан 26), прекид поступка (члан 27). Одредбе ових чланова одговарају одредбама чланова 14 – 20 (изузев члана 16) Регулативе бр. 1347/2000²³.

²¹ Видети Б. Бордаш, *op.cit*, стр. 197.

²² Тачка 21 Уводног дела Регулативе.

²³ Видети Б. Бордаш, *op. cit.*, стр. 197.

3.3.2. Захтев за издавање декларације о извршности

Одељак 2 Главе III садржи одредбе о пресудама о родитељској одговорности које су подобне за извршење (члан 28), о надлежности локалних судова (члан 29), о правилима процедуре (члан 30), о одлуци о извршности (члан 31²⁴), о обавештењу о одлуци (члан 32), о жалби против одлуке (члан 33), о жалбеним судовима и жалбеним средствима (члан 34), о прекиду поступка (члан 35), о делимичном извршењу. Одредбе ових чланова одговарају одредбама чланова 21 – 29 Регулative бр. 1347/2000²⁵.

3.3.3. Заједничке одредбе Одељака 1 – 2

Одељак 3 Главе III односи се на документе које треба поднети уз захтев за проглашење извршности (члан 37), на накнадни рок за подношење докумената који недостају (члан 38) и на издавање сертификата који се односи на пресуде у брачним стварима и на пресуде у стварима родитељске одговорности (члан 39). Одредбе ових чланова одговарају одредбама чланова 32 – 34 Регулative бр. 1347/2000.

3.3.4. Подобност за извршење одређених пресуда које се односе на право на виђење и одређених пресуда које налажу повратак детета

Одељак 4 Главе III Регулative садржи најважнију новину. Одредбама овог одељка практично се *укида егзекуатура у Држави чланици извршења* у погледу пресуда које су **потврђене** (сертификоване) **у Држави чланици порекла**. Такве одлуке ће за *циљеве извршења* уживати исти третман као да су донете у Држави чланици извршења.

Према одредбама члана 40, домашај Одељка 4 обухвата: (а) право на виђење и (б) повратак детета који је наложен пресудом донесеном у складу са одредбом члана 11(8)²⁶. Одредбе овог одељка нису сметња томе да носилац родитељске одговорности *захтева* признање и извршење пресуде у складу са одредбама Одељака 1 и 2 ове Главе.

Да би пресуде о праву на виђење и о повратку детета могле да буду извршене непосредно, без потребе да буду проглашене извршним од стране органа у Држави чланици извршења, морају да буду **потврђене** у Држави чланици порекла. Да би пресуде биле подобне за потврђивање, морају да буду извршене. Уколико национално право не предвиђа извршност одговарајућих пресуда по самом праву, суд порекла одлуке може прогласити њихову извршност, без обзира на могућност подношења жалбе (став 1 члана 40 и став 1 члана 41). Поступак потврђивања се

²⁴ Став 2 члана 31: “Захтев може да буде одбијен само из једног од разлога наведених у члановима 22, 23 и 24.”

²⁵ Видети Б. Бордаш, *op. cit.*, стр. 197.

²⁶ Члан 11, тачка 8: “Без обзира на пресуду којом се одбија повратак детета, а која је донесена на основу члана 13 Хашке конвенције из 1980, свака пресуда која би била донесена после тога од стране суда надлежног по одредбама ове Регулative и која би налагала повратак детета, биће изршива у складу са одредбама Одељка 4 Главе III ради обезбеђања повратка детета.”

разликује с обзиром на пресуде о праву на виђење и на пресуде о налагању повратка детета.

Потврђивање пресуда о праву на виђење (члан 41) – Судија Државе чланице порекла пресуде издаће уверење (сертификат о праву на виђење) на формулару одређеном у Анексу III Регулative, под следећим условима:

- (а) ако је пресуда донесена због изостанка: (i) да је лицу које је изостало био достављен документ којим је започет поступак или документ изједначен са овим на време и на начин који су му омогућили да припреми своју одбрану, или (ii) у случају да достављање није извршено на описан начин, да је упркос томе утврђено да је то лице несумњиво прихватило одлуку;
- (б) да је свим заинтересованим странама пружена могућност да буду саслушана; и
- (в) да је детету била дата могућност да буде саслушано, осим ако саслушање није могло да се обави због узраста и степена зрелости детета.

Уколико право на виђење у време доношења пресуде укључује прекограничну ситуацију, сертификат се издаје по службеној дужности чим пресуда постане извршна. Уколико се ситуација накнадно постане таква да укључује прекогранични елемент, сертификат се издаје на захтев једне од странака.

Потврђивање пресуда о повратку детета (члан 42) - Судија Државе чланице порекла пресуде издаће уверење (сертификат о праву на виђење) на формулару одређеном у Анексу IV Регулative, под следећим условима:

- (а) да је детету била дата могућност да буде саслушано, осим ако саслушање није могло да се обави због узраста и степена зрелости детета;
- (б) да је странама била дата могућност да буду саслушана;
- (в) да је суд приликом доношења пресуде узео у обзир разлоге и доказе на основу којих је издата наредба у складу са чланом 13 Хашке конвенције о грађанскоправним последицама међународне отмице деце из 1980. године²⁷.

Уколико суд или други орган предузима мере да би се обезбедила заштита детета после његовог повратка у државу његово уобичајеног бораишта, сертификат укључује и детаље о тим мерама. Судија који је донео пресуду по сопственој иницијативи издаје сертификат о повратку детета.

Исправка сертификата је могућа у складу са правом Државе чланице порекла пресуде; против издавања сертификата нема места жалби (чл. 43). Дејство сертификата је ограничено на извршност пресуда (члан 44). Одредба члана 45 одређује документе које је потребно поднети када се тражи извршење пресуда.

3.3.5. Аутентичне исправе и споразуми

Одељак 5 кога чини члан 46 предвиђа да ће све исправе издате у складу са прописима и регистроване као аутентичне и које су извршне у једној од Држава чланица, као и споразуми међу странама који су извршни у држави чланици у којој

²⁷ Видети белешку бр. 20.

су закључени бити признати и проглашени извршнима под истим условима као и пресуде.

3.3.6. Остале одредбе

Одредбе Одељка 6 главе III уређују питања постука извршења, у погледу кога је меродавно право Државе чланице где се извршење спроводи (чл. 47), практичних мера потребних ради остваривања права на виђење које може да предузима суд Државе чланице у којој се извршење спроводи (чл. 48). Чланом 49 прописано је да се у погледу трошкова поступака који се спровode по Регулативи, као и у погледу извршења одлука које се односе на те трошкове, такође, примењују одредбе Главе III.

Одредбе члана 50 о правној помоћи, члана 51 о обезбеђивањима, обвезницама и депозитима, члана 52 о легализацији и сличним формалностима одговарају члановима 30 – 31, односно 35 Регулативе бр. 1347/2000.

3.4. Сарадња између централних органа у стварима родитељске одговорности

Битан елемент система који Регулатива поставља у области остваривања родитељске одговорности јесте именовање централних органа од стране Држава чланица и сарадња тих органа у остваривању одредаба Регулативе. Глава IV уређује питања именовања тих органа (чл. 53), њихове функције – достављање информација о националним правима и поступцима, предузимање мера ради побољшања примене Регулативе, јачање међусобне сарадње (чл. 54).

Сарадња између централних органа у специфичним случајевима у вези са родитељском одговорношћу обухвата: (i) прикупљање и размену информација о ситуацији која се тиче детета, о поступцима који су у току, о одлукама које се тичу детета; (ii) пружање информација и помоћи носиоцима родитељске одговорности који траже признање и извршење одлука на територији централног органа, а нарочито у случају одлука о праву на виђење и о повратку детета; (iii) олакшавање комуникација између судова у примени члана 11(6) и (7) (одбијање налога повратка детета на основу члана 13 Хашке конвенције из 1980) и у примени члана 15 (трансфер случаја на расправљање пред прикладнијим судом); (iv) унапређивање споразумевања међу носиоцима родитељске одговорности путем медијације или других средстава; (v) пружање помоћи у поступку смештаја детета у институцију за негу или у хранјеничку породицу (чл. 55 – 56); пружање помоћи носиоцима родитељске одговорности у поступку признања и извршења пресуда о родитељској одговорности (став 1 чл. 57).

Начин рада централних органа уређен је одредбама ставова 2 – 4 члана 57: државе чланице ће одредити језике на којима се може општити са њиховим централним органима; пружање помоћи је бесплатно; сваки централни орган сноси своје трошкове. У циљу унапређења примене регулативе централни органи ће одржавати редовне састанке (чл. 58).

3.5. Однос Регулативе и других инструмената

Глава V Регулативе уређује односе са другим инструментима. Према члану 59, Регулатива за Државе чланице ужива *примат* над конвенцијама које постоје у време ступања на снагу Регулативе а које су закључене између две или више Држава чланица и регулишу материју коју уређује Регулатива.

Однос са одређеним вишестраним конвенцијама уређује члан 60. У односима међу државама чланицама Регулатива ужива примат у материји коју уређује у односу на: (а) Хашку конвенцију о овлашћењима надлежних органа и меродавном праву у погледу заштите малолетника од 5. октобра 1961. године; (б) Луксембуршку конвенцију о признању одлука о пуноважности бракова од 8. септембра 1967. г.; (ц) Хашку конвенцију о признању развода и законских сепарација од 1. јуна 1970. г.; (д) Европску конвенцију о признању и извршењу одлука које се односе на старање о деци и на поновно успостављање старања од 20. маја 1980. г.; (е) Хашку конвенцију о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25. октобра 1980.г.

Посебно је уређен однос са Хашком конвенцијом о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу и о сарадњи у погледу родитељске одговорности и о мерама за заштиту деце од 19. октобра 1996. године (члан 61), и положај уговора између Свете Столице и Португала, Свете Столице и Италије и Свете Столице и Шпаније (члан 63).

3.6. Прелазне одредбе

Прелазне одредбе члана 64 Главе VI временско важење Регулативе. Њене одредбе ће се примењивати на поступке који ће започети, као и на аутентичне исправе сачињене и споразуме закључене међу странама после датума одређеног за почетак њене примене у складу са одредбама члана 72²⁸. Такође се уређују ситуације у којима је пресуда донесена после датума почетка примене Регулативе у поступцима започетим пре тог датума, али после ступања на снагу регулативе бр. 1347/2000 (став 2), могућност примене одредаба Регулативе на пресуде донесене пре датума почетка њене примене у поступцима који су почели после ступања на снагу Регулативе 1347/2000 (став 3), и могућност примене одредаба Регулативе на пресуде донесене пре почетка њене примене, али после ступања на снагу Регулативе бр. 1347/2000 у поступцима започетим пре ступања на снагу ове последње (став 4).

3.7. Завршне одредбе

Глава VII уређује питања ревизије (чл. 65), примену Регулативе у Државама чланицама које у свом саставу имају два или више правних поредака (чл. 66), достављање информација о централним органима и језицима комуникације (чл. 67),

²⁸ Видети ниже под 4. Примена Регулативе (ЕЗ) бр. 2201/2003.

достављање информација о судовима (чл. 68), амандмане уз Анексе (чл. 69), комитета који ће помагати Комисији (чл. 70).

Одредба члана 71 ставља ван снаге Регулативу (ЕЗ) бр. 1347/2000 почев од дана који је одређен као дан почетка примене ове Регулативе.

4. Примена Регулативе (ЕЗ) бр. 2201/2003

Према члану 72, ова Регулатива ступа на снагу 1. августа 2004. године, а нејна примена ће почети 1. марта 2005, осим одредаба чланова 67, 68, 69 и 70 које се примењују од 1. августа 2004.

Регулатива (ЕЗ) бр. 2201/2003 је обавезујућа у целости и директно је примењива у Државама чланицама у складу са Уговором о оснивању Европске заједнице.

5. Значај Регулативе (ЕЗ) бр. 2201/2003 са аспекта Државне заједнице Србија и Црна Гора

Судска сарадња у грађанским и трговинским стварима је уврштена Амстердамским уговором у политику ЕЗ која се везује за слободно кретање људи. Основни принцип те судске сарадње представља узајамно признање судских одлука. Савет за унутрашње послове и послове правосуђа (Justice and Home Affairs Council) усвојио је 30. новембра 2000. године програм мера за имплементацију начела узајамног признања одлука у грађанским и трговинским стварима чији је крајњи циљ укидање егзекватуре²⁹. У остваривању овог начела до сада је усвојено неколико инструмената: Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности и о признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима (Брисел I), Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 1347/2000 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за децу оба брачна партнера (Брисел II), Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 1346/200 о поступку стечаја³⁰, те најновија Регулатива Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности и о признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулатива савета (ЕЗ) бр. 1347/2000. Ови инструменти наднационалног карактера олакшавају, у првом реду, положај субјеката Држава чланица Европске заједнице путем олакшавања признања и извршења судских одлука које су донесене у некој другој Држави чланици. С обзиром на овај предмет, јасно је да судске одлуке донесене у Државној заједници СЦГ не спадају под тај олакшани режим, већ се у погледу њих у

²⁹ Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters, *Official Journal C 012*, 15/01/2001 p. 0001 – 0009

³⁰ Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings *Official Journal L 160*, 30/06/2000 P. 0001 - 0018

Државама чланицама ЕЗ примењују билатералне конвенције, уколико их има, или национално право сваке од тих држава.

Имајући у виду, међутим, да Регулативе бр. 44/2001, 1347/2000 и 2201/2003 уређују и питања међународне надлежности, може да се постави и питање положаја субјеката трећих држава, с обзиром на њихово држављанство, односно државну припадност и с обзиром на чињенице које представљају основе међународне надлежности. О овоме би требало водити рачуна тим пре што од 1. маја 2004. године ЕУ добија десет нових држава чланица, а у неким од њих има пребивалиште или уобичајено боравиште, као и имовину приличан број држављана Државне заједнице СиЦГ.

Са тог аспекта посматрано, потребно је осврнути се на Регулативу Савета бр. 2201/2003³¹.

Члан 6 Одељка 1 Главе II (Надлежност) одређује да су основи надлежности у брачним стварима одређени члановима 3, 4 и 5 искључиве природе, у смислу да лица која имају уобичајено боравиште у некој од Држава чланица *или* лица која су држављани неке од Држава чланица (у случају Уједињеног Краљевства и Ирске одлучујућа чињеница је "домицил") могу да буду тужена пред судовима друге Државе чланице искључиво у складу са одредбама тих чланова. Из ове одредбе произлази да би држављани Државне заједнице СиЦГ са уобичајеним боравиштем у некој од Држава чланица ЕЗ били обухваћени домашајем Регулативе *rationae territoriae*. С друге стране, одредба члана 7 уређује тзв. резидуалну надлежност у случајевима у којима се надлежност судова Држава чланица не може одредити по одредбама чланова 3 – 5. У таквим случајевима међународна надлежност одређује се по националном праву Државе чланице, а не по одредбама Регулативе. Примена националног права на основе заснивања међународне надлежности је подвргнута одређеним условима³², али суштина је у томе да се тиме отвара могућност да се примењују и евентуални основи прекомерне надлежности, које Регулатива, афирмишући објективне критеријуме који су у складу са интересима брачних партнера и потребама мобилности брачних партнера³³, не садржи.

При регулисању међународне надлежности судова Држава чланица у стварима родитељске одговорности за руководећи принцип одређен је најбољи интерес детета који истовремено изражава и најближу везу (критеријум проксимитета) у контексту међународног приватног права³⁴. Према слову Регулативе најбољи интерес детета је отеловљен у свакодобном уобичајеном боравишту детета, који се схвата по *lege fori*, уз одређене изузетке, односно допуне.

³¹ Даном ступања на снагу Регулативе бр. 2201/2003 ставља се ван снаге Регулатива бр. 1347/2000, али су одредбе ове последње које уређују питања надлежности и признања и извршења судских одлука у брачним стварима преузете из прве, тако да нема потребе за њиховим паралелним разматрањем.

³² Да би се одредба члана 7 могла применити, потребно је да подносилац захтева буде држављанин Државе чланице који има уобичајено боравиште у другој држави чланици, а да лице према коме се поставља захтев (тужени) нема уобичајено боравиште у некој од Држава чланица, нити је држављанин неке од Држава чланица, видети Б. Бордаш, *op.cit.*, 197.

³³ *Idem*.

³⁴ Видети тачку 12 уводног дела Регулативе.

Слично као код брачних ствари, овај основ надлежности *rationae territoriae* обухвата свако дете које има уобичајено бораиште у некој од Држава чланица ЕЗ, без обзира на његово држављанство – што отвара могућност да о питањима родитељске одговорности према детету које има држављанство Државне заједнице СиЦГ, а уобичајено бораиште у Држави чланици ЕУ, одлучује суд ове последње. Уколико се, међутим, надлежност суда неке од Држава чланица не може засновати по одредбама чланова 8 – 13 Регулative, на основу члана 14 ће се применити одредбе националног права о међународној надлежности дотичне Државе чланице (резидуална надлежност).

У вези са правилима о резидуалној надлежности ове Регулative треба напоменути чињеницу која није спорна: ако суд неке државе чланице заснује надлежност по правилима националног права (на основу чл. 7 и чл. 14 Регулative), његова одлука у другој Држави чланици ужива у погледу признања и извршења третман прописан Регулативом.

У овом контексту би требало скренути пажњу на још једну околност. У стварима родитељске одговорности, а у вези са отмицом деце се постављају питања хијерархије извора, с обзиром да је то специфично и значајно питање регулисано и другим међународним конвенцијама, које су на снази, или ће бити на снази у свим Државама чланицама ЕЗ. Одредба члана 60 Регулative прописује да у односима између Држава чланица ЕЗ њене одредбе имају примат над применом Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању над децом и одлука о поновном успостављању старања и над Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. Посебно је регулисан однос³⁵ према Хашкој конвенцији о надлежности, меродавном праву, признању, извршењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и о мерама за заштиту деце из 1996. године³⁶, пошто је она сачињена на истим принципима и садржи веома слична правила као Регулative. Државна заједница СиЦГ је ратификовала прве две споменуте конвенције, али није чланица Хашке конвенције из 1996. године, као ни других хашких конвенција које регулишу одређена питања из области брачних ствари и заштите деце³⁷. С обзиром на то да Хашка конвенција из 1996. године представља један модеран инструмент који афирмише начело заштите детета у складу са његовим најбољим интересима како у погледу основа међународне надлежности, тако и у погледу признања и извршења одлука у стварима родитељске одговорности, било би неопходно размотрити сврсисходност приступања и ратификације. Ово тим пре, што би то представљало један корак више у правцу хармонизације права СиЦГ због блискости решења и због могућности да се то

³⁵ Видети став 4 члана 12 и члан 61 Регулative, као и Council Decision of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation of parental responsibility and measures for the protection of children, OJ L 048, 21/02/2003, стр. 001-002, као и текст Конвенције на стр. 3 – 13..

³⁶ Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, ступила на снагу 1. јануара 2002. године.

³⁷ Хашку конвенцију од 5. октобра 1961. о овлашћењима власти и меродавном праву у погледу заштите малолетника, Хашку конвенцију од 1. јуна 1970. о признању развода и законске сепарације.

учини. Хармонизација права Државне заједнице СиЦГ са правом ЕЗ је свакако коначан циљ, али придруживање и приступање ЕУ зависи и од политичких фактора, док је Хашка конвенција из 1996. године већ ступила на снагу и већ се остварује. На тај начин би се створио један прелазни период у коме би се судске одлуке у стварима родитељске одговорности могле узајамно признавати и извршавати по знатно повољнијем режиму од оних прописаних националним правима, и то са ширим кругом држава³⁸ од држава чланица ЕЗ.

*Bernadet Bordas, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

EC Council Regulation no. 2201/2003 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Marital Affairs and Matters of Parental Responsibility Which Sets Aside the EC Regulation no. 1347/2000

Abstract

The analysis of normative activity of the EU based on Articles 61(c) and 67(1) of the EC Treaty is focused here on the latest EC Regulation on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in marital affairs and parental responsibility, which was adopted on 23 November 2003. This Regulation sets aside EC Regulation no. 1347/2000 making a step further toward a judicial cooperation in civil matters, which tends to fully exclude exequatur, i.e. to introduce in all Member States automatic recognition of effects of judicial decisions in civil matters rendered in one Member State. Considering the subject-matter of this Regulation, it might be important for the State Community of Serbia and Montenegro, as it deals with judicial decisions in the matters which may directly affect the status of its citizens, whereas the procedure of recognition and enforcement of these decisions can only be conducted according to the national regime of member states and the State Community of Serbia and Montenegro.

³⁸ Према стању на дан 23. новембра 2003. године, Конвенцију је ратификовало 6 држава, 3 је приступило, а 18 је потписало, али још није ратификовало. Међу овим последњим државама су и државе чланице ЕЗ, видети белешку бр. 35, као и статус Конвенције на адреси <http://hcch.net>

*Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

ОМБУДСМАН У ЗЕМЉАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: Институција омбудсмана присутна је у скоро свим земљама Европске уније, са изузетком Луксембурга. Положај и улога омбудсмана су веома слично уређени, са одређеним одступањима. Најчешће је омбудсман уређен као парламентарни повереник за контролу рада управе, са овлашћењем да критикује рад управе, издаје јој препоруке, покрене дисциплински и кривични поступак против функционера, предложи њихово разрешење, а има и право законодавне иницијативе. У ниједној земљи Европске уније омбудсман нема било каква мериторна овлашћења у односу на управу.

Кључне речи: неправилан рад управе, контрола управе, заштита права грађана, заштита људских права, Европска унија.

1. Уводне напомене

Институција омбудсмана се изворно везује за једну од земаља чланица данашње Европске уније Шведску. Истина, у време када је Шведска уводила институцију омбудсмана о Европској унији није било ни размишљања, а камоли помена. Било је то давно пре било каквих европских интеграција. С друге стране, конкретне околности у којима је и због којих је у Шведској створен омбудсман, потпуно су специфичне природе. Такве околности нису постојале ни у једној другој земљи која је касније, по шведском моделу, увела ову институцију у свој политички и правни систем.

У данашњим земљама Европске уније институција омбудсмана постоји у скоро свим земљама које ову Унију чине. Изузетак је једино Луксембург, у коме ова институција уопште не постоји, док у две државе, које су биле међу оснивачима Европске уније Немачкој и Италији, не постоји омбудсман на националном нивоу

(за читаву државу), већ само на нивоу неких покрајина (већине у Италији, мањине у Немачкој). Истина, у Немачкој се непостојање националног омбудсмана правда чињеницом да ова земља има Одбор за петиције при Бундестагу, али се у теоријском смислу то не може изједначити са омбудсманом. Поред тога, омбудсман постоји и у свим земљама кандидатима за пријем у Европску унију, које ће током 2004. године постати њени пуноправни чланови.

Положај и улога омбудсмана у земљама Европске уније су веома различити. Скоро свака земља која је ову институцију уводила у свој правни систем учинила је неке модификације у изворном шведском моделу и, могло би се рећи, прилагодила ову институцију околностима (правним и политичким) које су у конкретној земљи владале. Истина, те разлике нису увек такве да би завределе да буду поменуте, већ су понекад само разлике у детаљима. Међу земљама кандидатима за пријем у Европску унију постоје много мање разлике, будући да су оне институцију омбудсмана уводиле у трећем таласу, у време када су већ усвојени одређени међународни стандарди о томе како положај и улога омбудсмана треба да буду уређени. Но, не само због тога, ове земље неће бити приказане у овом раду. Формално посматрано, оне у овом часу нису у саставу Европске уније.

2. Настанак и развој

Колевка институције омбудсмана је Шведска. У њој је ова институција настала још у осамнаестом веку, али у специфичним околностима. Слободно би се могло рећи да је оно што данас сматрамо једним од основних стандарда демократских држава настало случајно и без икакве намере да омбудсман представља оно што данас представља. Стицај околности је довео до настанка ове институције.

Шведски краљ Карло XII (1697-1718) водио је рат против коалиције Данске, Пољске, Саске и Русије. У томе је имао доста успеха, али је од реорганизоване војске Петра I доживео 1709. године тежак пораз у бици код Полтаве. Карло XII је једва успео да избегне заробљеништво, тако што је побегао у Турску. То је значило крај Шведске као велесиле, а у земљи су почели нeredи. Будући да је био физички удаљен од своје земље, а у жељи да ипак утиче на оно што се дешава у краљевини, Карло XII је издао налог да се у Шведској образује једна служба која је имала задатак да контролише спровођење закона и других прописа и да осигура да државни службеници врше своје дужности. На чело те службе краљ је поставио свог повереника, а повереник се на шведском језику каже „омбудсман“. Тако је по први пут створен омбудсман, који ће се током еволуције потпуно удаљити од ове почетне улоге.

Током XVIII века ова служба је доживљавала различите трансформације. Пре свега, промењен јој је назив у службу канцелара правде, коју је неко време именовао парламент, а не краљ, али је шведски краљ Густав III (1771-1792) након што је извршио војни удар, новим уставом повећао краљевска овлашћења, укључујући право да именује Канцелара правде. Након његове смрти Шведском је

владао Густав IV (1792-1809) који је био познат по свом апсолутизму. Он је доживео то да га је сменила група официра и тада је донет нови шведски устав 1809. године, којим је по први пут установљена институција омбудсмана са улогом коју је задржала до данас.

Према шведском уставу из 1809. године уведена је подела власти између законодавне, управне и судске власти. Краљ је имао овлашћење да именује Канцелара правде, али је Парламент бирао Омбудсмана, који се у Шведској потпуно назива Омбудсман Правде (Justitieombudsman). Улога таквог омбудсмана је по први пут постала да у име Парламента контролише законитост рада управе и судова.

У току скоро 200 година развоја, институција омбудсмана је у Шведској доживљавала одређене промене. У једном периоду (1915-1968. године) дошло је до раздвајања цивилног и војног омбудсмана, а затим до поновног спајања у јединствену установу, али састављену од три омбудсмана, чија је надлежност ресорно подељена по одређеним областима. Данас ова служба обухвата четири омбудсмана, од којих је један Главни парламентарни омбудсман, који, поред свих овлашћења која сваки омбудсман има, још и руководи службом омбудсмана.

Ова шведска институција остала је дуго времена шведска ексклузивност и нешто што није постојало ни у једној другој држави. Више од 100 година требало је да прође да неко крене шведским стопама. То се по први пут десило у земљи која је дуго била под утицајем, али и у сукобима са Шведском, у суседној Финској 1919. године. Међутим, то још није значило неко значајније ширење институције омбудсмана. Шведски модел није у свету наишао на веће интересовање, нити је Шведска ишта учинила да своју институцију приближи другим земљама.

За ширење идеје омбудсмана у свету много мање је значајна земља творац ове институције – Шведска, од њеног мањег суседа Данске. Наиме, Данска је као трећа земља у свету увела у свој систем институцију омбудсмана Уставом из 1953. године. Од тада долази до правог ширења омбудсмана по свету, тако да поједини аутори говоре о „омбудсманији”¹ и то углавном по узору на Данску, а не Шведску. Има више разлога што је Данска заслужна за процват ове институције.

Најпре, дански модел омбудсмана је био једноставнији и није подразумевао контролу судова, по чему је Шведска једна од ретких земаља у свету. С друге стране, први дански Омбудсман Стефан Хурвиц (Stephan Hurwitz), изабран марта 1955. године, био је човек изузетне енергије и пун жеље да ову лепу институцију представи онима којима је била непозната. Хурвиц је био неуморан путник и пропагатор идеје омбудсмана.

Стопама осталих скандинавских земаља кренула је и Норвешка 1962. године, када је донела свој Закон о омбудсману. То је, иначе, период када се омбудсман појављује и ван Европе, али то не представља предмет проучавања овог рада.

Посматрајући остале земље Европске уније, следећа земља која је увела институцију омбудсмана у свој систем је била је Велика Британија, где је 1967. године омбудсман уведен под називом Парламентарни комесар за управу. Од 1969.

¹ в. М. Јовичић, *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969., стр. 7.

године омбудсман постоји и у Северној Ирској. Наредна земља Европске уније која је увела институцију омбудсмана је била Француска 1973. године, која га зове Медијатором. Потом омбудсмана уводи 1975. године Португалија, а као колективно тело уводи га и Аустрија 1977. године, под називом Народно правобранилаштво. Република Ирска је омбудсмана створила 1980. године. Током 1981. године институција омбудсмана је установљена и у Холандији и Шпанији. За Белгију је карактеристично да је увођење омбудсмана кренуло кроз стварање локалних омбудсмана за поједине градове (први је био Антверпен 1991. године). Потом долази до стварања Омбудсмана фламанске заједнице 1992. године, а 1995. године је створен и Медијатор Валоније. Коначно, 1996. године у Белгији је створена и институција федералног омбудсмана, која се састоји од два омбудсмана: један омбудсман који говори холандски и други омбудсман који говори француски. Последња држава Европске уније која је увела омбудсмана је Грчка, која је то учинила тек 1998. године, под називом заштитник грађана.

За Немачку је карактеристично да нема националног омбудсмана, надлежног за читаву државу. Једина таква, али специјализована, институција која је уведена још 1956. године јесте војни омбудсман. Он штити права војних лица на читавој територији СР Немачке, односно штити грађана од неправилног рада војних органа. Поред тога, у Немачкој постоје омбудсмани у четири покрајине (земље), који се називају повереницима грађана (Bürgerbeauftragte). Најпре је ову институцију увела покрајина Рајнланд Пфалц (Rheinland-Pfalz) 1974. године, а затим Шлезвиг Холштајн (Schleswig-Holstein) 1988. године. Након уједињења Немачке још две покрајине из некадашње источне Немачке су увеле омбудсмана, а то су Мекленбург-Форпомерн (Mecklenburg-Vorpommern) 1995. године и Тирингија (Thüringen) 2000. године.

За Италију је такође карактеристично да не постоји један национални омбудсман за читаву државу, него да га имају поједине провинције. Прва га је увела Тоскана још 1974. године, а данас постоји у шеснаест од двадесет провинција. Исто тако, у овој земљи постоје и регионални омбудсмани (укупно петнаест), као што постоје и локални омбудсмани у 300 општина!

Једина земља Европске уније која још увек нема институцију омбудсмана, а у којој изгледа не постоји ни намера да се она уведе, јесте Луксембург. У Луксембургу, као у Немачкој, постоји одбор за петиције при парламенту и Луксембуржани то сматрају довољним за заштиту права грађана.

3. Положај омбудсмана

Изворно посматрано, омбудсман представља вид парламентарне контроле управе, тако да класичан модел омбудсмана подразумева да га бира и разрешава парламент. Такво решење је присутно у свим скандинавским земљама, као и у већини осталих земаља Европске уније. Међутим, у том погледу постоје и одређени изузеци.

У Великој Британији Парламентарног повереника за управу поставља и разрешава Круна. Но, у пракси се то одвија тако што Краљица поставља омбудсмана на предлог премијера, а уз претходне консултације са лидером опозиције и председником Изборног комитета. Иако се зове „Парламентарни повереник за управу“, он није и не може да буде члан парламента. Према томе, могло би се рећи да британског омбудсмана фактички бира извршна власт, што теоријски посматрано, одудара од уобичајених стандарда. Будући да је улога омбудсмана да контролише управу, као део извршне власти, његова позиција је слабила него да га бира парламент. Једина гаранција независности британског омбудсмана је сталност његове функције. Наиме, функција омбудсмана је трајна, тако да у нормалним околностима престаје тек одласком у пензију са 65 година живота. Да би био опозван са функције, потребно је да већина у оба дома парламента изгласа да се омбудсман није добро држао („good behaviour“).

Француски систем је још необичнији од британског. Наиме, француског Медијатора директно именује француска влада, односно Министарски савет. Он се именује декретом Министарског савета на период од шест година. Што се тиче положаја Медијатора, могло би се рећи да је он у суштини саставни део извршне власти, Шта више, такав статус је потврдио и француски Државни савет, који је својим решењем од 10. јула 1981. године заузео став да Медијатор припада управној власти! Ефикасност такве институције која сама припада управи, а треба да контролише управу, већ у зачетку је доведена у питање. Једино што може да допринесе независности Медијатора, јесте чињеница да се ова функција не може обновити. Према томе, независно од резултата рада и од тога колико се рад Медијатора допао или није допао Министарском савету, он ту функцију не може обновити. Тиме је фактички лишен обавезе да евентуално ублажи критику рада Министарског савета, односно министарстава, не би ли био поново изабран на функцију. Оваква необична решења присутна у Француској, проузрокована су великим отпором који је у овој земљи постојао приликом увођења институције Медијатора. Уместо да избегне да створи ову институцију, у Француској је створен омбудсман који је одговарао потребама владајућих кругова у овој земљи, а који по рад управне власти није нарочито опасан.

Слично француском систему, али довољно различито, регулисано је питање избора омбудсмана у Грчкој. Наиме, у овој земљи постоји комбинација два система. Омбудсмана бира Министарски савет, али га предлаже одговарајући Парламентарни комитет за институције и транспарентност. На дужност ступа на основу председничког декрета. Грчки омбудсман се бира на период од пет година и, као у Француској, не може поново бити изабран на ту функцију.²

² Први грчки омбудсман Никифорос Диамандурос је након истека мандата изабран за омбудсмана Европске уније.

4. Улога омбудсмана

Улога омбудсмана је у већини земаља слична, при чему се јављају и одређене разлике у карактеру и обиму овлашћења. Предмет контроле коју врши омбудсман је у највећем броју земаља означен као „лоше вршење управне делатности“ („maladministration“). Начелно посматрано, контрола коју врши омбудсман није усмерена првенствено на контролу законитости рада управе, већ више на контролу целисходности. То не значи да омбудсман не може да контролише и законитост, али је у већини земаља систем правне заштите грађана (укључујући управни спор) уређен на задовољавајући начин. Међутим, не постоје правни инструменти за заштиту грађана од ситних и крупних неправди, шиканирања, спорости у решавању, некоректног односа према појединцима и сл. За све такве случајеве грађани немају коме другом да се обрате осим омбудсману. У неким земљама је улога омбудсмана сведена на консултативну и иницијативну, док му се у одређеним државама дају и прецизна правна овлашћења.

Контрола коју врши омбудсман простира се начелно на све државне субјекте и јавне службе, са изузетком појединих државних органа (најчешће се контрола не односи на владу као целину, премијера и сл.). У земљи која је створила институцију омбудсмана – Шведској – контрола коју врши омбудсман се простира и на судове. Међутим, та контрола је ограничена на саму процедуру, а никада се не може тицати мериторне одлуке коју судови доносе. То значи да се омбудсман не може мешати у пресуђивање, већ само у одвијање поступка, третман странке и сл. Поред Шведске, од свих земаља Европске уније овакву улогу омбудсмана су предвидели још само у суседној Финској, која је као друга земља на свету прихватила доследно шведски модел. У свим осталим земљама Европске уније омбудсман није овлашћен да се меша у рад судова, у било ком погледу. Ово се правда потребом очувања принципа независности судова, јер се сматра да би било какво мешање омбудсмана у рад судова могло да доведе у питање њихову независност. То значи да у највећем броју земаља Европске уније омбудсман првенствено контролише поједине органе управе, укључујући полицију, затим управе затвора, војне органи (у Немачкој, као што је већ речено, постоји посебни војни омбудсман), као и читав низ различитих јавних служби у области социјалног старања, образовања, здравства и сл.

5. Поступак контроле

Поступак контроле коју врши омбудсман започиње на два начина. С једне стране, могуће је да омбудсман започне истрагу по службеној дужности, што се најчешће периодично чини у односу на оне институције чијим припадницима је отежано нормално комуницирање са омбудсманом (нпр. затворске установе, установе за лечење ментално оболелих лица и сл.). Но, независно од тога, омбудсман може по сопственој иницијативи започети истрагу и у било ком другом случају када има лично сазнање да за тако нечим постоји потреба. У осталим

случајевима, много чешћим у пракси, поступак контроле започиње на основу притужбе неког грађанина, чија су права повређена радом неког органа управе.

Притужбе на рад државних органа може да упутити било који грађанин, који у неким земљама не мора бити ни лично легитимисан. Подношење притужби је лишено свих формалности, како би то могао да учини сваки просечан грађанин. Могу се поднети у писаној или усменој форми, а тамо где се инсистира на писаној форми, грађанима у састављању притужбе помажу стручна лица службе омбудсмана. Анонимне притужбе се, по правилу, не прихватају, али омбудсман може да делује по службеној дужности, а за то повод може да му буде и анонимна притужба, која се иначе не прихвата као обавеза за покретање поступка.

У односу на остале земље Европске уније, постоје одређена одступања од правила о непосредном контакту грађана са омбудсманом у Великој Британији и Француској. Наиме, у ове две земље грађанин не може омбудсману директно да се обрати, већ посредно. У Великој Британији се незадовољни грађанин обраћа члану Парламента са својом притужбом на рад управе, који даље, уколико сматра да за тим постоји потреба, притужбу прослеђује омбудсману.³ У Француској постоји још компликованији систем. Наиме, грађани своје притужбе могу предати депутатима (посланицима доњег дома) или сенаторима, а они их прослеђују омбудсману, уколико процене да је то потребно. Но, од 1986. године француски Медијатор ни не прима све притужбе, него их посланици и сенатори прослеђују делегатима Медијатора, који постоје у сваком департману. Све притужбе које делегати реше на нивоу департмана, уопште ни не стижу до Медијатора.

Уколико омбудсман не одбаца притужбу, започиње истрага. По правилу, омбудсман не спроводи истрагу ако грађанину стоји на располагању неки правни поступак, односно правно средство, него у таквим ситуацијама чека крај и исход тог поступка. Ово правило је у неким земљама прихваћено без изузетка, док се у Шведској омбудсман упушта у разматрање притужбе и пре завршетка правног поступка, уколико се притужба односи на саму процедуру, а не и на меритум одлуке.

Како би се установило право стање ствари, омбудсман има потребу да контактира са одговарајућим органима управе. Контакт омбудсмана са органима управе успоставља се на различите начине, а основна дужност органа управе јесте да омбудсману помажу⁴ и да му у сваком случају одговоре на захтев.

Основно овлашћење које имају омбудсмани у свим земљама, јесте право приступа документима. То значи да се омбудсману морају ставити на увид сви тражени документи појединог предмета како би могао да изврши свој задатак.⁵

³ Према статистици која се води о притужбама грађана, чланови Парламента проследи отприлике половину примљених притужби.

⁴ У Аустрији је обавеза сарадње органа управе са омбудсманом (Народним правобранилаштвом, како се у овој земљи зове) подигнута на уставни ниво, тако што је предвиђено да органи управе морају да помажу омбудсману (Устав Републике Аустрије, §148, став 1).

⁵ У Шведској у том погледу не постоје никакви изузеци, без обзира на степен тајности, тако да нема докумената који би омбудсману били недоступни. Но, у већем броју земаља постоје изузеци, па се документи одређеног вишег степена поверљивости не дају омбудсману.

Поред контаката преко писаних докумената, омбудсман је овлашћен и лично да посети одређени орган, а у случају да ступа у дејство у току одређеног поступка, шведски омбудсман има право и да присуствује одређеним радњама, што иначе у другим земљама углавном није случај.

Исход спроведене истраге може бити различит. Уколико се утврди да не постоје никакве повреде, истрага се завршава без критике органа управе, односно то представља својеврсно одбијање притужбе, чиме се даје за право конкретном органу. Но, ако се утврди да је било одређених пропуста, омбудсман нема никаквих мериторних овлашћења која би му омогућавала да акте управе измени, укине или поништи. У већем броју земаља може једино да упути критику одговарајућем органу и препоруку како би уочени недостатак требало отклонити. Само у мањем броју земаља препоруке омбудсмана имају и правно обавезујући карактер.

Поред овог директног утицаја омбудсмана на рад органа управе, он може у многим земљама да покрене дисциплински, па и кривични поступак против извесног службеног лица, као и да предложи парламенту разрешење функционера. Најзад, омбудсмани већег броја земаља имају и право законодавне иницијативе ако сматрају да до проблема у функционисању управе долази због нормативних недостатака.

Сва ова овлашћења којима омбудсман остварује своју улогу, указују на чињеницу да се не ради о потпуно чврстим правним овлашћењима (изузев малог броја земаља), те да његово место у политичком систему и стварни утицај зависе првенствено од ауторитета личности која ове послове обавља. У томе омбудсману помаже и обраћање јавности кроз средства јавног информисања, као и састављање годишњег извештаја у који се уносе сви случајеви уочених грешака у раду управе у протеклом периоду.⁶

Деловање омбудсмана и сама чињеница његовог постојања имају и велики психолошки ефекат. С једне стране, управа је свесна чињенице да постоји посебан и независан контролор њеног рада, па се унапред труди да не постане предмет његове критике (понекад се органи управе обраћају омбудсману и унапред, у спорним случајевима, како би избегли каснију критику). У том смислу, омбудсман извесно врши велико превентивно дејство и без великих правних овлашћења. “Омбудсман спада у ред оних установа чији се значај и улога не мере искључиво по ефектима њиховог рада, већ који врше своју функцију и не радећи ништа”.⁷

С друге стране, велико психолошко дејство постоји и у односу на грађане, јер су свесни да постоји посебна и специјализована институција којој могу да се обрате са својим притужбама на рад управе. То сазнање, да постоји посебно тело које ће контролисати управу и коме грађани могу непосредно и без икаквих посебних формалности да се обрате, изузетно је значајно за појединце јер им пружа одређену сигурност.

⁶ Познато је да се шведски функционери труде по сваку цену да се њихово име не нађе у годишњем извештају омбудсмана, а такву “част” воле да избегну и функционери у другим земљама.

⁷ М. Јовичић, Омбудсман – чувар законитости и права грађана, стр. 9.

6. Омбудсман европске уније

Поред омбудсмана на националном нивоу, на нивоу земаља чланица Уније, релативно рано се јавила идеја и о потреби стварања наднационалног омбудсмана, тј. омбудсмана Европске уније.

Још 1979. године Европски парламент је усвојио резолуцију у којој се изражава мишљење о потреби и оправданости стварања Европског омбудсмана.⁸ 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 држављанства.

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 механизма, а један од њих се тичао 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 представки Европском омбудсману, поред права на подношење петиција Европском парламенту. 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). Истеком његовог мандата 2002. године за новог омбудсмана је изабран бивши грчки омбудсман Никифорос Диамандурос.⁹

Европског омбудсмана поставља Европски парламент и мандат му траје онолико колико и мандат Парламента. Пре ступања на дужност, Европски омбудсман полаже заклетву пред Судом правде. Омбудсману се гарантује независност и не смеју му се давати никаква упутства, нити он сме да их тражи од било кога. 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.

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 рад оних тела која припадају самој Европској унији. За недостатке у раду органа управе појединих земаља, надлежни су национални омбудсмани. Будући да Унија још увек нема

⁸ Резолуција је објављена у Службеном гласилу из 1979. године Ц 140, стр. 153.

⁹ Више о Омбудсману Европске уније у мом чланку „Омбудсман Европске Уније“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1-3/2002., стр. 51-60.

бројну администрацију, односно такву која непосредно контактира са грађанима, активност Европског омбудсмана не може бити нарочито обимна.

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 институт, 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 превоз тела Уније, служба за публикације и сл.

Поступак контроле може почети на два начина. С једне стране, поступак контроле може почети на основу представке грађанина или, с друге стране, може почети по службеној дужности.

Право подношења представке имају сви држављани Уније. То право имају и сва друга лица, без обзира на држављанство, уколико имају пребивалиште у некој држави Уније. За правна лица је услов да им је седиште регистровано на подручју неке државе чланице Уније. Представке се могу поднети непосредно Омбудсману или посредно преко члана Европског парламента.

Као и у појединим земљама Европске уније тако и Омбудсман Уније спроводи истрагу о појединим предметима. 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.¹⁰ 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 нареди њихово отклањање. У складу са уобичајеном улогом омбудсмана, он може само да упуту 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

¹⁰ Према годишњем извештају за 2001. годину 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.

за решење спора.¹¹ 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.¹² 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.¹³ 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.

7. Уместо закључка

Развој институције омбудсмана текао је у земљама Европске уније са сличним тенденцијама као и у другим земљама. По узору на Шведску, скоро све земље Европске уније су увеле ову институцију у свој правни и политички систем. Изузетак је једино Луксембург у коме ова институција уопште не постоји.

Посматрајући положај и улогу омбудсмана у земљама Европске уније, могу се уочити одређене разлике. Изворни шведски модел подразумева да је у питању парламентарни повереник за контролу управе и тај систем је прихваћен у највећем броју земаља, изузев Велике Британије, Француске и Грчке. Ове прве две земље су различите и у погледу начина на који се грађани обраћају омбудсману, јер они то чине посредством чланова парламента. У свим осталим земљама Уније грађани могу омбудсману директно да се обрате. Предмет контроле је у свим земљама правилност рада управе, док се Шведска, а по њеном узору и Финска, разликују од

¹¹ Током 2001. године су поступци које је покренуо Европски омбудсман решени на овакав начин у само два случаја!

¹² Овако је решено 31,62% случајева у 2001. години.

¹³ 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.

свих осталих земаља Уније по томе што омбудсман у овим земљама може да контролише и судове, али само у процедурном смислу, а не и у погледу пресуђивања.

Овлашћења омбудсмана да интервенише су веома слично уређена у свим земљама уније. Његово основно овлашћење је да изда органу управе препоруку како би требало отклонити недостатак, а може и да покрене дисциплински, па и кривични поступак против извесног службеног лица, као и да предложи парламенту разрешење функционера. Најзад, омбудсмани већег броја земаља имају и право законодавне иницијативе ако сматрају да до проблема у функционисању управе долази због нормативних недостатака.

Незауостављиво ширење ове институције обележено је и стварањем и наднационалног Омбудсмана Европске уније, коме се грађани земаља Уније могу обраћати са притужбама на рад органа и тела Европске уније.

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

Ombudsman in Member States of the European Union

Abstract

Nearly all member states of the European Union, with the only exception of Luxembourg, have the institution of ombudsman. The role and position of ombudsman is regulated almost uniformly, with few exceptions. The most common solution is the ombudsman as a parliamentary body authorized to control the work of administration, criticize its work, issue recommendations, initiate disciplinary and criminal proceedings against officials and recommend their dismissal, with the right of legislative initiative. None of these countries empowered ombudsman with any meritorious authority against administration.

*Др Ранко Кеча, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

О ПРОМЕНАМА ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ¹

Сажетак: Предлог за промену Закона о парничном поступку Радне групе Друштва судија Србије, послужио је као повод да се укаже на дефекте који се систематски испољавају у законодавном методу, укључујући формулисање решења у регулативама грађанског судског поступка у целини. Наведене мањкавости нису сагледане а такође ни отклоњене приликом формулисања предложених промена парничне процедуре. Указује се на систематско постојање правних али у готово истој, ако не и у наглашенијој мери, ванправних уплива који се марају узети у обзир и максимално уважити ако се жели унапређење овог вида правне заштите. Оцена је да у предложеној иницијативи таквог приступа нема и да га је неопходно гарантовати и обезбедити.

Кључне речи: Закон о парничном поступку, судови, преоптерећеност судства, парцијалност законодавног приступа, грађански судски поступак, парнични поступак.

I

Више година у научној и стручној јавности присутна је идеја о новелирању или потпуној реконструкцији грађанског судског поступка укључујући и парнични поступак. У одређеним фрагментима та је идеја добила одговарајући нормативни израз. У домену земљишно књижног поступка имала је радикалне последице јер је резултирала потпуним напуштањем концепције обезбеђивања судске заштите у

¹ Као повод за овај рад је послужио материјал Радне групе Друштва Судија Србије, о припремама промена Закона о парничном поступку који је аутор добио почетком 2004. године.

поступку евиденције фактичких и правних стања на непокретностима.² Нова регулатива је уследила и у материји судског извршног поступка.³ Познато је да је

² Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, Службени гласник РС, бр. 83/1992, 53/1993, 67/1993, 48/1994, 12/1996, 15/1996, 34/2001, 25/2002, уписи права на непокретностима су са судских пренети на управне органе – Републички геодетски завод. Ово решење је било предмет систематске и веома често сасвиом засноване научне и стручне критике. Низ проблема који се тицао евиденције непокретности и уписа права на непокретностима, уз снажно присуство проблема недовољног ажурирања евиденције и свих осталих материјалних добара па и људи, импутиран је пре свега недостацима система земљишних књига и земљишно књижног поступка наслеђеног из правног система Краљевине. Сасвим је запостављена чињеница да су реално присутни проблеми у овој области знатно више последица конкретног контекста социјалистичког друштва и систематских ограничења која су маргинализовала значај приватне својине резултирајући поред осталом веома наглашеним раскорак између фактичких и правних стања.

³ Законом о извршном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 28/2000, 73/2000, 28/2001, уређена је материја судског извршног поступка укључујући и поступак обезбеђења. Ни овај законодавни подухват, заснован на претходно заузетом ставу о потпуној неефикасности раније важећег закона о извршном поступку из 1978. године (Службени лист СФРЈ, бр. 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990, 35/1991, Службени лист СРЈ, бр. 27/1992, 31/1993, 24/1994.) као и општеприхваћеном приступу да његова решења фаворизују позицију дужника у поступку, није у свему пример сасвим успешног и перфектно редакцијски уобличеног акта. Закон о извршном поступку од 30. јуна 2000. године из више разлога представља неуспешан законски текст. Пре свега због тога што је у значајној мери заснован на недоследној и једностраној критици претходног закона и уз широко ослањање на општа места. Крајем деведесетих година прошлог (двадесетог) века, Закон о извршном поступку из 1978. године постаје предмет све снажније критике научне и стручне јавности. У најопштијим оквирима дискредитује се на бази идеолошких квалификација. Сматра се текстом који је у свему израстао из вредности већ превазиђеног система друштвених (самоуправних) односа. Указује се на потпуну неефикасност закона јер својим компликованим а често и непрецизним правилима поступања обесмишљава овај вид правне заштите. У наведеном смислу нису биле усамљене ни оцене по којим поступање извршног суда прати комплекснија процедура од оне у којој је донета пресуда којом се утврђује постојање одређеног потраживања. Критикована су и решења којима се фаворизовала позиција дужника у извршном поступку. Тексту се замерало да је постао кочница рада правосудних органа и да тиме у значајној мери дерогира ефекте парничног поступка доприносећи општој правној недисциплини грађана. У критици се претеривало а нису изостале ни паушалне оцене. У ствари, закону се замерало и оно што се требало и морало остварити применом других прописа – пре свега оних којима се уређује поступак стечаја и ликвидације правних субјеката. Одсуство политичке воље да се примени процедура генералног, општег извршења према инсолвентном дужнику деградирала је у одлучујућој мери смисао индивидуалног извршења јер оно претпоставља постојање и примену коректива садржаних у стечајним прописима. Појавила се пракса за коју нема примера у развијенијим правним системима да је дужник сам блокирао своје рачуне у циљу изигравања поверилаца уз истовремено отварање нових преко којих је несметано пословао. Санкције није било. Закон је, даље, узиман као разлог неефикасности инструмената којим се обезбеђује извршење уговорних обавеза. Сасвим се губило из вида да је тај проблем последица неразвијености система обезбеђења уговорних обавеза у нашем праву у целини, а пре свега у законодавству о облигационим и стварноправним односима. У значајном делу томе је доприносило и катастрофално стање у домену фактичких и правних евиденција непокретности. Сасвим су запостављени организациони моменти који су додатно утицали на неефикасност извршног поступка. Ефикасност поступка је угрожавао и недовољан број судија којима је поверено вођење поступка уз њихов, у свим сегментима, лош, могло би се рећи, понижавајући друштвени статус. У потпуности је игнорисан крајње неповољан и нестабилан друштвени контекст у којем се остваривала примена закона. Озбиљнија и одговорнија критика Закона о извршном поступку из 1978. године сигурно би уочила значајне недостатке овог текста. У претежном делу ти недостаци би одговарали оним који су антиципирани али би се, с друге стране, повело више рачуна о стицају низа спољашњих утицаја који негативно партиципирају на остваривање правне заштите. Подухват би подразумевао и водио рачуна томе да постоји озбиљан дефекат постојећег правног система и општа нестабилност друштвених односа

доношењем више закона, остварена је промена организационог процесног права. Те су се промене неминовно рефлектовале у домен функционалног процесног права па се у тој димензији испољавају као акти трансформисања до тада важећег поступка остваривања правне заштите. Већ сада се може нагласити чињеница да је рецепција овог новог правосудног законодавства резултирала низом трауматичних последица и инцидената до сада непознатих у нашем али и упоредним правима.⁴ У целини

која се значајно рефлектује на проблематику извршења. У сваком случају Закон о извршном поступку из 1978. године престао је да буде поуздан инструмент остваривања оних циљева због којих је инкорпорисан у правни систем. Требало га је заменити новим и квалитетнијим. До новог законског текста се морало доћи ангажовањем свих расположивих потенцијала и уз максимално уважавање идеје да је, у више правца, реч о изузетно комплексном законодавном подухвату. То се, међутим, није догодило. Веома брзо и без одговарајућих припрема може се рећи кампањски уследило је доношење новог закона са претензијом да се тим радикално раскрсти са ранијим решењима. У томе се сасвим успело али на најлошији могући начин. Методолошки приступ редактора овог закона био је површан и најчешће екстреман. У жељи да се афирмише једно правно начело потиснута су и угрожена сва остала процесна начела укључујући и она вишег ранга. Жеља за бржим и ефикаснијим остваривањем извршења резултирала је, дакле, жртвовањем знатно важнијих начела и вредности. Закон је успео у ономе што је у добро организованим правима "немогућа мисија". Сасвим је ефикасан у неефикасном правном систему. Неке одредбе овог закона, посебно оне о достављању, основано постављају питање да ли се важећем извршном поступку може говорити као о правном поступку или се тим путем створила и изградила фактичка творевина. Тешко је наћи оправдање за идеју по којој се одређени проблеми везани за установу достављања у нашем праву могу превазићи њеном симулацијом путем оглашавања на огласној табли суда. Према члану 7. Закона о извршном поступку из 2000. године, по правилима о личном достављању доставља се само решење по предлогу за извршење и решење по приговору на решење о извршењу. Сва остала достављања врше се преко огласне табле суда. Законом су сви правни лекови извршног поступка редуковани само на један – приговор. (Члан 8, члан 49. до 54. Закона о извршном поступку из 2000. године). У Закону о извршном поступку из 2000. године изгубило се, дакле, уставно право на жалбу. Трећим лицима је одузета могућност истицања излучних захтева. До одлагања извршења могло је доћи само по предлогу повериоца (Члан 59. до 62. Закона о извршном поступку из 2000. године). Посебан проблем створила је примена прелазних и завршних одредаба којима је регулисано питање ступања на снагу овог прописа. Прописано је његово тренутно важење. У питању је метод сасвим непознат у упоредној процесној регулативи али и у нашем ранијем законодавству. Ступањем Закона на снагу безброј предмета се нашло "ни на небу ни на земљи". Судови, странке, трећа лица су се суочили са готово нерешивим проблемом - како поступати у поступку који је покренут правним средством које је престало да постоји. Изимајући идеју о неопходности бржег и ефикаснијег остваривања извршења, у готово свему осталом Закон о извршном поступку из 2000. године може се сматрати неуспешним законодавним подухватом. Као доказ да је важећи пропис који уређује материју судског извршног поступка оптерећен многим може се рећи системским недостацима најбоље потврђује и чињеница да се веома брзо појавио предлог да се по хитној процедури донесе нови Закон о извршном поступку.

⁴ Раније је регулисање судског система у Републици Србији била уређена једним прописом – Законом о судовима (Службени гласник РС, бр. 46/1991, 60/1991, 18/1992) поменути материју сада регулише више закона: Закон о уређењу судова (Службени гласник РС, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003), Закон о судијама (Службени гласник РС, бр. 63/2001, 42/2002, 17/2003, 27/2003), Закон о Високом савету правосуђа (Службени гласник РС, бр. 63/2001, 42/2002, 39/2003, 41/2003) и Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва (Службени гласник РС, бр. 63/2001, 42/2002). У материјалу који је припремила радна група Друштва судија, стр. 12, већ наглашени су основни проблеми који су су пратили судбину наведених правосудних прописа пре свега путем интервенисања у оргинерни текст ових закона које је уследило непосредно по њиховом доношењу. Основни смисао предузетог новелирања изворних редакција била је тежња за суспендовањем или ограничењем оних решења која су доприносила даљој еманципацији судске власти. То је резултирало потребом за одговарајућим интервенцијама Уставног суда Србије. Посебно значајан проблем представљала је чињеница, да ни после

посматрано оно што је већ остварено у домену појединачних регулатива грађанског судског поступка не може носити атрибут сасвим успешних нормативних подухвата. Све то упућује на закључак да будућа новелирања треба знатно боље припремити и координирати.

Планирају се одговарајуће промене у оквирима неких других ванпарничних материја. Очекује се доношење нових стечајних прописа а такокође и преношење неких ванпарничних ствари у ингеренцију јавних бележника, нотара. Све је снажније артикулисана идеја о неопходности посебне регулативе изабраног, арбитражног судства.

II

Заједничко обележје већ остварених промена јесте то да је до њих, по правилу, долазило парцијално уз изостајање потребне координације новоуспостављених режима са ширим али и непосредно повезаним регулативама. У низу аспеката те промене нису допринеле стабилизацији правног система нити су принципијелно поправиле стање обухваћено новим нормативама.

Наведени приступ прати и материје које тек у перспективи требају да буду предмет новог законодавства укључујући и регулативу парничног поступка. Елементарно формулисан законодавни метод би подразумевао претходно давање, што је могуће прецизнијих, одговора на више питања и проблема. Тек тада се стварају услови да нова нормативна решења реално, а не фингирано, гарантују усавршавање важећег модела остваривања правне заштите. Потребно је јасније раздвојити (евентуалне) манкавости постојеће процедуре од низа других утицаја, правних или ванправних дефеката, који се често, и сасвим неоправдано, импутирају недостацима парничног поступка. У наведеном светлу треба формулисати став о оправданости и садржају евентуалних промена а затим, у случају потврдног одговора, поставити питање оптималне временске динамике и испуњења неких других предуслова од којих зависи успешно функционисање овог система правне заштите. Потребно је, даље, одговорити на питање да ли парнични поступак, али и сваки други поступак остваривања правне заштите субјективних грађанских права, треба остварити као парцијалан и другим материјама безусловљен подухват или се одлучити за нешто спорији и по нашем мишљењу перспективнији приступ да се

две године од ступања на снагу ових прописа, није успостављена она организација суког система која је њима одређена. У више наврата одлаган је рок за примене нових прописа о организацији и надлежности судова да би се на крају 2003. године судство нашло у правном вакуму незабележеном у аналима домаћег и упоредних правних система. Раније важећа организација судова и надлежност је престајала да важи 31. XII 2003. године а нову судови - апелациони судови и Управни суд још нису били формиран. Распуштањем Народне скупштине престала је могућност да се изменама и допунама Закона о уређењу судова примена новоуспостављених решења пролонгира за још неко време како је то било у више наврата. Проблем је, у правно техничком али не и у суштинском виду, делимично ублажен доношењем привремене мере Уставног суда Србије. Овај колоквијални приказ проблема у домену организационог процесног права сасвим јасно показује да веома значајни проблеми у функционисања судске власти произилазе из неодговорног, може се рећи игнорантског понашања других видова власти – како законодавне тако и извршне.

потреба за променом, или бар преиспитивањем, постојећег модела правне заштите коју гарантује парнични поступак искористи као повод да се преиспита садржај и квалитети грађанског судског поступка у целини и у том светлу вредност постојећег концепта парничне процедуре. У случају позитивног одговора, без обзира да ли се одлучи за одвојено регулисање појединих материја или за евентуалну јединствену регулативу грађанског судског поступка – а то је исто питање које заслужује примерену пажњу и одговор – приступити одговарајућим законодавним захватима уз пуну свест о значењу сваке промене и њеном непосредном дејству или рефлексији на неке друге форме остваривања правне заштите које у конкретном случају нису биле непосредан предмет новелирања.⁵

III

Потребно је имати у виду да би евентуална промена парничне регулативе, већ сада или у блиској будућности, подразумевала постојање једног изузетно неповољног правног али и друштвеног контекста. Правни систем у којем би се приступило једном таквом уобличавању заправо не постоји јер је систематски деградиран и доведен у најлошије могуће стање. Стално супростављање али и упоредно коегзистирање два сасвим супростављена принципа у успостављању односа према уставном систему затеченом из претходног периода, руинира сваку идеју правности. Готово у подједнакој мери, али различитим поводима, спроводи се идеја о потпуног дисконтинуитета и непоштовања (још увек важећих) уставних и законских регулатива док се другим поводима инситира на њиховом уважавању и заштити. Одлучујуће је питање да ли се решења нове парничне али и сваке друге нормативе уопште могу испешно уобличити без постојања уставноправне подлоге и у ситуацији потпуне атрофије правног система. Одговор не може бити позитиван. Тешко је замислити успешно профилисање парничне процедуре, макар приликом формулисања основних начела и одређивања основних структура и установа поступка, а да претходно све то није добило одговарајући уставноправни израз или бар назнаку. Дакле редослед потеза би морао бити крајње једноставан. Прво нови текст устава а затим и евентуално нови пропис којим би се у целини регулисао парнични (или грађански судски) поступак. Ако се очекује, или бар не искључује,

⁵ Да би смо илустровали наведени став указујемо на одређена питања која се већ сада појављују као могући проблем или дилема чије решење захтева одговарајући приступ. Приликом новелирања парничног поступка потребно је имати у виду да се, исто тако, планирају промене у домену ванпарничне процедуре узег значења. Са становишта правног уређења парничног поступка није свеједно која ће се концепција ванпарничног поступка прихватити приликом будућег регулисања ванпарничне процедуре и обрнуто. Ако се прихвати концепција ванпарничног поступка као посупка који се ограничава на неспорне правне ствари то се неминовно мора одразити и на постојећу структуру парничног поступка и потребу за увођењем још неких нових посебних поступака. Доношење закона о јавном бележнику, нотару подразумева и редифинисање правне заштите у оквирима ванпарничне процедуре. Ако се у прописима који уређују положај јавног бележника евентуално усвоји решење о томе да нотаријално оверен уговор може бити принудно остварен такво решење мора бити координирано са одговарајућим изменама извршне процедуре и уношењем овог уговора у групацију извршних исправа на основу којих се одређује принудно извршење.

доношење низа прописа из домена грађанског права у најширем значењу појма у могућност доношења и посебне кондификације у виду грађанског законика, тада инструментална природа судског поступка претпоставља да се приликом његовог концепирања рачуна са решењима материјалног права и сачека до доношења тих прописа.

IV

Редактори сваког прописа из домена остваривања правне заштите, без обзира да ли се ради о регулативи која уређује судски систем или се ради о регулативи која уређује правила процедуре у одређеном домену остваривања правне заштите, морају бити свесни да је, у свакој варијанти, неопходно остварити потребан склад организационе нормативе са законским решењима функционалног типа. У ранијем периоду то није било сасвим лако ни једноставно. Подељеност законодавних компетенција чинила је знатно комплекснијим процес хармонизовања организационих са решењима функционалног процесног права.⁶ Као што је

⁶ Као илустрација да несклад организационог са функционалним процесним правом може имати шире последице од оних које се имају у виду приликом парцијалног редакцијског подухвата може да послужи још актуелни проблем у домену правних лекова. Испољава се као недостатак још једне инстанце која би ревизији и захтеву за заштиту законитости републичког јавног тужиоца обезбедила квалитет и обележје типичано за наведене правне лекове. Ревизија (као и захтев за заштиту законитости) већ по дефиницији јесу правни лекови деволутивног својства о којима би морао одлучивати суд вишег ранга од оног који је донео пресуду побијану правним леком. То својство се гарантује када је првостепену надлежност у одређеном спору има општински суд, суд жалбе је окружни а ревизијски суд јесте Врховни суд Србије. Проблем настаје у оним споровима у којима у првом степену поступа окружни суд, суд жалбе јесте Врховни суд Србије који исто тако поступа по ревизији. У овом последњем случају недостатак једне инстанце се покушао решити посредством правила о другачијем (ширем) саставу Врховног суда када одлучује по ревизији у односу на онај састав у којем одлучује по жалби (члан 44. став 4. Закона о парничном поступку). Тиме се, међутим, нису отклонили недостаци једне, више, судске инстанце. Наведени проблем делимично ублажава чињеница да је претежан део првостепене надлежности још увек поверен општинским судовима. Увођење апелационог судства и одузимање инстанционе надлежности окружним судовима да одлучују по жалби, у светлу донетог али још не примењеног Закона о уређењу судова, обезбеђује вишу инстанцу у пуном значењу појма представљајући пример потребног координирања решења садржаног у организационом са решењима функционалног прописа. С друге стране, велико је питање да ли су редактори цитираних правосудних прописа из 2001. године уопште рачунали са могућношћу да ће парнични поступак пред општинским судовима у претежном делу бити вођен пред судијем појединцем а ови судови имати својство инокосних судова. Новелом Закона о парничном поступку из 2002. године (Службени лист СРЈ, бр. 3/2002), члан 43. став 1, прописано је да судија појединац суди спорове о имовинско – правним захтевима ако вредност предмета спора не прелази износ од 300 000 динара. Исти износ по члану 382. Закона о парничном поступку јесте услов за допуштеност ревизије у оним споровима у којим се допуштеност овог правног лека условљава вредношћу побијаног дела пресуде или вредношћу предмета спора. На основу 22. став 1. тачка 4, а контрарио, може се закључити да општински суд суди само у оним имовинским споровима у којима вредност предмета спора не прелази износ који омогућава изјављивање ревизије, износ од 300 000 динара, који, као што смо указали, истовремено представља и основ да одређени спор, у смислу цитираних одредаба Закона о парничном поступку, припадне на решавање судији појединцу. Ако се у обзир узме да је по Закону о уређењу судова надлежност општинских судова у парничном поступку максимално редукована и сужена у односу на раније важећа решења постаје евидентно да ће се поступак пред овим судовима водити као поступак пред инокосним судијом.

познато, трансформацијом Савезне Републике Југославије у Државну заједницу, Република Србија стиче пуне законодавне компетенције у целини правосудне регулативе. Ранију самосталност у домену организационог процесног права сада употпуњава самосталност и у области функционалног процесног права. По раније важећим уставним решењима претежан део регулативе судских поступака био је на нивоу савезне државе. Остваривање пуног нормативног капацитета на нивоу Републике има прворазредни значај јер се тиме битно олакшава постизање оптималних и сасвим усклађених решења али само под условом да рачуна са неминовним постојањем наведених рефлексија и међусобних утицаја и предузму кораки да се избегну сукоби и противречности како се то иначе чини у референтним правним системима.⁷ Понуђени материјал у низу ситуација претпоставља одговарајући организациони контекст о чему такође треба заузети одговарајући став или га продискутовати или га бар довести до евиденције.

V

Друго, питање је, да ли су проблеми који се приписују недостацима одређене (парничне) процедуре искључиво последица њене несавршености или мањкавости или се можда могу приписати и неким другим разлозима. Потребно је, је дакле, претходно извршити квалитетну и квалификовану вредносну оцену постојећих законских решења уз знатно прецизније одређивање свих (могућих) утицаја који се негативно одражавају на остваривања правне заштите. Неки од тих утицаја су неспорно изван парничне регулативе. По нашем мишљењу постоји их више и они се свакако морају имати у виду ако се жели остварити потребна стабилизација сасвим нарушеног правног система укључујући и сектор остваривања правне заштите субјективних грађанских права. С друге стране, успешна норматива, мога рачунати са постојањем тих утицаја и профилисати се на начин да их што више спречи или сасвим предупреди.

Остваривање правне заштите у домену грађанског судског поступка, посебно у оном делу која се остварује према правилима парничног поступка деценијски прати изразито неповољан друштвени контекст који је тешко отклоњив искључиво посредством правила парничне процедуре нити се може приписати само њеним мањкавостима. Годинама и систематски изостаје оно што се у нормалним правним системима подразумева.⁸ Спонтано испуњење предузетих обавеза временом све

⁷ Последњу новелу немачког Законика о грађанском судском поступку, остварену путем Закона о реформи грађанског судског поступка (*das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses*) из 2001. године, поред осталог прати и то што је упоредо и истовремено са променама грађанског судског поступка извршена промена у домену прописа којима се регулише судски систем. Ближе: Hannich, Meyer – Seitz, Engers, *Das neue Zivilprozessrecht*, 2001.

⁸ Већ од времена еманциповања грађанског судског поступка, као одлучујуће обележје парничног поступка и основ његовог дистанцирања према другим формама остваривања правне заштите, наглашавана је чињеница да тај поступак обележава постојање специфичног предпроцесног стања – спора странака о чињеничним или правним питањима. Оне се зато и обраћају суду, као трећем за исход спора незаинтересованом субјекту, да спор реши доношењем мериторне одлуке. Ова обележја су у

више слаби. Енормно се повећава потреба за судским остваривањем правне заштите. Судови се оптерећују низом у основи сувишних предмета. Најчешће, до парница не долази због тога што су странке у спору, чињеничном и правном, него искључиво зато што то тужени (дужник) хоће. Исплативије му је да се парници него да добровољно испуни обавезу. Наведених ситуација је било и раније али оне снажно ескалирају у периоду хиперинфлације почетком деведесетих година прошлог века. У том периоду свако одлагање испуњења обавезе, па и оно остварено посредством најпримитивнијих процесних смицалица, богато награђује несавесну странку обесмишљавањем сваког дуга и његовим свођењем на износ багателне вредности. Општа неефикасност остваривања правне заштите у доба инфлаторног окружења резултирала је даље све присутнијим формама самовлашћа. Пракса утеривања постојећих (али и измишљених) дугова је честа. Судска заштита се у том делу игнорише што даље доприноси деградацији правног система у целини. Наступање постинфлаторног времена није довело до потпуног нестајања наведених појава. Судови се и даље оптерећују низом у основи непотребних предмета,⁹ а насупротив томе присутно је и њихово игнорисање путем различитих облика недозвољене самопомоћи. Временом је вођење парничног поступка повећавало ризике туженог (дужника). Осуду на испуњење обавезе захтеване тужбом најчешће прати и осуда на плаћање веома високих износа затезних камата које не ретко премашују износ главног захтева. Међутим, мада би се могло очекивати, ово ново стање није принципијелно допринело спонтаном испуњењу обавеза предупређујући на тај начин потребу за парничењем. У доба хиперинфлације дужник је одбијао њихово извршење јер му је то користило, сада је то последица све присутније немогућности плаћања дуга због инсолвентности узроковане тешким материјалним положајем појединаца али и привреде у целини. Резервни маханизми у виду стечајног законодавства још не функционишу а неповољан друштвени и економски контекст се и даље негативно одражава степен правне дисциплине и одговорности. У наведеном смислу на судство се врши константан притисак да својим активностима, пре свега у домену репресије, допринесе амортизацији низа друштвених, привредних па и културних траума које оно само није ни изазвало. Присутан је континуиран политички притисак да се то стање максимално злоупотреби на штету овог вида власти.¹⁰ Тешко је замислити

нашем праву снажно угрожена. У неприхватљиво великом броју случајева парница постаје неминовна пре свега због држања туженог који не жели или не може да испуни своју обавезу.

⁹ Као илустрација наведеног стања може да послужи пракса већег дела осигуравајућих друштава који још и данас, и највероватније по инерцији из времена хиперинфлације, добровољно испуњење својих обавеза по основу уговора о осигурању условљавају њиховим износом. Ако проузрокована штета прелази одређену висину одбијају исплату без обзира на основаност обавезе. То редовно резултира покретањем (непотребне) парнице коју друштво по правилу губи уз сношење високих трошкова парничног поступка и плаћање затезних камата. Присутна је и посредна штета јер се тиме доприноси да већ оптерећени судови поступају у низу сасвим сувишних парница.

¹⁰ Тешко је објаснити чињеницу да готово пуне две године држава није била у стању формирати апелационе судове и Управни суд а никад се више, међутим, није говорило о судству и то најчешће веома негативно. У крајњим конзеквенцама сви ти пропусти, који су у свему настали изван судства, претежним делом ако не у потпуности биће "фактурисани" судској власти резултирајући њеном даљем руинирању и компромитовању.

ефикасан посупак остваривања правне заштите у максимално неефикасном и потпуно деградираном окружењу.

VI

У материјалу Радне групе Друштва судија Србије се, у делу о регулативи посебних парничних поступака, формулише идеја о издвајању поступака пред изабраним судовима и из Закона о парничном поступку и његовом перспективном нормирању у оквирима посебног прописа. Наведени приступ, посебно по појави Модел – закона о међународној трговинској арбитражи UNCITRALA из 1985. године,¹¹ постаје све устаљенији метод регулисања арбитражног судства и поступка низу упоредних правних система мада постоје референтни и нама веома блиски правни системи у којима се ова материја уређује прописима којима се регулише грађански судски поступак или парнични поступак.¹² Мора се нагласити да су у нашем праву форме али и пракса остваривања правне заштите путем недржавних органа, укључујући остваривање правне заштите пред изабраним судовима односно арбитражама, сасвим маргинализоване и неразвијене. То је израз изузетно неповољног правног,¹³ друштвеног па и културног контекста у којем је систематски присутна резерва према овим видовима остваривања правне заштите. Томе доприносе одређена решења садржана у важећем пропису али и изразито неповољни упливи ванправног окружања. У наведеном смислу, у знатно већој мери од оне која сада постој, треба наглашавати чињеницу да је у низу правних система који нам у свему могу послужити као узор, пракса арбитражног решавања спорова изузетно раширена и развијена. Путем изабраног судства односно арбитража се врши систематско растерећење државног судства уз реципрочно афирмисање арбитражног решавања спорова. Арбитражно решавање спорова се, у пуном смислу, успоставља и остварује као паралелан и алтернативан систем правне заштите у односу на заштиту коју пружа државно судство. У свакој варијанти, и ако се задрже постојећа решења и ако се усвоји идеја о одвајању арбитражне регулативе од оне која регулише посебну парничну процедуру, потребно је, прво, принципијелно редефинисање домена у којима је остварив и допуштен овај вид правне заштите.¹⁴ Друго, потребно је низом других мера и активности укључујући

¹¹ Генерална скупштина Уједињених нација је, 11. XII 1985. године, усвојила наведени текст усвајањем посебне резолуције и том приликом препоручила свим државама чланицама рецепцију одредаба Модел – закона у њихова законодавства што је у низу држава и учињено.

¹² Аустриски закон о грађанском поступку регулише арбитражни поступак у оном делу у којем уређује посебне парничне поступке, пар. 577. до 599. Немачки закон о грађанском судском поступку регулише арбитражно решавање спорова у оквирима X књиге Закона, пар. 1025. до 1066.

¹³ Решења Закона о парничном поступку оптерећује постојање значајног недостатка. У основи су подешена нормирању међународне арбитраже а само узгредно уређују арбитражно решавање спорова наших субјеката без присуства међународног елемента. Ова регулатива је пре свега ограничена на нормирање повремених, *ad hoc* изабраног судства које у нашем праву може бити само међународно јер домаћи субјекти у међусобним споровима могу уговорати само институционалну арбитражу.

¹⁴ Постојећа решења битно ограничавају могућност арбитражног решавања спорова, нетипичним сужавањем допуштености уговарања надлежности повремених, *ad hoc*, судова. Према одредби члана 469 а Закона о парничном поступку, спорове без међународног елемента о правима којима слободно

систематску едукацију свих правних субјеката и грађанства у целини створити пожељан друштвени контекст у којем уговарање арбитражног решавања спора неће бити ограничено само на случајеве у којима је присутан међународни елемент. Потребно је, прво, укинути сва ограничења уговарања повремене, *ad hoc* арбитраже. Праксу формирања арбитражних институција треба поставити у знатно ширем обиму и ослободити везивања за одређене, већ постојеће, институције при чему се арбитража појављује као својеврсни припадак институције уз коју је образована. Самостално формирање сталних арбитражних судова и образовање ових судова при неким другим институцијама као што су правни факултети, универзитети, удружења правника најразноврснијих профила али и при свим другим институцијама може бити снажан подстицај за афирмацију овог вида решавања спорова и између домаћих субјеката.

У погледу увођења медијације у наш правни систем потребно је имати у виду да постоји низ разлога, описаних приликом излагања проблема који угрожавају афирмацију арбитражног односно избраног судства у нашем праву, који ће се негативно рефлектовати и на овој вид правне заштите. Наведеном треба додати и чињеницу да су извесне форме медијације биле присутне у нашем правном систему али да је покушај те врсте резултирао потпуним неуспехом.¹⁵ С друге стране, мора се имати у виду, да су државе са изузетно развијеним и уважаваним правним системима све више прихватају идеју о неопходности развијања овог типа правне заштите. Наравно, у питању су државе у којима је постоји сасвим другачији однос али и неопходне друштвене претпоставке које омогућују развој и усавршавање најразноврснијих типова недржавног судства. Сигурно је да би увођење медијације у наш правни систем могло принципијелно допринети растерећењу државног

располажу странке могу износити пред сталне избране судове основане при привредним коморама и другим организацијама предвиђеним законом под условом да није утврђено да одређене врсте спорова искључиво решавају други судови. Закон о парничном поступку, према томе ограничава домаће субјекте захтевом да могу уговорити само институционалне арбитражне судове који су, при постојећем стању ствари, и у субјективној и објективној компоненти, специјализовани тако да спречавају непосредан и слободан приступ домаћих физичких лица тим институцијама. Ограничења субјективног типа произилазе из чињенице да се могућност обраћања сталној арбитражи условљава чланством, макар једне од странака, институцији при којој образована арбитража. У објективној компоненти приступ ограничава чињеница да се пред тим институцијама могу решавати само привредни, трговачки спорови.

¹⁵ Прво је, већ приликом доношења Закона о парничном поступку из 1976. године, било уведено правило, ограничено на спорове мале вредности, о обавези суда да, када утврди да је надлежан а тужба допуштена, тужбу достави мировном већу ради закључења поравнања између парничних странака. Касније је, новелом Закона о парничном поступку из 1982. године, наведено правило примењено на све спорове у којима странке имају пребивалиште или боравиште на подручју истог суда или су запослени у истој организацији удруженог рада или заједници у којој постоји мировно веће (члан 468). Утврђена је обавеза тужитеља да се у том случају мора обратити мировном већу ради закључења поравнања па тек по неуспешном окончању овог поступка тужба се могла поднети надлежном суду. Ако се тужитељ непосредно обратити надлежном државном суду, била је утврђена обавеза тог суда да ту тужбу упутити мировном већу. Тек у случају да покушај поравнања пред мировним већем није успео у року од три месеца парнични поступак се настављао заказивањем рочишта за главну расправу. Већ од увођења цитираног решења било је јасно да су у питању "мртве одредбе" које се заправо нису ни примењивале. Због свега наведеног у наредним променама парничне процедуре уследило је потпуно брисање поменутих одредаби.

судства и допринети устројству једног знатно ефикаснијег система али исто тако треба рачунати да ће евентуални неуспех овог пројекта резултирати поразним последицама - повећању правне несигурности и водити даљој деградацији и атрофији поступка остваривања правне заштите.

VII

Изненађује чињеница да се у материјалу Радне групе Друштва судија Србије о припремању промена Закона о парничном поступку наведени статистички подаци не користе као индикатори о постојању низа ванпроцесних разлога који угрожавају поступак остваривања правне заштите. Ти разлози, ако се не отклоне, чиниће сваку процедуру, па и ону идеалну ако је уопште остварива, тромом и неефикасном. Током 2002. године комплетно остваривање правне заштите и целокупна судска власт у нашој држави је почивала на бројци од 2274 професионалних судија.¹⁶ Евидентно је да питање броја професионалних судија у свим судовима не може нити би смело остати забрањена тема. Нема озбиљног разговора о ефикасности одређене власти ако се наведено питање не сагледа и у светлу чињенице у којој је мери та власт располаже потребним кадровским потенцијалом за њено успешно вршење. Податак о 614 нових предмета по судији општинских судова који, при постојећем стању ствари још увек остварују претежан део првостепене надлежности веома јасно показује да то није случај.¹⁷ Ни позиција судија трговинских судова, са 963 предмета по једном судији, није боља. Као да нема субота, недеља, ванрасправних дана, годишњих одмора, државних и верских празника, као да судија не остварује једну од најкомплекснијих и најосетљивијих професија које подразумевају давање свакодневних одговора на изузетно сложена правна и чињенична питања што подразумева изузетно висок степен стручних и моралних квалитета судије, али и његово његово стално образовање и усавршавање. Већ по дефиницији подразумева се време које тако оптерећен судија

¹⁶ Индикативно је када се саопштава број професионалних судија да се та цифра пореди само са оном која је предвиђена систематизацијом судијских места уз указивање на чињеницу да је остало непопуњено 145 судијских места. Уопште се не поставља питање да ли је тако одређен број судија довољан да би се судска власт уопште могла успешно бавити пружањем правне заштите тако да она буде законита, правична и ефикасна. Као да је у питању својеврсна врста "више силе" на коју се уопште не може утицати. Упоредо са тим се саопштава поражавајућа чињеница да годишњи прилив по судији општинског суда износи читавих 614 нових предмета.

¹⁷ Оптерећеност судија окружних судова са приливом од 228, судија Вишег трговинског суда са 418, а судија Врховног суда Србије са 340 нових предмета мора бити такође предмет посебне анализе и оцене. Окружни а посебно Врховни суд Србије су често у прилици да доносе одлуке које увелико превазилазе значај конкретног случаја у којем се пресуђује. Мора се имати у виду да процес суђења у вишим судским инстанцама већ по дефиницији подразумева постојање додатних квалитета. Поступак у тим (вишим) инстанцама мора бити снажан коректив свих могућих пропуста и мањкавости присутних у раду судова нижег ранга. Контролна функција инстанционих судова укључујући неопходност да се путем Врховног суда Србије створе неопходни услови за јединствено функционисање правног система, захтева да се судијама тих судова остави знатно више времена за припрему сваког појединачног случаја али и за њихово стално образовање и усавршавање. Наведена чињеница сасвим релативизира податак о номинално мањој оптерећености судија окружних, Вишег трговинског суда и Врховног суда Србије.

не може имати. Само под том претпоставком може се рачунати на потребан квалитет правне заштите. При постојећем стању то није оствариво осим ако се не жели створити привид суђења и његова пука имитација. Судија оптерећен низом предмета – за које не може да се припреми нити концентрише - не суди него нагађа. Потребно је, дакле, овим поводом али такође и иницирањем расправе искључиво посвећене питању кадровске оспособљености судства једном поставити питање који је то број судија који ствара реалне претпоставке да ефикасно, али исто тако законито и правично, остваривање правне заштите, неће остати само пука жеља и илузија.¹⁸ Наравно то не искључује нити обесмишљава покушаје да се модернизацијом функционалног дела проблема обезбеди потребан амбијент за остваривање наведеног циља. Питања типа колико то кошта и слично су у најмању руку лицемерна и злонамерна.¹⁹ Најскупље рачуне, а то смо у више наврата били у прилици да доживимо, испоручује неефикасан и руиниран правни систем. Присутан је својеврстан парадокс, судије су преоптерећене а судови непотпуњени. Тешко је говорити о ефикасности поступка када, не ретко, размак између појединих рочишта главне расправе обухвата период од више месеци. Тада се парнични предмети, заправо, налазе у стању сталног мировања²⁰ - које није противно само начелу ефикасности него је истовремено узрок деформисања и деградације других

¹⁸ Стицајем околности - пре свега због неспособности или могуће опструкције извршне власти у конституисању судског система нормираног правосудним прописима из 2001. године – питање да ли би окружни судови, са 383 судија, уопште могли одговорити на изазове настале ширењем њихове првостепене надлежности за сада има само хипотетички карактер. Губитак инстанционе надлежности ових судова и њено преношење на апелационе судове, у свему томе, не би одлучујуће доприносио санирању проблема јер је, по обиму, у очигледној несразмери са новауспостављеном надлежношћу окружних судова. С друге стране, сужавање првостепене надлежности општинских судова претпоставља постављање питања да ли је број судија у овим судовима можда предимензиониран у светлу примене решења из 2001. године. Колико нам је познато, ни у моменту припреме новог правосудног законодавства ни по његовом доношењу, одговарајућа аналитика није изведена а такође нема индикација да ће то уследити у наредном периоду.

¹⁹ Као пример наведене хипокризије у којој изостаје сваки покушај да се број професионалних судија димензионира у оне оквире који ће реално обезбеђивати услове за квалитетно пружање правне заштите, можда најбоље изражава чињеница што је протеклих пар година у оквирима извршне власти конституисан паралелан и у основи непотребан систем. Све шире се устаљује се пракса образовања агенција, дирекција, комитета или неких других парадржавних органа. Круг надлежности таквих установа често се поклапа са већ утврђеним пословима одговарајућих органа извршне власти и испољава својеврсно дуплирање истих функција. То није, међутим, сметња за њихово даље ширење и конституисање нових. При томе је веома тешко доћи до релевантних података колико се људи и којим средствима запошљава у тај парадржавни сектор. Не поставља се ни питање да ли је то уопште потребно а ако јесте колико кошта и на којем броју престаје. С друге стране, судска се власт низом ограничења па и оним персоналног типа систематски своди у оквире који угрожавају идеју њене еманципације и пуног испољавања.

²⁰ Када би на основу важећих решења парничне процедуре одржавање рочишта главне расправе било димензионирано у интервале од најдуже петнаестак дана, тада би временски развој поступка имао сасвим другачији ток и квалитет. У низу ситуација то би обезбедило, на бази исте нормативне подлоге, један знатно ефикаснији и економичнији поступак од оног који је сада са разлогом предмет снажне критике.

начела па тиме и самог поступка.²¹ Претпостављени квалитети правне заштите губе сваки смисао а постоји непремостив раскорак фактичких и правних стања.

VIII

Најзад, доста велики број укинутих пресуда због постојања битних повреда одредаба парничног поступка показује да постоје разлози који се не могу приписати само (евентуалним) дефектима парничне процедуре. Проблем преставља и примена тих правила уз не баш занемарив постотак њиховог непоштовања и повреде. У наведеном смислу систематско лично усавршавање судија и развијени системи њихове едукације али и ригорозно праћење сваке појединачне каријере мора имати значај коректива који ће, и у персоналној компоненти, обезбедити додатну гарантiju остваривања законите, правичне и ефикасне правне заштите.

IX

Заговарање промена постојеће парничне процедуре извесним делом почива на разлозима који се сасвим поравдано могу приписати мањкавостима исте. Присутне су међутим и сасвим паушалне оцене и општа места. Наведени приступ је временом постајао све присутнији. Општи утисак о превазиђености постојеће парничне процедуре је постао одлучујућа чињеница и али и доказ. У наведеном контексту није реално очекивати критичко вредновање и валоризовање постојећих решења а још мање успешно пројектовање нових. Ефикасност поступка је добила одлучујући значај као да је то есенција и једини смисао правне заштите. Сасвим је потиснуто да, управо по наведеном редоследу, правна заштита мора бити законита, правична и ефикасна. Наведени квалитети морају бити кумулативно обезбеђени и гарантовани јер све остало значи симулацију и фингирање суђења. Утисак о превазиђености важеће парничне процедуре се делимично изводио и из одређеног историјског контекста насталог распадом и нестанком СФРЈ. Новонастале државе су, без праве и критичке анализе процесног законодавства али и свих осталих прописа претходне Југославије, у тежњи прекидања сваког правног континуитета са том државом, приступиле доношењу својих прописа у свим доменама укључујући и оне којима је регулисана парнична процедура али и друге материје које спадају у регулативу грађанског судског поступка. Наведени приступи су се рефлектовали и на наше стање доприносећи стварању утиска о потпуној превазиђености важеће парничне процедуре. Индикативно је, међутим, да у свим тим новоуспостављеним државама, принципијелно није побољшан квалитет правне заштите а постоје и бројни проблеми узроковани новоуспостављеним решењима и тамо присутним концепцијама. У одређеној мери став о мањкавостима овог

²¹ У наведеној ситуацији губи се сасвим смисао начела непосредности, суди се на основу расправних записника јер временом нестају сви ефекти усменог расправљања, тешко је говорити о континуитету и јединству главне расправе, систем слободне оцене доказа губи један од својих основних квалитета. Све то резултира снажним потискивањем правних у корист фактичких стања која битно одступају од прописаних метода остваривања правне заштите.

система правне заштите изводио се и из тезе о превазиђености изворног текста – Аустријског закона о грађанском поступку из 1895. године – који у значајној мери представља подлогу нашег важећег законодавства. Такав став се не може прихватити без одговарајуће резерве. Цитирани законски текст уз систематско новелирање којим је модернизован и прилагођаван новонасталим друштвеним околностима и даље представља пропис високих квалитета који у свему изражава најбоље вредности и достигнућа европског цивилизацијског круга.²²

Ranko Keča, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad

Amendments of Civil Procedure Act

Abstract

Amendments proposals for the Civil Procedure Act, offered by the Judicial Society of Serbia, was the incentive to analyze deficiencies, which have systematically been present in the legislative process, as well as to analyze the legal framework of the whole civil court system. These deficiencies, however, were not either detected or removed in the latest proposal for amending the Civil Procedure Act. Legal and non-legal factors were systematically ignored, despite the fact that they must be seriously taken into account if any advancement of legal protection is sought after. The conclusion is that this proposal does not include such approach and, which certainly should be changed in future.

²² У аустријској научној и стручној јавности наведени се законски текст управо тако и вреднује. Указује се на његов изузетан значај и вредности које су допринеле широкој рецепцији овог прописа у низ других правних система укључујући и наше право. Види: Н. Fasching, "Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht", 1990, страна 22. до 29. W. Rechberger – D.A. Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2000, str. 2, 3.

*Др Марија Салма, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

НЕЗАВИСНОСТ СУДОВАЊА

Сажетак: Аутор разматра правне гаранције независности судовања, указујући на обележја независности, као што су објективност, слободно судијско уверење везаност суда само за закон. Важећи прописи већином доприносе остваривању начела независности, а одредбе Закона о уређењу судова, Закона о судијама и Закона о Високом савету правосуђа које су представљале грубо кршење начела независности судовања су стављене ван снаге Одлуком уставног суда Србије.

Кључне речи: Независност судовања, слободно судијско уверење, сталност и непреместивост, стручност, судијски имунитет, неспојивост судијске дужности са другим дужностима, везаност само за закон, независност судске власти од законодавне и извршне власти

I. Појам независности судовања, ставови доктрине о независности судовања

Захтев за независност судовања потиче из времена грађанске еманципације, преображаја сталешког у грађанско друштво. Montesquieu (1689-1775) је у делу О духу закона (1748) сматрао да се поделом власти на законодавну, извршну и судску, постиже и независност судовања. У складу са идејом о слободи, независности и идејом о природном праву, и према савременом праву суд, као институција, и судија у свом статусу и делатности примене права је самосталан орган и везан је само за опште правне прописе, тј. *за устав и за закон*. Суд је независан и као институција. То одговара идеји о подели власти, пошто за примену права постоје посебни органи, који ту делатност обављају – а то су

судови. Судови су организационо и персонално одвојени и независни од управних органа. Независност судова се испољава и у предметној, стварној независности судије: судија је везан само за право. Стварна, предметна независност је нужно повезана са личном независношћу.¹

Суд мора да буде *објективан* и *слободан* у обављању судијске дужности.² *Није везан за мишљење других органа власти*, нпр. парламента, нити за мишљења управних органа. У том смислу се говори о *предметној независности* (sachliche Unabhängigkeit). *Лична независност* се гарантује путем непокретности, непреместивости, незаменљивости судије. Заправо он може да буде смењен, премештен, само по сопственом тражењу, или само из законом утврђених разлога.

У немачком парничном процесном праву постоји и систем *невезаности за прејудиције других судова*. Суд одлучује на основу свог *слободног судијског уверења*,³ и на основу тога заузима сопствене и од других ауторитета независне правне ставове. Шта више, у принципу, нижестепени судови, нарочито у системима *потпуне неvezаности нижестепених судова за правне ставове Врховног суда*, могу заузети другачији правни став, него што је став Врховног суда по истом правном питању. Другим речима, нижестепени суд може одступити од става Врховног суда, ако се дотични став покаже релевантним за решавање неке правне ствари која тече пред првостепеним судом. Систем потпуне неvezаности нижестепених судова за одлуке Врховног суда постоји у немачком процесном праву. Истина, немачка теорија, поред предности, истиче и основни недостатак тог система. Наиме, неvezаност може довести и до непожељних последица, у смислу, да исто правно питање може бити различито пресуђено од стране различитих судова, што доводи у практичној примени права, до некохерентности права и правног система. Може се рећи да је и у француском праву заступљено правило о независности нижестепених судова од ставова Врховног (Касационог) суда. Тачније та везаност постоји само у конкретним правним стварима, односно предметима који су правним лековима у погледу правних питања нападнути пред Врховним (Касационим) судом. У француском праву Касациони суд дакле нема правно обавезујућа начелна мишљења. Он контролише законитост и поступа искључиво поводом одговарајућих (ванрендних) правних лекова, или поводом ревизије. Он суди само о правним питањима, а не о фактима.⁴ Одлука Касационог суда се односи само на дотичну правну ствар, нема дејство у погледу правних ставова према другим случајевима.

Систем потуне неvezаности може довести до некохерентне примене права. У *систему релативне везаности* за правне ставове врховног суда који је више заступљен у средњој Европи (нпр. У Мађарској), у коме су још задржана начелна

¹ V. Lent - Jauernig (Friedrich Lent, Otmar Jauernig), Zivilprozessrecht, 13. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966., str.23. таč.1.

² V. Lent - Jauernig (Friedrich Lent, Otmar Jauernig), Zivilprozessrecht, 13. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966., str.23.

³ V. Lent - Jauernig (Friedrich Lent, Otmar Jauernig), Zivilprozessrecht, 13. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1966., str. 23-26.

⁴ V. André Joly, Procédure civil et voies d'exécution, Paris, Sirey, 1969, str.28. таč. 28.

мишљења и обавезни правни ставови врховног суда⁵, покушава се задржати кохерентност примене права по истим правним питањима. Код начелних ставова не постоји строга везаност, али, јединствени правни ставови везују нижестепене судове у погледу правних питања.

Независност судовања је везана и за судијино право да оцени уставност и законитост закона који треба да примени, што се истиче у немачкој литератури процесног права. У чл. 100 Устава Савезне Републике Немачке⁶ је изричито прописано да је сваки суд овлашћен, шта више, дужан да испита да ли је меродаван закон за његово одлучивање, уставан. Наравно, суд није овлашћен да противуставност сам одреди. Ако суд нађе, да је закон неуставан, тада поступак прекида путем (ненападљивог) решења, те свој став, закључак, доставља уставном суду ради оцене уставности и законитости предметне одредбе закона или целине закона.

II.

Важећи прописи који регулишу независност судовања (формални извори независности судовања) у домаћем праву и правила која су са становишта независности оспорена

По Закону о уређењу судова Републике Србије⁷ судска надлежност се одређује уставом и законом. Такође, суд не може да одбије да поступа и одлучује у ствари за коју је надлежан.⁸ Та одредба је у складу са одредбама савезног Устава из 1992. године која одређује да су извршна и судска власт везане законом. Такође одредбе о законском уређењу надлежности су у складу и са Уставом Републике Србије из 1990. године која прокламује троделну поделу власти и према коме законодавна власт припада Народној скупштини, извршна власт Влади, а судска власт припада судовима.

По одредбама Закона о уређењу судова Републике Србије, судови су самостални органи државне власти који штите слободу и права грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост.⁹ Судви се оснивају и укидају законом. Не могу се оснивати привремени, ванредни или преки судови.¹⁰

Бројни републички закони донети током 2001. године, између осталог, допринели су јачању независности судовања. То су пре свега, Закон о уређењу

⁵ Према Закону о судовима Мађарске, Врховни суд, између осталог, може доносити за нижестепене судове обавезне (јединствене) правне ставове. В. нпр., Wopera Zsuzsa, Harsányi Viktória, Kormos Erzsébet, Polgári eljárásjog, Novotni Kiadó, Miskolc, 2003, стр. 18.

⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.V. 1949.

⁷ Закон о уређењу судова, Службени гласник Републике Србије, бр.63/2001, од 8. новембра 2001.

г.

⁸ В. ст. 1 и 2. чл. 4. Закона о уређењу судова Републике Србије.

⁹ Чл. 1. Закона о уређењу судова Републике Србије.

¹⁰ В. чл. 2. Закона о уређењу судова Републике Србије.

судова, Закон о судијама, Закон о Високом савету правосуђа, Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, као и Закон о јавном тужилаштву.¹¹

На нивоу *Државне Заједнице Србије и Црне Горе*, донет је Закон о суду Србије и Црне Горе.¹² Према том закону, судије бира скупштина Србије и Црне Горе, на предлог Савета Министара, на период од 6 година. Судије могу бити само једном бирани. Судије могу бити дипломирани правници са најмање 15 година радног искуству у струци.¹³ Одлуке Србије и Црне Горе су обавезујуће и без права жалбе.¹⁴ Тај суд се дефинише као самостална и независна институција државне заједнице.¹⁵

После доношења наведених републичких закона, донете су измене и допуне истих¹⁶, које су касније, од стране Уставног суда Србије проглашене *неуставним*. Ради се о одредбама које предвиђају да је у случају укидања суда или у случају преношења његове надлежности другом суду, судија дужан да настави дужност у суду који је преузео надлежност. Овим се омогућило да судија буде премештен у други суд, чак и нижег ранга. То је пак противно начелу непокретности судија. Друга неуставна одредба се односи на именовање чланова Великог персоналног већа. Њих по неуставним одредбама је требало да *именује* Народна скупштина на предлог Високог савета правосуђа, уместо да их *бира* сам Врховни суд, како је било прописано Законом о Високом савету правосуђа. Трећа неуставна одредба се односи на поступак за избор судија. Према тој одредби, уколико кандидат за судију не буде изабран, надлежни одбор Народне скупштине предлаже другог кандидата, чиме би се заобишла улога Високог савета правосуђа. Четврта неуставна одредба је предвиђала да поступак разрешења судије може да покрене и министар надлежан за правосуђе. Овим би се дала могућност извршној власти да утиче на престанак судијске функције. Пета неуставна одредба се односи на избор претседника суда. Тај поступак по неуставним одредбама закона, спроводи министар надлежан за правосуђе, уместо Високог савета правосуђа. Шеста неуставна одредба се односи на положај претседника суда коме је забрањено да обавља судијску дужност, док му траје мандат. Седма неуставна одредба се тиче посебних разлога за разрешење судије, а који се односи само на судије изабране по Закону о судовима из 1991. године.¹⁷

Постоје и неке друге одредбе поменутог Закона о уређењу судова које нису проглашене неуставним, али за које доктрина¹⁸ сматра да не доприносе независности судовања. То су одредбе о овлашћењу и надлежности за прописивање судског пословника, одредбе о надзору над применом судског пословника, и

¹¹ Сви објављени у Службеном гласнику РС бр. 63/2001. од 8. новембра 2001. године.

¹² Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 26/2003 од 19. јуна 2003. године.

¹³ В. чл. 47. Уставне повеље Државне заједнице Србије и Црне Горе, Сл. Лист Србије и Црне Горе, бр. 1 од 4. II 2003. године.

¹⁴ V. čl. 48. Ustane povelje Državne zajednice Srbije i Crne Gore, Sl. list Srbije i Crne Gore, br. 1 od 4. II 2003. године.

¹⁵ В. чл. 1. Закона о суду Србије и Црне Горе, Сл. Лст Србије и Црне Горе, бр. 26/2003. г.

¹⁶ Службени гласник Републике Србије, бр. 42/2002. од 19. јула 2002. године.

¹⁷ В. Вукашин Ристић, Независност судства, Правни живот, бр. 12/2002, стр. 68-76.

¹⁸ В. Миомир Баровић, Однос извршне и судске власти, Правни живот, бр. 12/2002, стр. 104-110.

овлашћење Министарства правде у вршењу надзора над извршењем судског пословника. Наиме судске пословнике доноси Министар надлежан за правосуђе. Имајући у виду која се питања регулишу судским пословником (евиденција и распоређивање судија поротника, вршење приправничке праксе, организовање рада судског одељења, рад сталних судских вештака, итд.) било би упутније да судски пословник доноси сама судска власт, а не извршна власт, како је то законом одређено.¹⁹ Иста примедба се може ставити и решењу о надзору над применом судског пословника. Надзор је према одредбама закона поверен Министарству надлежном за правосуђе.²⁰ Министар правде би могао вршити надзор над применом судског пословника али само у питањима која не задиру у основну делатност суда, као што је вођење разних евиденција, статистике, финансијско-материјално пословање. У свим другим питањима надзор над применом пословника би требало да врше сами судови, ондосно, претседници судова, виши судови и Врховни суд Србије.

Иако Закон о уређењу судова предвиђа да је ништав сваки чин правосудне управе којим се дира у самосталност и независност суда и судија, ипак регулишући послове који чине правосудну управу (одн. спадају у надлежност правосудне управе) исту (правосудну управу) овлашћују да врши „*надзор над поступањем у предметима у прописаним роковима*”. И овим се вређа независност судовања, будући да се администрацији омогућава уплив на поступак судовања.

III.

Правила позитивног права која доприносе независности судовања

1. Независност судске власти од законодавне и извршне власти. Основно начело изражено у Закону о уређењу судова (2001. г.) које предвиђа да је *судска власт независна од законодавне и извршне власти* доприноси афирмацији начела о независности судовања.²¹ Из ове одредбе проистиче да су судови организационо и функционално независни од управе. Затим, независности доприноси и законска одредба према којој судску одлуку може преиспитати само надлежни суд у законом предвиђеном поступку.²² Истим чланом је предвиђено да је свако дужан, а и извршна власт нарочито, да поштује извршну судску одлуку и да јој се повинује.²³ На овај начин се управа обавезује на поштовање судских одлука.

Осим тога, судија је у изрицању правде независан, он суди на основу устава закона и других општих аката и по својој савести.²⁴

¹⁹ В. чл. 70. Закона о уређењу судова РС.

²⁰ В. чл. 71. Закона о уређењу судова РС.

²¹ В. ст. 1. чл. 3. Закона о уређењу судова.

²² В. ст. 2. чл. 3. Закона о уређењу судова.

²³ В. ст. 3. чл. 3. Закона о уређењу судова.

²⁴ В. чл. 1. Закона о судијама (Сл. гл. РС бр. 63/2001)

2. Мера везаности нижестепених судова за правне ставове вишестепених судова, посебно Врховног суда. Врховни суд Србије има надлежност и изван судовања. Он утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права. Расматра и примену прописа и рад судова.

Мора се напоменути да у континенталним системима европског унутрашњег права Врховни суд нема улогу у ставрању права. Његова улога се стриктно своди на примену права, тако да се одлука Врховног суда доноси искључиво поводом одговарајућих обично ванредних правних лекова против правноснажних одлука другостепених судова, и они немају дејство на друге случајеве. Тако је, како смо горе већ изнели, у француском и немачком праву. У тим системима дакле нема тзв. Начелних мишљења изречених независно од конкретних спорова доспелих пред Врховни суд, поготову са обавезним дејством у другим правним стварима. То је следствена последица стриктне поделе законодавне и судске власти. Парламент ствара, а суд примењује право. Додуше у англосаксонском праву, прецеденти имају улогу извора права, али само у смислу аналогije, тј. правни ставови Врховног суда се могу применити на случајеве који су слични. Но ни тамо се прецеденти не ставарју на уопштен начин, независно од конкретних случајева. Начелна и обавезна мишљења Врховног суда нису потребна ни због тога што постоју пресумпција *iura novit curia*, тј. да сваки суд добро познаје право, а и да је закон јасан, садржи потпуну норму, и да није потребна допунска, обавезна интерпретација Врховног суда.

3. Одређивање судећег судије. Остваривању независности судова и суђења доприносе и правила која одређују да ће се судија који ће решавати предмет спора одредити независно од тога, ко су странке и какве су околности правне ствари. Само судска власт може судијама да распоређује предмете по унапред утврђеним правилима.²⁵

4. Забрана утицаја на суд. Забрањено је коришћење јавног положаја, средства јавног обавештавања и било које јавно иступање којим се утиче на ток и исход судског поступка. Забрањен је и сваки други утицај на суд.²⁶ Из ових одредаба проистиче да су судови независни од политичких ставова, њих везује само закон. Такође, забрана се протеже и на утицаје јавног информисања, као и савког другог утицаја. Не сматра се недозвољеним утицајем право странака на притужбе на рад судова када сматрају да се поступак одуговлачи, да је неправилан или да постоји било какав утицај на његов ток и исход.²⁷

5. Финансијска независност. Финансијска самосталност, тј. обезбеђење потребних средстава за рад суда је значајан фактор независности. Закон одређује, да средства морају обимом и временом прилива да одрже независност судске власти и да у свако доба омогуће уредан рад суда.²⁸

²⁵ В. чл. 5. Закона о уређењу судова.

²⁶ В. чл. 6. Закона о уређењу судова.

²⁷ В. чл. 7. Закона о уређењу судова.

²⁸ В. чл. 77. Закона о уређењу судова.

Према одредбама Закона о судијама судија има право на плату која је подобна да одржи његову независност и сигурност његове породице.²⁹

6. Сталност и непреместивост. Према одредбама закона о судијама судија своју дужност врши као сталну, у суду за који је изабран. Против своје воље судија не може бити премештен ни упућен у други суд.³⁰ Дужност судије не престаје ако буде донета одлука о смањењу броја судија. Ако буде укинут суд, судија наставља дужност у суду исте врсте истог степена, или приближно истог ранга. О томе у којем суду судија наставља дужност, одлучује Високи савет правосуђа.³¹ Дужност судије траје непрекидно од првог избора за судију до навршења радног века. Пре тога дужност може престати само под условима који су предвиђени Законом о судјама.³² Законски разлози за разрешење судије су следећи: 1. када је судија осуђен за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање 6 месеци, или за кажњиво дело које га чини недостојним судијске дужности, 2. када несавесно или нестручно врши дужност, 3. када трајно изгуби радну способност за судијску дужност.³³

Под несавесношћу и нестручношћу Закон о судијама подразумева одуговлачење решавања предмета, занемаривање прописаних рокова у вођењу поступка или изradi одлука или ако на други начин поступа противно мерилима које одреди Врховни суд Србије.³⁴

Судијска функција може престати и путем навршења радног века. Навршење радног века и разлоге за разрешење утврђује Велико персонално веће.³⁵ Велико персонално веће се установљава у Врховном суду Србије. Оно одлучује о законом одређеним питањима поводом положаја судија.³⁶ Велико персонално веће може у поступку за разрешење због несавесног или нестручног вршења дужности судији изрећи меру упозорења или меру уклањања из суда од једног месеца до једне године. На изречену меру судија има право приговора, Општој седници у року од 8 дана.³⁷

7. Стручност. Судија мора имати потребне квалификације, то су завршени правни факултет, положен правосудни испит и радно искуство у правој струци, и да има потребан морални интегритет, тј. према речима Закона о судијама он мора бити достојан дућности судије.³⁸ Судија има право на стручно усавршавање о трошку Републике Србије. Врсте и начин стручног усавршавања прописује Врховни

²⁹ В. ст. 1. чл. 4. Закона о судијама.

³⁰ Чл. 2. Закона о судијама.

³¹ Чл. 11. закона о судијама.

³² В. чл. 10 Закона о судијама.

³³ В. чл. 54. Закона о судијама.

³⁴ В. чл. 55. Закона о судијама.

³⁵ В. чл. 56. Закона о судијама.

³⁶ В. чл. 36. Закона о судијама.

³⁷ В. чл. 58. Закона о судијама.

³⁸ В. чл. 41. Закона о судовима.

суд.³⁹ Осим тога, судије имају ради заштите својих интереса право да се као судије удружују у циљу одржавања своје независности и самосталности.⁴⁰

8. Судијски имунитет. Судијски имунитет подразумева да судија никоме не одговара за изражени глас и мишљење дат у вршењу судијске дужности. У поступку покренутом због кривичног дела учињеног у вршењу судијске дужности судија не може бити притворен без одобрења Народне скупштине.⁴¹ Судија је слободан у заступању свог схватања, чињеница и права, о свему о чему одлучује. Изузев у образложењу одлуке, или када то закон посебно налаже, није дужан да икоме, па ни другим судијама и претседнику суда, објашњава своја чињенична и правна схватања.⁴²

9. Избор судија. Судију и претседника суда бира Народна скупштина, на предлог Високог савета правосуђа.⁴³ Избор судија оглашава Високи савет правосуђа. Оглас се објављује у Службеном гласнику РС. Пријаве се подносе у року од 15 дана од објављивања. Ако се на оглас пријављује судија који је већ запослен у суду Високом савету правосуђа доставиће се лични лист за сваког кандидата који потиче из суда. При предлагању судија Високи савет правосуђа узима у обзир стручност и достојност. Народна скупштина може да изабере само кандидата кога предложи Високи савет правосуђа. Ако он не буде изабран, Високи савет правосуђа поново утврђује предлог.

Сам положај и надлежност Високог савета правосуђа је уређен посебним Законом, Законом о Високом савету правосуђа.⁴⁴ Његов је основни задатак да предложи Народној скупштини претседнике судова, судије и јавне тужиоце. Такође, именује судије поротнике и заменике јавних тужилаца.⁴⁵ Високи савет правосуђа има 15 чланова од тога 5 сталних, 6 позивних чланова судија и 4 позивна члана јавних тужилаца. Стални чланови Високог савета правосуђа су претседник Врховног суда Србије, републички јавни тужилац и Министар надлежан за правосуђе, један члан кога из реда адвоката бира Адвокатска комора Србије и један члан кога бира Народна скупштина Србије. Шест позивних чланова из редова судија бира Врховни суд Србије. Четири позивна члана који су јавни тужиоци бира републички јавни тужилац. Члан Високог савета правосуђа бира се на 5 година и може бити поново изабран. Високи савет правосуђа ради и одлучује у ужем или у проширеном саставу.

10. Нespoјивост судијске дужности са другим дужностима. Судија не може бити на дужностима у органима који доносе или извршавају прописе, не може бити члан политичке странке, бавити се било којим јавним или приватним плаћеним послом, нити пружати правне услуге или савете уз накнаду. Са његовом дужношћу

³⁹ В. чл. 8. Закона о судовима.

⁴⁰ В. чл. 7. Закона о судовима.

⁴¹ В. чл. 5. Закона о судовима.

⁴² В. чл. 19. Закона о судијама.

⁴³ В. чл. 9., 41-50. Закона о судијама.

⁴⁴ Закон о Високом савету правосуђа, Службени гласник РС, бр.63/2001 од 8. новембра 2001. године.

⁴⁵ В. чл. 1. Закона о Високом савету правосуђа, Службени гласник РС, бр.63/2001. од 8. новембра 2001. године

неespoјиве су и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штете угледу суда. Поступке који су опречни достојанству и независности судија прописује Врховни суд Србије.⁴⁶

Сматрамо да је одредба о прописивању који су поступци опречни достојанству проблематична, пошто се даје Врховном суду Србије део законодавне функције, што је у сукобу са начелом о стриктној подели власти на законодавну и судску.

11. Расподела предмета и оптерећеност. Судија предмете прима према редоследу, независном од личности странака и околности правне ствари. Начин расподеле предмета уређује судски пословник. Од распореда пријема предмета може се одступити само због оптерећености, или оправдане спречености судије. Судији предмет може бити одузет само ако дуже одсуствује или одуговлачи поступак. На годишњи распоред послова судија има право приговора претседнику непосредно вишег суда. Судија је дужан да претседника суда обавести зашто првостепени поступак није окончан у року од 6 месеци и да га затим сваких месец дана обавештава о даљем развоју поступка у времену. Прво обавештење по поступку по правном леку даје се после месец дана а наредна на сваких 15 дана.⁴⁷

12. Критички приступ начелима. Иако су ова начела у принципу добро формулисана и нема сумње да доприносе афирмацији независности судовања, постоје проблеми у практичној примени. Тако нпр. запажа се да су судије и даље преоптерећене бројним предметима, што утиче на њихов рад у опште, па и на независност. Материјални положај судија такође није у скалду са прокламованим начелима. Запажа се такође, да у пракси нису увек испоштована правила о неспојивости судијске функције са другим државним и јавним функцијама. Судије се понекада бирају ипак по партијској припадности. Често се запажа да сртучност и морални интегритет не преважу пред другим критеријумима. Одредбе о везаности за правноснажне јудикате других судова удаљавају од начела независности.

IV.

Закључне напомене

Одредбе нових закона које се односе на уређење судова, о судијама о Високом савету правосуђа, о јавном тужиоцу и о седиштима и подручјима судова и јавном тужилаштву, као и о Суду Србије и Црне Горе у деловима у којима се уређује независност судова, значајно доприносе афирмацији начела независности. Одредбе које су биле противне начелу независности судовања оправдано су стављене ван снаге одлуком Уставног суда Србије. Додуше, преостале су неке одредбе, које се чине да ометају остваривање начела независности, као што су одребе о судском пословнику и надзору над применом судског пословника, као и о праву Врховног

⁴⁶ В. чл 27. Закона о судијама.

⁴⁷ В. чл. 21-25. Закона о судијама.

суда да уреди које су делатности са судском функцијом неспојиве (што је питање закона), као и одредбе о правосудној управи којима се уређују послови који чине правосудну управу.

*Marija Salma, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Independence of Judiciary

Abstract

The author analyzes latest reform of the organization of courts in Serbia and Montenegro and how these rules can ensure independence of judiciary.

Provisions of new legislative acts on judiciary, High Council of Judiciary, public prosecutor, territorial organization of courts, and the Court of Serbia and Montenegro, especially those provisions relevant for independence of judiciary, substantially promote the principle of independence of judiciary. Those provisions which were contrary to the principle of independence of judiciary are quite legitimately set aside by decision of the Constitutional Court of Serbia. However, there are few provisions which still may obstruct judicial independence, such as rules on judicial affairs, control of judicial affairs, then rules which give the Supreme Court right to determine which matters do not fall within the ambit of a judicial function (as this should be settled by a legislative act), and provisions on the administration of judicial affairs.

Др Момчило Ђ. Вукићевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЕКОЛОШКО ОСВЕШЋИВАЊЕ ЧОВЕЧАНСТВА

Сажетак: Престанком хладног (идеолошког) рата, односно смањењем интензитета локално - регионалних сукоба дијелом планете, у последњој декади XX века започиње интензиван процес еколошког освешћивања човечанства. Моторну снагу оваквог коренитог мењања представља сазнање да је еко-систем планете земље угрожен (са) дејством разуђеног сплета разноврсних еколошких проблема чије актуелно, готово галопирајуће, димензионирање и заоштравање доводи у питање (чак) и опстанак људске популације.

Кључне речи: еколошка криза; освешћивање; човечанства нова еко – стратегија савременог друштва; политика уређења, заштите и унапређења животне средине;

Престанком хладног (идеолошког) рата, односно смањењем интензитета локално - регионалних сукоба дијелом планете, у последњој декади XX века започиње интензиван процес еколошког освешћивања човечанства. Моторну снагу оваквог коренитог мењања *Homo sapiens* представља сазнање да је еко-систем планете земље угрожен (са) дејством разуђеног сплета разноврсних еколошких проблема чије актуелно, готово галопирајуће, димензионирање и заоштравање доводи у питање (чак) и опстанак људске популације. Речју: алармантна еколошка криза је директно и одлучујуће утицала на све аспекте еколошког освешћивања савременог друштва.

Два су *основна поља* одвијања овог процеса (који у елементима има својства револуционарних помака, тачније праве *еколошке револуције*): комплетна материјална база и већина делова друштвене надградње. Уз то, његови се позитивни утицаји и резултати евидентирају *на свим нивоима живота и рада људи*, тј. у микро - (локално - регионалним), мезо - (националним) и макро-економским (наднационалним, односно континентално-глобалним) размерама.

Уважавајући ову матрицу (одвијања, тј. ефектурања) *процеса еколошког освешчавања на преласку из XX у XXI век* најпре информативно, у облику аналитичко - синтетичке табеле, наводимо *савремени сплет показатеља* његових *домета* и преосталих (превасходно *квалитативних*) *особености* који ће нам послужити као полазни основ касније објективизације сваког од позитивних помака понаособ.²

ОСНОВНИ ИНДИКАТОРИ ПРОЦЕСА ЕКОЛОШКОГ ОСВЕШЋИВАЊА ЧОВЕЧАНСТВА		
Индикатор	Област	Садржина еко-ефекта
1	2	3
(А) Сфера материјалне базе		
еко-мегатренд	(укупна) друштвена репродукција	укључивање у сплет мега-трендова савременог (индустријског) друштва новог сегмента “Ецо-Ецо” концепта (привредног и опшtedруштвеног) развоја
еко-стратешка оријентација		проширење сплета глобалних економско-политичких циљева (стратешким опредељењем “одрживог” развоја)
еко-критеријум квалитета		афирмација “еколошког својства” као нове (шесте) димензије, тј. компоненте квалитета производа
еко-мерила успешности привређиња		напуштање “класичног” мерила ND per capita у USA Doll., тј. увођење комбинованих комплексних критеријума HDII+ISEW ⁸⁹⁾
еко-образац вредновања оствареног привредног развоја		“екологизација” официјелног каталога Светске банке са обавезним показатељима привредне развијености
еко-концепт привређивања		инаугурација нове пословно-развојне матрице “3Е” (енергија, економија, екологија)
Еко-(стратешки и тактички) третман привреде		издвајање (из опште економске политике нове) еколошке политике

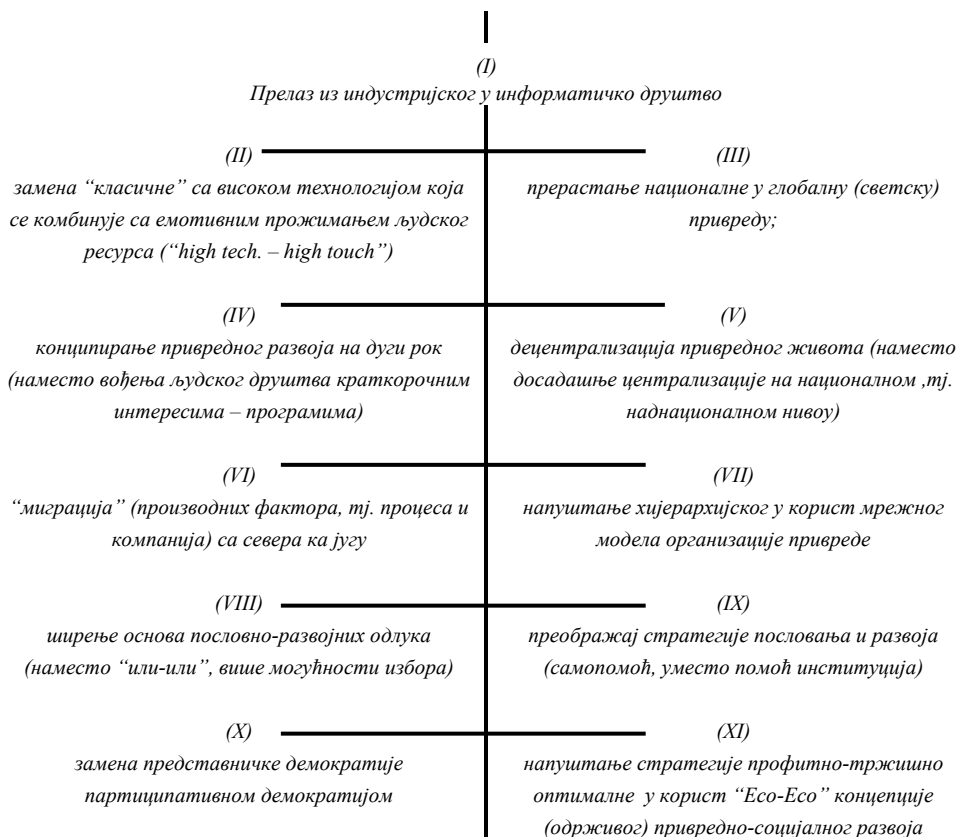
Индикатор	Област	Садржина ефекта
1	2	3
(Б) С ф е р а д р у ш т в е н е н а д г р а д њ е		
квалитативан развој екологије	наука	напоредо са (квантитативним) ширењем “породице” еколошких наука, еко-цредо прожима остале научне скупине: # природне науке (заменом механистичког приступа холистичким погледом на свет); # друштвене науке (уграђњом промисли о “Есо-Есо” концепту “одрживог” развоја);
еко-васпитавање	образовање	систематски рад с најмлађим генерацијама (дечијом популацијом) у функцији уградње еко-схватања света у васпитни концепт
еко-образовање		надограђен на еко-васпитавање - Б.2. конституише се систем (основног, средњег и високог) еко-образовања, као и уграђује еко-визија живота у све степене општег образовања
еко-свест	култура	сазревање новог еко-схватања односа Хомо сапиенса према мајци природи-Геи: “добивање” (а не “узимање”) онда и онолико енергије и природних супстанци када и колико су нам потребне за задовољење основних социо-економских потреба
еко-морал		квалитетно нов однос човека према природи заснован на систему норми понашања у складу са природним закономјерностима
еко-култура		уграђеност у животну филозофију схватања човека као мисаоног дела природе који се у пракси испољава као сплет његових уравнотежених интеракција са живим и неживим компонентама биосфере

Индикатор	Област	Садржина ефекта
1	2	3
еко-легислатива	Право	Некада ретки, једнократни и посредни еко-правни акти уступају место комплетним националним, тј. ЕГ-еко-легислативама (комплексним мрежама законских, подзаконских и других докумената којима се уређује животна средина); управо је еко-легислатива-кључни сегмент савремене еколошке политике(А.7.);
право на здраву животну средину (ПЗЖС)		афирмација ПЗЖС као “једра” класичног хексагона природних права са тенденцијом његове трансформације у ново - “модерно” природно право
еко-политика	политика	упоредо и садржински усклађено са афирмацијом посебне секторске економске политике која за објект има комплексну проблематику уређења, заштите и унапређења животне средине (еколошке политике - А.7.) у све облике друштвене политике постепено се уграђују “еко-компоненте”;
“зелени талас”		ово је резултат ширења, афирмације и јачања “зеленог фронта” -мреже невладиних (еколошких и осталих) субјеката који својим алтернативним скуповима уз најважније економске самите (IMFa, WTOa, UNCTADa) инсистирају на: # еко-варијантама разматраних материјала, тј. # еко-корекцијама завршних акционих докумената; такође, # (“зелене странке”) постепено улазе у националне скупштине , тј. ЕУ парламент све чешће, # прелазећи све чешће из опозиције у владајуће коалиције;

Еко – мегатренд

На заласку индустријске цивилизације XX века у глобалним размерама се искристалисала мрежа мегатрендова⁹² који су реални весници будуће трансформације човечанства у “информатичко-еколошко друштво слободног времена”. Место, улога и значај еко-компоненте у овом законитом процесу су вредни посебне пажње. Осветлимо их кроз објективизацију основних повратних спрега “Есо - Есо” концепта “одрживог” развоја са осталим сегментима мреже глобалних мегатрендова:

Савремене мреже глобалних мегатрендова⁹³



“Есо - Есо” концепт ↔ информатичко друштво

функционално-развојни кредо еко-мегатренда јесте: хитно, радикално и комплетно подруштвљавање комплекса активности уређења, заштите и унапређења животне средине; иницијални корак у том смислу, информативно отварање еко-проблематике (излазак питања стања животне средине, алт. димензија евентуалних еко-инцидената изван режима “строго државне тајне”), представља логичан ефекат преображаја “индустријске цивилизације” XX века у “информатичко-еколошко друштво слободног времена” XXI века; упоредо, конституисање, тј. функционисање снажног, разуђеног и ефикасног еко-информационог система (мониторинга, менаџмента, аудита и других радњи организоване друштвене заједнице у односу на биоту) представља један од кључних елемената савременог механизма еколошке политике.

“Есо - Есо” концепт ↔ висока технологија

замена “класичне” технологије представља једну од директних последица екологизације материјалне (техничко-технолошке) основе производње и привређивања уопште; речју, оба нова атрибута средстава за производњу (“high tech. – high touch”) има-ју дубоки еколошки смисао, тј. хуманизацију односа људи према природи и уносе у њега биоцентрични дух који, између осталог, осим понашања Бонус патер фамаилиас условљава да Хомо сапиенс у екосу види равноправног партнера;

“Есо - Есо” концепт ↔ глобализација привреде

реална чињеница да еколошки проблеми не познају и не признају административне (локалне, регионалне, тј. националне) границе чини их компонентама глобалне привреде;

“Есо - Есо” концепт ↔ дугорочност развоја

независно о ком се еко-проблеми ради, његов третман – ублажавање, алт. разрешавање - искључује кратак рок; практично, нови приступ општепривредној проблематици (супротно досадашњој пракси доминације краткорочних интереса и ад хоц решења) инсистира на објективизацији и “лечењу кризних тачака привредног организма” у дугорочном периоду; на тај начин, усклађује се временски период догађања у привреди и природи тако да је “Есо - Есо” концепт у потпуности на линији мега-тренда вођења људског друштва интересима - како садашњих, тако и будућих генерација;

“Есо - Есо” концепт ↔ децентрализација привредног живота

активност организоване друштвене заједнице у функцији уређења, заштите и унапређења животне средине- вођена максимумом “размишљати глобално, а (еколошки) делати локално” - практично представља једног од објективних фактора који је иницирао и доказао законитост напуштања централизованог модела економско - политичког приступа привреди и њеном развоју;

“Есо - Есо” концепт ↔ просторна редистрибуција привредног живота

миграција развијеног “Севера” на неразвијени “Југ”, која значи практично и “сеобу” еколошких проблема, директно утиче на пораст значаја оживотворења екологизације привреде; овога пута “Есо-Есо” концепт ће омогућити и превентивно деловање људског друштва у сфери уређења, заштите и унапређења животне средине за разлику од досадашње праксе “гашења еко-пожара биоте”;

“Есо - Есо” концепт ↔ мрежног устројство привреде

просторна разуђеност еколошких проблема, сагласно принципу “локалног делања”, квантитативно и квалитативно се боље поклапа са мрежним (него ли са досадашњим хијерхијским) моделом организације привреде;

“Есо – Есо” концепт ↔ систем алтернативних одлука

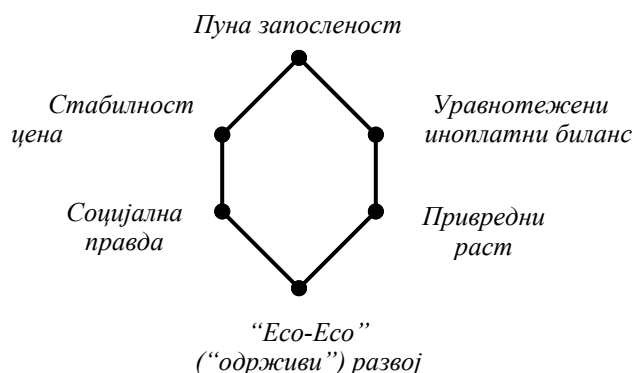
суштини еко-кризе апсолутно више одговара напуштање механизма коначног одлучивања (о привредном развоју), у корист система алтернативних одлука; с обзиром на комплексност њених извора, облика испољавања и, коначно, различитих решења, наглашена могућност избора се може сматрати једним од логичних постулата “Есо-Есо” концепта;

“Есо - Есо” концепт ↔ модел партиципативне демократије

тачка додир посматрана два мега-тренда представља текући процес подруштвљавања уређења, заштите и унапређења животне средине, односно његови битни атрибути: прво, достигнути ниво еко-информисања заинтересоване јавности - становништва; друго, укљученост јавног мњења у процес одлучивања о еко-питањима; коначно, транспарентност еко-лошке политике (посебно еко-легислативе као њеног инструментално-акционог стожера).

Еко - стратешка оријентација

Стожер активног односа модерног друштва према комплексном репродукционом процесу привреде (тј. узрочно - последичном низу његових компоненти - производњи, размени, расподели и потрошњи) представља тзв. чаробни хексагон стратешко - акционих циљева.⁹⁴



у њиховом сплету, еко-стратешка оријентација има посебан статус и важност који се очитују у форми (садржини) њених интеракција са осталих пет компоненти хексагона природних права *Homo sapiens*:

"Есо-Есо" концепт ↔ пуна запосленост

поштовање еколошког среда да непосредно утиче на све важније аспекте привређивања (па и на ниво економског активирања радно - способног становништва) у смислу њиховог "сни-жавања" у односу на њихов економски оптимум; речју, као стратешко - акциони циљ једино се може поставити "одржива" запосленост; она значи такав ангажман осталих фактора привређивања (средстава за рад, предмета рада - сировина и енергије, тј. капитала) у комбинацији са радном снагом која задовољава социоекономске потребе људи актуелне популације, али не доводи у питање задовољење таквих интереса (и) будућих генерација;

"Есо-Есо" концепт ↔ стабилност цена

уравнотеженост унутрашњег тржишта (његових основних полова - понуде и тражње, тј. њихове "пупчане врпце"- цене роба које су предмет купопродајних послова),представља интерног гаранта"одрживости"- развоја; ту исту улогу у

наднационалном простору, дакле као екстерни гарант, има уравнотежени ино-платни биланс доведен у однос са еко – концептом:

**“Есо-Есо” концепт ↔ уравнотежени ино - платни биланс;
, тј.**

“Есо-Есо” концепт ↔ привредни раст

захваљујући екологизацији развоја економије његови реални домети се валоризују комбинованим методом утврђивања дос-тигнутог индекса људског развоја (Human Development Index -HDI) и “одрживог” економског благостања(Index of sustanable Economic Welfare - ISEW); коначно,

“Есо-Есо” концепт ↔ социјална правда

захваљујући укључивању еколошког *steda* у привређивање продубљује се смисао и домет социјалне правде - она се, наиме, подједнако мора остваривати у простору (за све економске актере), али и у времену (тј. како у садашњој, тако и у односу на будуће генерације).

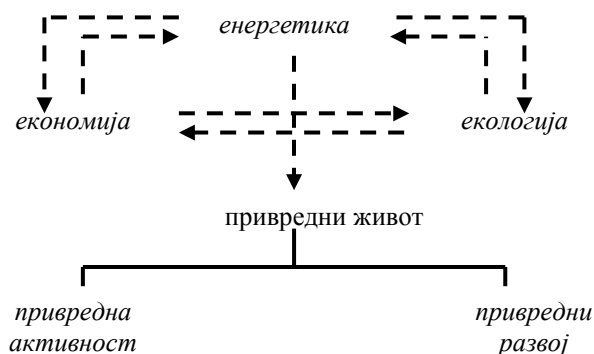
Еко - критеријум квалитета

Савремена цивилизација је под притиском потрошачког друштва “куповине од јутра до вечери” (најчешће ствари које, практично, нису у функцији задовољења социо - економских потреба). У тој потрошачкој деструкцији: све мора да има цену, али може да нема вредност, а квалитет “доброг живота”, тј. “ваљаних ствари” одређен је њиховим лепим изгледом, степеном поузданости, угодношћу коришћења, лакоћом одржавања и нивоом коштања. Увођењем еколошког својства, као “шесте димензије” квалитета, коначно се елиминише негативан утицај производа на животну средину - независно од фазе његовог животног циклуса, тј. да ли се ради о његовој производњи, лагеровању (пре пласмана), продаји, транспорту (до купца) или коначној потрошњи (укључивши и моменат када често и настају највећа загађења, декомпозиције, деградације или чак уништења биоте). Очигледно, еколошко својство реално може и објективно мора бити најважнији критеријум оцене каквоће производа, као и живота *Homo sapiensa*.

Еко–концепт привређивања

Некада неприкосновен образац пословања и развоја привредних субјеката (комбинације енергетске основе и економске надградње доведене у функцију тржишно - профитне оптимизације привређивања) реално је доводио до , готово

потпуног, занемаривања његове еколошке димензије. Речју, по цену жртвовања животне средине - због екстензивног коришћења (дефицитарних, а исцрпљивих) енергетских и минералних ресурса - постигани су позитивни функционални резултати и развојни помаци. Екологизација привређивања, логично, значи корениту промену у пословању - инаугурисана је нова матрица "ЗЕ":



Истовремено, теку (са еко-концептом привређивања и међусобно) усклађени процеси дефинисања нових еко-мерила успешности привређивања, као и конституисања новог еко-образца вредновања оствареног привредног развоја, тачније нових:

Еко-мерила успешности привређивања

Валоризација домета, тј. достигнутог нивоа промена (као израз успешности привређивања) посредством утврђивања висине друштвеног бруто производа (ДБП), алт. националног дохотка (НД) по глави становника у USA Doll. представљала вишеструки анахронизам: (I) оцена је потпуно нереална пошто се иза упросечавања (Ø) крију, мање или веће, социјалне разлике међу становницима; (II) доларски износи за различите земље, које се упоређују, све више замагљују објективну слику јер директно зависе од изразито колебљивих курсева њихових националних валута са USA Doll. који је, уз то, изгубио свој некадашњи монетарно - девизни монопол општег еквивалента; коначно, (III) овакав, изразито упрошћен критеријум директно је супротстављен наглашено комплексном економском бићу привредног организма - речју, није у стању да објективизира његову (не) успешност. Модерна пракса се, стога, све више опредељује за комбинације више

показатеља. Тако се, логично, у њима нашло и више еко - мерила у споју са " класичним " економским критеријумима оцене успешности привређивања:⁹⁵

Индекс људског развоја (Human Development Index - HDI)

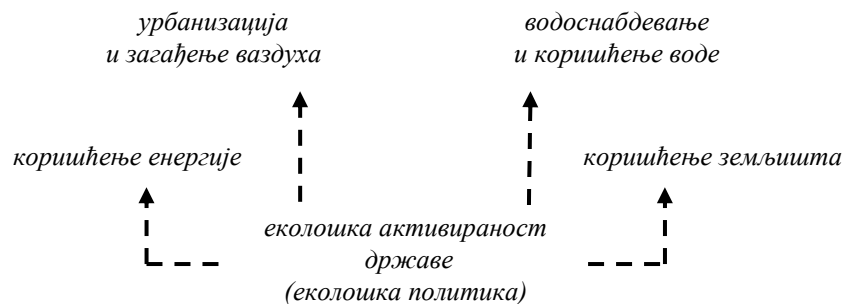
$$HDI = \frac{\text{животни ниво становништва}}{\text{ниво знања популације}} + \frac{\text{фонд средстава за "пристојан живот" становништва}}{\text{ниво знања популације}}$$

Индекс "одрживог" економског благостања (Index of sustainable Economic Welfare - ISEW)

$$ISEW = \frac{\text{просечна потрошња становништва}}{\text{учешће становништва у расподели НД /ДБП}} + \frac{\text{издавајања за животну средину}}{\text{учешће становништва у расподели НД /ДБП}}$$

Еко-образац вредновања (оствареног) привредног развоја

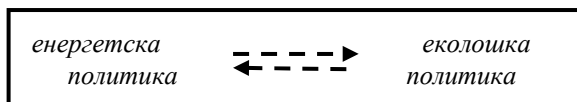
Глобални еколошки индикатори привредног развоја се користе у процени суштине и конкретних ефеката промене укупности привредних делатности - у неком простору (тј. земљи) и у одређеном временском периоду - у специфичној комбинацији са економским показатељима. Њихово дефинисање је (нај) новијег датума, а потекло је од Светске банке. Због њихове (много) бројности они су груписани у пет, релативно равноправних, категорија:⁹⁶



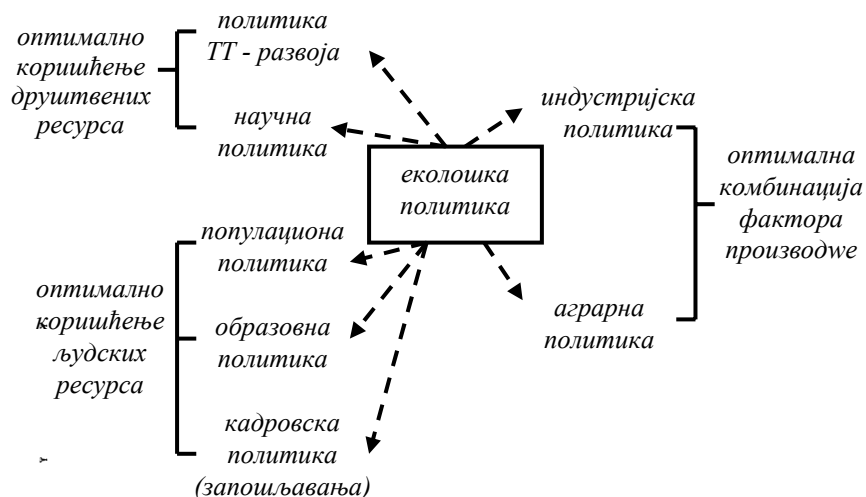
Еко-(стратешки и тактички) третман привреде

Израз и конкретна последица овог аспекта екологазације привреде је почетак вођења посебне (секторске) економске политике, тј. еколошке политике.

Њена превасходну везаност уочљива је за сферу производње, тј. (у њој кључни) проблем оптималне експлоатације енергетско - минералних, односно природних ресурса. У том смислу, она је директно и интеракцијски повезана са енергетском политиком,

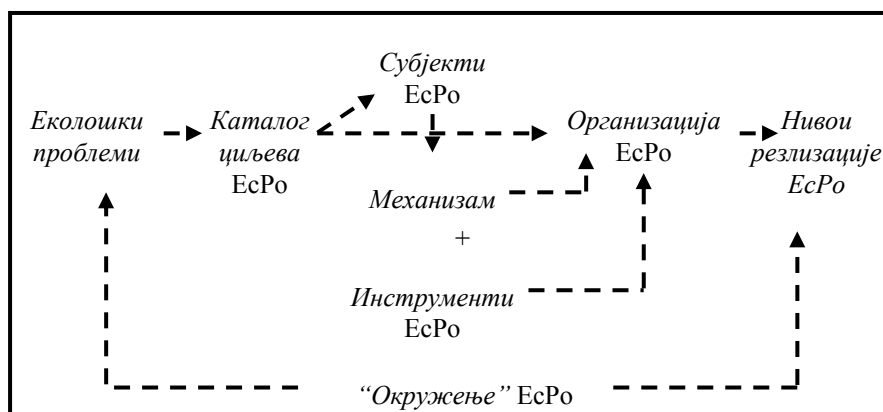


док се њена индиректна корелација са преосталим секторским, односно факторским политикама у сфери производње остварује “обавезним” укључивањем еко - компоненти у њихово економско - политичко ткиво:



Исто тако, споредна инкорпорација еко - одредби нужна је и у посебне (секторске, тј. факторске) политике савременог друштва у преосталим сферама репродукције привреде – од размене, преко расподеле до потрошње.

На крају, логично је “поистовећење” еколошко – политичке (ЕсРо) – са “акционом архитектуром” опште економске политике:



Momčilo Vukićević, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law in Novi Sad

Raising the Awareness of the Mankind Regarding Ecological Issues

Abstract

After the end of the Cold War, as well as after the intensity of local and regional conflicts worldwide decreased, the last decade of the 20th century was marked by the intensive process of raising the ecological awareness of the mankind. Incentive for this process was the understanding that the ecosystem of our Planet has been endangered by a complex set of ecological problems which rapid growth questions the existence of humanity itself.

*Др Снежана Бркић, доцент
Правног факултета у Новом Саду*

ИЗОСТАНАК ФАЗА ПРЕТХОДНОГ ПОСТУПКА У УПРОШЋЕНИМ ПРОЦЕСНИМ ФОРМАМА

Сажетак: У раду се указује на могућност и потребу изостављања појединих фаза претходног поступка у упрошћеним процесним формама. Посебно су анализирани основи таквих упрошћених процесних форми: значај и тежина дела, једноставност чињеничне грађе, довољност доказне грађе, флагрантност, признање окривљеног и сагласност процесних субјеката. Дат је и краatak преглед најважнијих таквих форми.

Кључне речи: упрошћене процесне форме, претходни поступак, истрага, контрола оптужбе

1. Појам и циљ упрошћених процесних форми

Идеја унификоване кривичнопроцесне форме припада прошлости. Савремена процесна законодавства карактеришу напори у правцу продубљене диференцијације. Таквом тренду доприносе не само логички разлози бољег прилагођавања физиономије кривичног поступка процесним објектима и субјектима, него и прагматички разлози, који могу бити чак и пресудни. Преоптерећеност органа кривичног правосуђа резултира његовим спорим и неажурним радом, што доводи у питање остваривање циљева кривичног поступка. У таквим условима, решење се тражи у једној новој стратегији при креирању процесних форми, чији плуралитет верно одражава стање криминалитета. Општој процесној форми конкурише већи број посебних упрошћених процесних форми које се одликују посебним основом и посебном структуром. Основ посебне процесне форме представља одлучујући разлог њеног стварања, којег можемо тражити у особеностима процесног објекта или (и) субјекта. Специфичан основ повлачи за собом и специфичност процесне структуре, која може почивати на изостављању или додавању појединих процесних стадијума или фаза, или битној модификацији постојећих. Упрошћене процесне

дијума или фаза, или битној модификацији постојећих. Упрошћене процесне форме иду за императивом једноставности, брзине и неформалности. Стога се рачуна на њихову моћ да конзумирањем скупине лакших и једноставнијих кривичних дела, значајно растерете правосудни апарат и тако омогуће више времена за квалитетније суђење тежих и сложенијих случајева.

2. Могућност изостанка појединих фаза претходног поступка

У савременим процесним законодавствима мериторном кривичном суђењу претходи делатност прикупљања прелиминарног доказног материјала, која се налази у рукама једног или више субјеката, различитих од судећег суда, и не ретко специјализованих. Функција те делатности је трострука: иницијална, припремна и селективна, а припада тзв. претходном поступку, који се састоји из фазе истраге и фазе стављања под оптужбу. Поставља се питање могућности изостанка претходног поступка у упрошћеним процесним формама. На ово питање не може се дати универзални одговор. Према претходном поступку и свакој од његових фаза би требало заузети диференциран став, зависно од категорије деликта односно његовог значаја и тежине, сложености чињеничне грађе и стања прикупљеног доказног материјала. У улози основа упрошћавања поступка могу се јавити и чињеница флагрантности, као и држање процесних субјеката. Посебне напоре би требало уложити у правцу правилног успостављања релације правило - изузетак, као и осмишљавању и разлучивању случајева који оправдавају изостанак само судске истраге од оних у којима може отпасти и фаза контроле оптужбе, а тиме и комплетан претходни поступак. Осим тога, ваљало би разрешити и дилему да ли установљеним изузецима треба приписати обавезан или факултативан карактер и коме поверити одлуку о томе. У англоамеричком праву нема толико дилема: будући да истрага не припада суду, може изостати само поступак контроле оптужбе, по основу значаја и тежине дела или довољности доказне грађе.

2.1. Изостанак фазе истраге

1. Потребу различитог приступа нарочито изискује фаза истраге, уколико не представља само неформалну полицијску или тужилачку делатност, већ је судског карактера и чини саставни део кривичне процедуре. То потврђују савремена законодавства, која углавном допуштају одступања од начелно обавезне истраге, било у виду њеног искључења или постављања на факултативне основе. Осим тога, могућа је и обрнута ситуација: факултативност истраге у правилу, а обавезност по изузетку.¹ У оптицају су, дакле, три солуције: обавезност, факултативност и искључење истраге, са различитим варијантама на релацији правило - изузетак. Иза првог решења стоји став о неоправданости ускраћивања стандардне заштите окривљеног

¹Тако је у неким афричким земљама (навед. према М. S. Melone, RIDP 1-2/1985, s.257).

у случајевима тежих кривичних дела. Друго и треће решење диктирају разлози процесне економије.

2. Одрицање судској истрази апсолутног и обавезног карактера је у складу са Препоруком о симплификацији кривичног правосуђа, усвојеном 1987. од стране Комитета Министара Европског Савета. Полазећи од проблема преоптерећености кривичног правосуђа, мање-више присутног у свим земљама, препорука ставља нагласак на идеју процесне економије. Она, између осталог, истиче потребу ограничавања истраге само на случајеве у којима изгледа корисна. Та корисност треба да буде цењена не на нивоу законодавца, већ од стране правосудног органа, узимајући у обзир резултате полицијских извиђаја, тежину и сложеност предмета, као и признање или непризнање чињеница од стране окривљеног. Ако надлежни орган не сматра корисним вођење истраге, предмет се директно износи пред судећи суд.²

На овом месту бисмо подсетили на Васиљевићеву опаску да право избора стављено у руке суда или тужиоца, има оправдања само у условима „савршеног правосудног кадра, иначе постоји опасност да се одабере оно што је у конкретној ситуацији лакше, уместо оног што је боље...“³ Иако стање у том погледу данас није савршено, оно је ипак неупоредиво боље него раније. Веће поверење у носиоце правосудних функција заснива се на захтевнијим условима њиховог формирања, измењеним друштвеним приликама, као и укупној процесној регулативи.⁴ У том смислу, препоручено померање одлучивања о нужности истраге са апстрактног на конкретни ниво, уклапа се у савремену тенденцију све чешћег одрицања законодавца од својих компетенција у корист примењивача права. Наиме, можемо се сложити са констатацијом да историја права, посебно кривичног права за последњих 150 година, није ништа друго до преношење власти законодавца у руке судије.⁵

2.2. Изостанак фазе стављања под оптужбу

1. У неким случајевима може бити оправдан изостанак не само истражне, већ и фазе стављања под оптужбу. С једне стране, оптужница као акт са прецизно одређеном садржином и формом може бити замењена неким другим не тако строго формалним оптужним актом (као што је оптужни предлог у нашем скраћеном поступку или оптужба усмено изнета на главном претресу), а може уступити место и неком другом, раније донетом акту, од стране органа који не мора бити оптужни, и у неке друге сврхе а не превасходно ради оптуживања (тзв. *proces-verbal* у француском праву: записник о саслушању осумњиченог за флагрантно кривично

²Recommandation No R (87) 18, od 17.09.1987. (IIIa 1-5).

³T. Vasiljević, Sredstva za ubrzanje krivičnog postupka, Zbornik PF u Novom Sadu 1/1966, s.148.

⁴Тако и М. Грубач, Трансформација начела зборног суђења у кривичном поступку, Архив 1-3/1996, с.150.

⁵Т. Васиљевић, дискусија на IX саветовању Југословенског удружења за кривично право и криминологију, Суботица, 1970 (вид. материјале са тог скупа, Проблеми претходног кривичног поступка, Београд, 1971, с.187).

дело). Оптужни акт у скраћеном поступку најчешће не мора имати образложење,⁶ а код нас ни правну квалификацију дела. Осим тога, обавеза навођења личних података се ограничава само на оне који су познати.⁷ Оптужни акт за дела која се гоне по приватној тужби у пољском праву може се ограничити на означавање личности окривљеног, дела које му се ставља на терет и доказа на којима се темељи оптужба.⁸ У нашем и пољском праву, оптужни предлог се доставља окривљеном заједно са позивом за главни претрес.⁹ У неким правима, скраћени поступак се покреће усменим или писменим предлогом тужиоца,¹⁰ уз који не мора бити одмах уручен и оптужни акт. Он се подиже усмено на почетку главног претреса, а његова битна садржина се записнички констатује.¹¹ Најзад, најједноставнији режим је у оним земљама које се одричу било каквог оптужног акта и у потпуности задовољавају поменути тужиоцевим предлогом, чија битна садржина се објављује на главном претресу, истовремено означавајући његов почетак. У том случају, функцију предочавања обвинења окривљеном врши позив за главни претрес, који између осталог треба да садржи означавање кривичног дела за које се терети, са битним чињеницама.¹² Скраћени захтеви у погледу садржине и форме оптужног акта, односно његово потпуно истискивање и замена неким другим актом, на основу којег се окривљени изводи пред судећи суд, могу се допустити само у мање тешким предметима, као и у онима са очигледним и убедљивим доказима. Ипак, наши уступци неформалном су могући само до извесне мере. Доњу непрекорачиву границу би представљало очување оптужног начела кроз раздвајање функције суђења од функције гоњења; минимум података потребних ради омеђавања предмета суђења и дефинитивног предочавања обвинења окривљеном. Држање окривљеног у неизвесности у погледу дела које му се ставља на терет би било недопустиво и код најситнијих деликата.

2. Поставља се питање да ли фаза стављања под оптужбу може бити окрњена и у оном делу који обухвата њену контролу. Ову фазу нарочито доводи у питање подозрење које се гаји према средствима контроле иницираним од стране самог окривљеног, због могућности злоупотребљавања ради одуговлачења поступка.¹³ Осим тога, заговорници укидања контролне фазе најчешће се позивају на њену неделотворност. О томе најбоље сведочи пракса, која је показала да филтрирајућа

⁶Чл. 422/2 пољског ЗКП.

⁷Вид. чл. 438 нашег ЗКП.

⁸Чл. 434 пољског ЗКП.

⁹Чл. 442/2 нашег ЗКП и чл. 423 пољског ЗКП.

¹⁰Тако у Немачкој (чл. 417), Аустрији (чл. 451/1), ДДР (чл. 257/1).

¹¹Чл. 417 ЗКП Немачке. Подзаконским прописима је ипак сугерисано јавним тужиоцима да ради поједностављења и олакшања поступка, по могућности писмено подижу оптужнице, које би на главном претресу читали и један примерак предавали суду као прилог (вид. чл. 146/2 RiStBV). У пракси се ови поступци ипак најчешће покрећу писменим предлогом (E. Thiem, Beschleunigtes Verfahren als Wirksame Reaktion auf Straftaten, Neue Justiz 8/1980, str. 373).

¹²Тако нпр. ЗСКП из 1929 (чл. 375/2, 383/1 и 387/4). *Summary trial* у англоамеричком праву такође нема посебног оптужног акта (*indictment*), већ се суди поводом пријаве на основу које је окривљени лишен слободе или позван на суд.

¹³Вид. Т. Васиљевић, Систем кривичног процесног права, Београд, 1981, с.515.

улога судске контроле оптужбе није нарочито изражена.¹⁴ Релативно мали број обустава поступка до којих долази у овој фази, подједнако карактерише континентално¹⁵ и англоамеричко право¹⁶, као и све облике контроле. Они се, осим тога, одликују и честим одрицањем окривљеног од контроле оптужбе,¹⁷ на шта вероватно утиче искуство њене безперспективности у пракси. Такво стање се може објашњавати на разне начине. Оно, пре свега, може бити израз ваљано вршене припремне и иницијалне функције, захваљујући чијој селективној моћи је дошло до оптужења само оних случајева који то стварно заслужују.¹⁸ Уколико то није случај, треба имати у виду специфичну структуру законских основа предвиђених за побијање оптужбе. Наиме, потенцијални правни основи су обично тако евидентни да ретко остану раније незапажени од стране носиоца функције ислеђења или гоњења. С друге стране, ограничене су могућности успешног побијања оптужења позивом на недовољне доказе, с обзиром на ниже стандарде доказаности који се траже у том делу поступка. Ово утолико пре ако судска контрола оптужбе нема облик контрадикторног, непосредног и јавног расправљања, и ако су могућности упуштања суда у психолошку анализу, оцену противречних или извођење нових

¹⁴Према подацима нашег СЗС у периоду од 1986. до 1996. у структури обустава кривичног поступка до којих је дошло након оптужења, непостојање доказа да је окривљени учинио дело је заступљено са незнатних 1,9% случајева (вид. Статистички билтен СЗС бр. 2119, с.12).

¹⁵Према резултатима истраживања које је спровела Катедра кривичноправних наука на Правном факултету у Н. Саду, након законских измена 1973, на подручју окружних судова у Војводини, однос броја изјављених према броју уважених приговора је био следећи: 29:0; 56:6; 54:4; 30:1; 36:3 (вид. Т. Васиљевић и др., Примена установа кривичног процесног права у судовима Војводине, Зборник ПФ у Новом Саду 1974, с.155-157). Слично је стање и у другим континенталним државама (К. Bard, Rationality in truth finding: procedural and evidential needs, HEUNI 3/1984, s.137).

¹⁶У САД постоји велика пропусна моћ поступка упућивања. Према неким подацима, до обуставе поступка у тој фази долази само у 10% случајева у Канзасу, Мичигену и Висконсину, и у 12-30% у Лос Анђелосу (навед. према Т. Weigend, Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwaltes zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht, Baden-Baden, 1978, s.122-127). Слично је и у Енглеској (вид. L. H. Leigh, RIDP 1-2/1985, s.325). И велика порота ретко одбија тужиоцеве предлоге, због чега се сматра архаичним елементом којег треба укинути. Према извештају савезног тужиоца за 1973, она је одбила да потврди тужиоцев нацрт оптужнице само у 0,7% случајева. У одсуству званичних података тужилаштва појединих федералних јединица, калкулише се са проценама: тако се нпр. сматра да је у Балтимору 1969 одбијено 2-3% оптужби (навед. према Т. Weigend, op. cit., s.130).

¹⁷Тако се учесталост изјављених приговора против оптужнице у пракси наших окружних судова креће између 10,60% и 29,16% случајева (Т. Васиљевић и др., Зборник ПФ у Новом Саду 1974, с.155). Сличне су и статистике о одрицању окривљеног од поступка упућивања у англоамеричком праву: у америчким државама Канзас, Мичиген и Висконсин у периоду од 1958. до 1961. одрицање се кретало од 66% до 90% (навед. према Т. Weigend, op. cit., s.122).

¹⁸Вид. Report of the working group 2, HEUNI 3/1984, S.299. О томе сведоче и велике регионалне разлике, које постоје у САД у вршењу селективне функције поступка упућивања, а које су пре организационог, него суштинског карактера. Наиме, велика квота обустава у неким државама (око 80% у Чикагу и 77% у Њујорку) дугује захвалност тужиоцевим одустанцима од прогона у тој фази, будући да је њему прелиминарно рочиште први сусрет са полицијским доказима. У државама где су полицијски докази пре изношења на прелиминарно рочиште обрађени од стране тужиоца, који се у многим случајевима раније одрекао гоњења, број судских обустава је мали (око 10% у Канзасу, Мичигену и Висконсину, 12-30% у Лос Анђелосу). Више о томе вид. код Т. Weigend, op. cit., s.122-127.

доказа ограничене или сасвим искључене.¹⁹ Чињеница је да се побијање оптужбе на иницијативу окривљеног најчешће врши по поменутом стварном основу, који даје најмање изгледа на успех.²⁰ Није искључено, међутим, да је велика постојаност оптужбе у судској контроли само вид пребацивања одговорности на судећи суд из разлога комодитета.²¹

Из свега наведеног не треба изводити закључак о излишности судске контроле оптужења. Наиме, и само стављање у изглед те могућности утиче на квалитетније обављање истраге, добро утемељење оптужног акта, и избегавање стигматизујућих ефеката главног претреса.²² За изостављање судске контроле оптужбе није довољно пуко позивање на императив убрзања поступка. Осим тога, треба имати у виду да продужење претходног поступка узроковано судском контролом оптужбе, може бити компензовано скраћивањем трајања главног претреса или његовим чињењем сувишним.²³ Најзад, у пракси није потврђена бојазан неоснованог коришћења контролне фазе на иницијативу окривљеног ради развлачења поступка.

С друге стране, наш суд о начелној неопходности контроле оптужбе не мора имати универзално дејство. Извођење окривљеног пред судећи суд је у неким случајевима могуће не само без истраге, него и без претходне или накнадне судске контроле по иницијативи окривљеног или самог суда. Укидање те контроле може бити умесно тамо где не би била апсолутно потребна за добро обављање правосуђа, већ би га само компликовала и успоравала. Основи њеног изостанка би били слични као и код истраге. Они би, с једне стране, могли бити апстрактно изражени кроз тежину дела и долазити у обзир само код лакших кривичних дела (нпр. немогућност изјављивања приговора против оптужног предлога у нашем скраћеном поступку; изостављање поступка упућивања у англоамеричком праву). С друге стране, могли би бити цењени *in concreto*, у случају обвињења утемељеног на евидентним и убедљивим доказима, који не би искључивали ни тежа кривична дела (нпр. немогућност побијања оптужнице за кривична дела оптуженог учињена или откривена на главном претресу; изостанак прелиминарног рочишта у *giudizio immediato* италијанског права). У оба случаја требало би задржати право суда на контролу формалне исправности акта оптужења.

¹⁹Та је могућност у вези са основом из чл. 274/(4) нашег ЗКП сасвим искључена. Највише што ванрасправно веће може учинити, је враћање оптужнице ради допуне истраге ради бољег разјашњења ствари. Вид. Т. Васиљевић, М. Грубач, Коментар ЗКП, Београд 1995, с.386.

²⁰Према подацима нашег СЗС у периоду од 1986. до 1996, у структури обустава кривичног поступка до којих је дошло након оптужења, непостојање доказа да је окривљени учинио дело је заступљено са незнатних 1,9% случајева (вид. СБ СЗС бр. 2119, с.12).

²¹Вид. Т. Васиљевић и др., Зборник ПФ у Новом Саду 1974, с.156-157. Од таквих аномалија није имуно ни англоамеричко право. Тако се у Енглеској истиче да је некритички приступ суда полицијским извештајима у поступку упућивања главни кривац за високу квоту (око 40%) ослобађајућих пресуда (навед. према L. H. Leigh, RIDP 1-2/1985, s.325).

²²Тако и Т. Васиљевић и др., Зборник ПФ у Новом Саду 1974, с.157. Такав став је заузет и на семинару о ефективном, рационалном и хуманом кривичном правосуђу, одржаном у Хелсинкију 1984 (вид. Report of the working group 2, HEUNI 3/1984, s.300).

²³Тако и Т. Васиљевић, Зборник ПФ у Новом Саду 1/1966, с.160.

3. Основи упрошћених процесних форми заснованих на изостанку претходног поступка

3.1. Значај и тежина кривичног дела

Обавезно искључење истраге и/или фазе стављања под оптужбу у неким процесним формама, као што су нпр. скраћени поступци, заснива се на њиховој непотребности, претпостављеној *in abstracto*, од стране законодавца. Ту је неспорни и самостални основ упрошћавања поступка (мали) значај и тежина кривичног дела. Принципијелних дилема ту нема: лакша кривична дела мањег друштвеног значаја не оправдавају ангажовање материјалних средстава, персонала и времена у истом обиму као и тежа дела веће друштвене опасности. Обрнуто, разлози процесне економије се све више морају повлачити са растућом тежином дела. Такво резонување по принципу сразмерности је увек умесно, добијајући на значају нарочито у условима преоптерећења кривичног правосуђа и тражења излаза из кризе. Уосталом, тај је основ релевантан и при разликовању кривичног од других казних поступака једноставније структуре, чији предмет је нека друга категорија кажњивих деликата, који се од кривичних дела разликују управо по тежини и друштвеном значају.

Из овог основа као самосталног изводе се конкретни материјални услови за примену неке процесне форме. Значај и тежина дела може фигурирати и као допунски основ, из којег се изводе ограничења у примени неке процедуре, иначе засноване на неком другом основу као претежном. Нека нам као илустрација послуже два примера: убрзане форме по основу флагрантности, код којих је искључење претходног поступка по правилу ограничено само на лакша кривична дела; режим непосредног оптужења који искључује фазу истраге по основу довољности доказа, без сагласности суда, само код лакших и средње тешких кривичних дела.

Материјални услови и ограничења упрошћених форми могу бити изражени на различите начине. Најчешће фигурира метод прописане казне²⁴ и/или таксативног набрајања²⁵, док земље које познају дводеобу или тродеобу кривичних дела, у те сврхе обично резервишу ниже категорије деликата, којима је покривен ситан и средњи криминалитет.²⁶ Значај и тежина дела могу бити опредељени и ограничавањем на дела из надлежности одређене врсте суда, по правилу нижег ранга.²⁷ Најзад, могао би доћи у обзир и метод изречене казне.²⁸ Ови методи се

²⁴Вид. нпр. чл. 7 ЗКП Италије, где су услов за вођење преторског поступка кривична дела са прописаном казном лишења слободе до 4 године и/или новчаном казном.

²⁵Вид. нпр. чл. 419 пољског ЗКП у вези са поједностављеним поступком.

²⁶Такав је случај са мандатним поступком, чији предмет могу бити иступи (Француска); иступи и таксативно набројани преступи (Луксембург); иступи и преступи (Египат); само преступи (Немачка, Аустрија).

²⁷Овај критеријум познаје немачко право, по коме тзв. убрзани поступак води *Amtsgericht* као суд нижег ранга. Скраћени поступак у Словенији води окrajно содишче а у Аустрији *Bezirksgericht*.

могу на разне начине комбиновати.²⁹ Посезање за неким од њих могу диктирати не само криминалнополитички, већ и правнотехнички разлози, при чему може бити од значаја и начин расподеле законодавних компетенција у одређеним материјама.

3.2. Једноставност чињеничне грађе

Могућност изостављања претходног поступка може почивати и на једноставности чињеничне грађе. Ако је једноставна ствар она „чија се радња никада не може сматрати као конкуренција многих делатних ствари,³⁰ онда такав атрибут заслужује оно чињенично стање, чија монолитност упућује на лакоћу његовог утврђивања.³¹ Управо лакоћа доказивања легитимира упрошћавање поступка. Мислимо да будућност процесног законодавства почива на све већем уважавању критеријума који се имају ценити конкретно, према околностима случаја. Иако у ред таквих спада и стање чињеничне грађе, процесни варијабилитети по том основу су ретки.³²

Једноставност чињеничног стања као основ посебних упрошћених форми нема самосталан карактер, већ се комбинује са другим основима. Такав је нпр. случај са убрзаним поступком у немачком праву, који поред надлежности суда нижег ранга претпоставља једноставност чињеничног стања или јасноћу у вези са доказима.³³ Степен сложености предмета је један од препоручених критеријума при одлучивању о неопходности тј. непотребности спровођења истраге.³⁴ Његова легитимност као основа диференцијације процесних форми је потвђена и на 9. криминолошком колоквијуму Европског Савета у Стразбуру, 1989.³⁵

²⁸То је важно ограничење у мандатним поступцима у којима се могу изрећи само најлакше кривичне санкције: новчана казна неограничено или до одређеног максимума, поједине споредне или посебне казне или мере (одузимање предмета, одузимање возачке дозволе, итд), у Немачкој и условна казна лишења слободе до једне године.

²⁹Тако се наш ЗКП из 1976. определио за комбинацију метода прописане казне (новчана казна или затвор до три године) са методом надлежног суда (суд који суди само у првом степену, тј. општински суд)

³⁰I. Kant, Критика чистог ума, Загреб, 1984, с. 181.

³¹У том смислу и О. Mayer, када каже да једноставно стање ствари омогућава утврђивање кривичноправне одговорности путем „unaufwendige Ermittlungen,, (O. Mayer, Neue Massnahmen zur höheren Wirkseimkeit des Ermittlungsverfahrens, Neue Justiz 7/1973, s. 194).

³²Уколико и има настојања за прилагођавањем процесних одредби у том смислу, она су углавном руковођена потребом решавања проблема које изазивају супротни, сложенији случајеви. Једини такав варијабилитет у нашем праву је продужење рока за писмену изразу пресуде у сложеним стварима, са редовних осам на изузетних 15 дана (чл. 360/1 ЗКП).

³³Вид. чл. 417 немачког ЗКП. Једноставност чињеничног стања као услов за вођење убрзаног поступка је била предвиђена и у ДДР (чл. 257/1 ЗКП).

³⁴Recommandation No R (87) 18 од 17.09.1987.

³⁵Вид. Conseil de l'Europe, Lenteurs dans le systeme de justice penale, 1991, s. 136. О потреби уважавања степена сложености чињеничне основице дела при обликовању процесних форми, пише и М. Грубач, Рационализација кривичног поступка упрошћавањем процесних форми, Зборник Правног факултета у Н. Саду 1-3/1984, с. 291. Сложеност кривичне ствари помиње и Д. Димитријевић, али у једном другом контексту (Кривично процесно право, Београд, 1982, с.28).

3.3. Довољност доказне грађе

Структура опште процесне форме почива на различитом квантуму односно убедљивости доказне грађе потребне за наступање појединих процесних фаза, што се често може видети и из формулације њихових циљева. Безусловно следи ту форму, независно од јачине доказног материјала прибављеног у конкретном случају, може довести до непотребног дуплирања посла, губитка времена и средстава.³⁶ Ако се ранијег момента у развоју поступка располаже доказном грађом, која се редовно очекује тек од касније процесне фазе, умесно је размишљати о могућности изостављања оног дела поступка чија је сврха већ остварена.

Тако нпр. могућност непосредног оптужења почива на процесном основу довољности доказне грађе, који може бити допуњаван и другим основима (значај и тежина дела, сагласност процесних субјеката). Стога је основни услов његове примене такав степен расветљености дела у преткривичном поступку, који тужиоцу ставља на располагање јаку доказну грађу, која чини непотребним претходно вођење истраге. Инсистирање на вођењу истраге у сваком случају, па и онда када се и без ње може подићи утемељен оптужни акт, изгледа бесмислено. Она у том случају само непотребно продужава трајање ионако дугог кривичног поступка. Због тога се у таквој ситуацији тужиоцу даје право избора између општег поступка са истрагом и непосредног извођења окривљеног пред судећи суд. Убедљивост доказне грађе може говорити и о могућности мериторног одлучивања без одржавања главног претреса (нпр. мандатни поступци).

Прескакању појединих процесних фаза позивом на довољност доказне грађе не може се порећи целисходност. Остаје питање да ли убедљивост такве грађе умањује чињеница што се субјекти и начин њеног прикупљања разликују од оних који фигурирају у општој процесној форми. Наиме, до такве доказне грађе по правилу долазе органи који не уживају довољно поверења, било због своје заинтересованости (јавни тужилац), било због одсуства потребних формалности (полиција, истражни органи). Зато се одступања по овом основу могу допустити само након озбиљне анализе случајева који то оправдавају, и морају бити праћена пружањем адекватне заштите окривљеном. Осим тога, таква одступања треба ограничити само на лакша кривична дела, због чега је пожељно овај основ комбиновати са значајем и тежином кривичног дела.³⁷

³⁶Довољност доказа као критеријум процесне диференцијације помиње и М. Joutsen, HEUNI 3/1984, s. 9.

³⁷У нашој теорији је критикована могућност подизања тзв. неправне непосредне оптужнице по одобрењу истражног судије за сва дела са прописаном казном затвора преко пет година, па и за најтежа дела (тако Д. Крапац, Процесноправни аспект проблема утврђивања чињеница у кривичном поступку, ЈРКК 3-4/1981, с. 536). У пракси су ипак успостављене неке разумне границе у том погледу, тако да се код најтежих дела одустаје од непосредног оптужења, чак и кад су она апсолутно чиста у погледу доказне грађе (вид. М. Грубиша и др. (ред), Приручник за примјену новелираног законика о кривичном поступку, Загреб, 1968, с. 53).

3.4. Флагрантност

Упрошћавање процесних форми изостављањем фазе истраге може почивати и на чињеници флагрантности. Иако по својој природи такође представља довољну доказну грађу, ми смо је издвојили као посебан основ из више разлога. Посебно место које заузима у материјалним условима неких процесних форми, сведочи о потреби да се одступања од општег поступка правдана довољношћу доказне грађе, вежу за специфициране, а не било које изворе сазнања. Њихово истицање у том смислу претпоставља придавање од стране законодавца јаче снаге у односу на другу неиздиференцирану доказну грађу, која би се могла сматрати довољном за нека, али не сва одступања од опште форме. О већем степену њихове убедљивости сведочи не само околност да им је остала доказна грађа код одређених процесних форми неконкурентна, него и да те форме, по правилу, повлаче радикалнија одступања од опште процедуре. Тако нпр. чињеница флагрантности у неким правима може имати за последицу изостанак комплетног претходног стадијума (нпр. поступак за дела учињена на главном претресу), док довољност доказне грађе повлачи само могућност изостављања истражне фазе (нпр. поступак непосредног оптужења).

Флагрантни³⁸ деликти су они чији је учинилац затечен на делу. Појам затечености може бити споран, уколико није законом прецизиран. Несумњиво је да он обухвата случајеве извршења деликта у присуству, односно наочиглед једног или више лица. Флагрантност може бити схваћена и у ширем смислу, и односити се и на случајеве у којима из одређених околности закључујемо да је деликт управо учињен од стране одређеног лица, иако се сам чин не дешава пред очевицима. Пример за то нам пружа француско право, које поред правих флагрантних кривичних дела (која се дешавају или су се управо десила пред очевицима), познаје и тзв. претпостављену (*flagrance repete*) и уподобљену флагрантност (*flagrance assimile*).³⁹ Флагрантност се претпоставља уколико у кратком времену након учињеног дела, осумњиченог прати јавна повика (*clameur publique*),⁴⁰ или је нађен да поседује предмете, или оставља трагове или индиције, из чега се може извући закључак о његовом учинилаштву.⁴¹ Осим тога, са флагрантним делима су

³⁸лат. *flagrans, ntis* - што гори, ватрен, жесток, живахан, жив.

³⁹Идентична решења у том погледу имају туниско и сенегалско законодавство, што сведочи о видном француском утицају (вид. Хелсинки, с. 225, 240).

⁴⁰Овакву реакцију лица која гоне учиниоца који је управо учинио деликт, треба разликовати од јавне фаме, са широким и непрецизним сумњама, која нема никакве везе са флагрантним деликтима. То се истиче и у белгијском праву: иако је у њему постулирана флагрантност у ширем смислу, истиче се потреба за њеном стриктном интерпретацијом, при чему је услов примене изузетне процедуре да се одмах утврди постојање флагрантности (вид. С. Vouyoucas, *Procedures sommaires en matiere penale, rapport general pour XIV Congres international, Academie Internationale de Droit compare, section VB, Athenes, 1994, s. 65*). Легитимност такве акције гоњења је у бразилском законодавству условљена чињеницом да је започела непосредно након учињеног деликта и да траје све до момента хапшења.

⁴¹Сличне одредбе налазимо и у праву које је раније важило на нашим просторима. Тако према чл.142 Мађарског XIII законског чланка о кривичном поступку из 1896 (примењиван и у Војводини), хватање на делу постоји и када сведок очевидац или неко од њега упозорен, сместа после почињења кривичног дела ухвати или га узме гонити. Према чл. 114 ЗСКП из 1929, случајеви затицања на делу су: када неко учиниоца или саучесника затече при самом извршењу кривичног дела; када неко као очевидац

изједначени и случајеви у којима је деликт учињен у кући чији легитимни држалац захтева од тужиоца или полицијског службеника да то установи.⁴² Наш законодавац не дефинише флагрантност, а у теорији доминира екстензивно тумачење.⁴³

3.5. Признање окривљеног

У неким правима, значај признања се не исцрпљује само у његовој одбрамбеној и доказној функцији, већ представља и самосталан или допунски основ појединих упрошћених процесних форми. Континентална права, са изузетком неких скандинавских земаља, по традицији нису показивала спремност придавања признању тако значајног ефекта.⁴⁴ Уопште узев, ако је у њима и била присутна та трећа, процесно-обликујућа функција признања, она се углавном пробила у оним процесним формама чије упрошћавање почива на искључењу ранијих процесних фаза, препаративног и/или контролног карактера. Ради се управо о процедурама у којима окривљени бива непосредно изведен пред судећи суд, без претходне фазе судске истраге и/или контроле оптужбе, при чему признање врши функцију која је у другим правима поверена општијем основу - довољности доказне грађе. Нека процесна законодавства га стављају у исти ранг са чињеницом флагрантности, која искључује читав претходни стадијум.⁴⁵ Такво уважавање признања је могуће с обзиром на нижи степен уверења о истинитости чињеница, који се захтева за подизање оптужбе. Признање окривљеног може имати за последицу не само изостајање претходног поступка, већ и комплетног главног претреса, као што је случај са мандатним поступцима у неким земљама.⁴⁶ Допустивост признања као допунског основа у овом случају оправдава се лако могућношћу дезавуисања изречене мандатне казне, простом изјавом окривљеног да жели вођење општег поступка.

одмах по учињењу кривичног дела ухвати учиниоца или саучесника; када је неко одмах иза учињеног кривичног дела затечен с оружјем или с предметима, који проистичу од кривичног дела или бар упућују на његово учествовање у том делу.

Исти домет има и квази-флагрантност у Грчкој. Претпостављена флагрантност се уважава и у Бразилу, али само у односу на дела чије је извршење већ започето. Наиме, Врховни суд Бразила је на становишту да су искључене флагрантне припремне радње, у вези са којима су код учиниоца нађена одређена средства (вид. Ц. Воууоуас, оп. цит., с. 66). За Италију вид. чл. 382 ЗКП.

⁴²Тражи се да постоји позив из унутрашњости куће (чл. 53 француског ЗКП). На сличан начин су флагрантни деликти били регулисани и у Code d' instruction criminelle из 1808. (чл. 41 и 46).

⁴³Тако нпр. Т. Васиљевић, М. Грубач, Коментар ЗКП, с. 342; V. Bayer, Југославенско кривично процесно право I, Загреб, 1982, с. 73; Д. Радуловић, оп. цит., с. 202. За рестриктивно тумачење залаже се П. Марина, Коментар ЗКП, с. 188.

⁴⁴Тек у новије време назире се приближавање континенталних права англосаксонском систему, уважавајући признање као допунски основ упрошћавања поступка и у главном стадијуму. (вид. наш рад, Признање окривљеног као основ посебних процесних форми, Правни живот 9-12/2000).

⁴⁵Такво дејство признања познаје убрзани поступак Мађарске, као и италијански гнудизио диреттисимо (чл. 449/5 ЗКП).

⁴⁶Примера ради, признање је обавезан услов за изрицање мандатне казне у Мађарској, кантону Zürich и бившем ДДР.

3.6. Сагласност процесних субјеката

Будући да упрошћене процесне форме могу довести у питање интересе заступане од појединих процесних субјеката, један од начина њиховог легитимисања је условљавање њихове примене сагласношћу тих субјеката. Сагласност процесних субјеката најчешће представља допунски, а изузетно и самостални основ процесне диференцијације, који не мора нужно карактерисати све упрошћене процесне форме. При томе може бити захтевана сагласност сва три процесна субјекта (нпр. мандатни поступци) или само неких од њих (нпр. тужиоца и суда код непосредне оптужнице по чл. 244/1 нашег ЗКП; самог тужиоца код непосредне оптужнице по чл. 244/6). Зависно од кога потиче и у ком тренутку се даје, сагласност може бити различито термилолошки означена. Тако се нпр. саглашавање окривљеног често означава као његов пристанак, а саглашавање суда као одобрење. Субјекат који иницира примену процесне форме (најчешће тужилац)⁴⁷, то чини у облику захтева или предлога.

Могли бисмо рећи да је пристанак окривљеног потребан у случајевима у којима може учинити допуштеним она одступања од општег процесног режима, за која можемо претпоставити да би редовно угрожавала његове интересе, и чија примена против његове воље не би била легитимна. Најчешће се ради о одступањима од правила која су у функцији заштите самог окривљеног. При томе се полази од резона да оно што је установљено у интересу окривљеног, не би требало да се претвори у његову штету. Другим речима, ако сам окривљени налази да је у његовом интересу другачије поступање, нема разлога да се оно законом не дозволи.

Иако је свако упрошћавање поступка на неки начин ускраћивање права окривљеног, оно не мора увек бити условљено пристанком окривљеног. Тако се нпр. пристанак окривљеног не тражи у скраћеним поступцима, поступцима непосредног оптужења,⁴⁸ убрзаним поступцима за флагрантне учиниоце лишене слободе и убрзаним поступцима за флагрантне учиниоце на слободи. Савремена законодавства су на различитим позицијама по питању пристанка окривљеног као услова за примену убрзаних форми за флагрантна дела учињена на главном претресу. У том смислу постоје како екстремна, тако и мешовита решења. Примера ради, пољско, немачко и италијанско право апсолутно условљавају важност ове процесне форме пристанком окривљеног, док га аустријско захтева само у случају проширења оптужбе за дело теже од оног у првобитној оптужници.⁴⁹ У Француској је пристанак окривљеног 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.⁵⁰ Наш ЗКП га не захтева ни у једном

⁴⁷Неке посебне форме може иницирати и сам окривљени (нпр. италијански *giudizio immediato*).

⁴⁸Код нас је 1967. био предвиђен пристанак окривљеног као услов за тзв. неправу непосредну оптужницу по одобрењу истражног судије (чл. 149/2 ЗКП из 1953. након измена из 1967), али га ЗКП из 1976. више није тражио.

⁴⁹За 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).

⁵⁰Вид. F. Casorla, *La celerite du proces penal en droit francais*, RIDP 3-4/1995, s. 529, 546.

случају за флагрантна дела учињена или откривена на главном претресу. *Summary trial* у англоамеричком праву, у коме изостаје фаза прелиминарног испитивања доказа (*committal proceedings*), може се водити и за средње тешка кривична дела (*indictable offences*) уз пристанак окривљеног.⁵¹ С друге стране, треба имати у виду да окривљени својим пристанком не може легитимирати сва одступања од опште процедуре, уколико би она била неспојива са општеприхваћеним процесним стандардима.

Такође треба имати у виду да су пристанак окривљеног и његово признање два различита основа, која не морају имати никакве узајамне везе. Они могу бити предвиђени као самостални или као допунски основи. Ни у једном, ни у другом случају не може се из постојања једног аутоматски закључивати о постојању другог. С друге стране, неке процесне форме почивају само на пристанку окривљеног, не нужно и на његовом признању (нпр. италијански *giudizio immediato*). Ни у том случају дато признање не може бити замена за пристанак, и само по себи не овлашћује на примену наведених форми. Најзад, нема сметњи да посезање за неком формом буде условљено истовремено и признањем и пристанком окривљеног. Такав је нпр. случај у кантону Zürich, где је мандатни поступак условљен признањем, али и накнадним пристанком окривљеног, који се исказује прећутно, пропуштањем благовременог изјављивања приговора на судску одлуку.

Законом може бити прописана посебна форма давања пристанка, путем усмене изјаве примљене на записник или путем писменог поднеска окривљеног, аутентичност чијег потписа би била оверена од стране надлежног државног органа. У неким правима, воља окривљеног може бити изражена лично или преко специјалног пуномоћника.⁵² Добровољност пристанка у неким процесним формама може гарантовати и обавезна одбрана.⁵³

Од пристанка окривљеног треба разликовати обавезу његовог претходног саслушања, као посебан услов заснивања појединих форми. То саслушање може бити у рукама тужиоца (нпр. *giudizio immediato* у италијанском праву, чл. 453/1) или суда (нпр. непосредна оптужница по чл. 244/1 и поступак за кажњавање пре главног претреса по чл. 451/2 нашег ЗКП).

Захтевање сагласности осталих процесних субјеката оправдано је потребом заштите њихових интереса. Тако је инсистирање на тужичевој подршци, а нарочито иницијативи, више у складу са оптужним начелом, осим што може бити потребно и због заштите интереса оптужбе, који би у неким формама могли бити доведени у питање (нпр. било би неоправдано налагати тужиоцу да и у случају тежих кривичних дела иде на непосредно оптужење, ако није сигуран у довољност прикупљене доказне грађе). Изузев скраћених поступака који су за овлашћеног тужиоца обавезна форма поступања, остале упрошћене процесне форме засноване

⁵¹У Аустралији могу бити сумарно суђена без пристанка окривљеног и нека дела из категорије *indictable offences*, што се критикује (вид. Хелсинки, *op. cit.*, s. 171).

⁵²Тако нпр. италијански *giudizio immediato* (чл 438/3 и 439 ЗКП Италије).

⁵³У англоамеричком праву је обавезна одбрана једна од гаранција добровољности признања.

на изостанку фазе истраге су редовно препуштене избору самог тужиоца. Изузетак је протоколарна форма у Русији, која обавезује тужиоца на примену увек кад су испуњени законски услови.⁵⁴ Тужилац цени целисходност и убрзаног поступка за флагрантна дела учињена на главном претресу и није дужан да га користи иако су се стекли сви законски услови.⁵⁵

Редовно ће бити неизбежно и одобрење суда, јер се у њему изражава његова надзорна функција, која утолико више добија на значају, уколико су већа овлашћења призната странкама. Судском контролом може се спречити злоупотреба таквих овлашћења. Тако је нпр. за подизање тзв. неправне непосредне оптужнице потребна сагласност истражног судије.⁵⁶ Осим провере испуњености законских услова за вођење посебног поступка, суд може бити овлашћен и на оцену целисходности његовог покретања. Такав је нпр. случај код убрзаних поступака за флагрантне учиниоце лишене слободе,⁵⁷ као и за дела учињена или откривена на главном претресу.⁵⁸

Од сагласности странака којима се диспонира самим процесним формама, треба разликовати њихову сагласност о предмету оптужења и/или казни, коју као власт диспонирања материјалним казненоправним захтевом, познају нека права. С друге стране, она се не може поистоветити ни са претходним саслушањем странака, које је у неким случајевима обавезно. Тако нпр. код кривичног дела оптуженог учињеног или откривеног у току главног претреса, веће ће по правилу, по оптужби овлашћеног тужиоца, проширити главни претрес и на то дело, а може, по саслушању странака одлучити да се за новоучињено или новооткривено дело посебно суди (чл. 342 нашег ЗКП).⁵⁹

4. Преглед најважнијих упрошћених процесних форми заснованих на изостанку претходног поступка

(1) Сумарне или скраћене процесне форме се заснивају на малом значају и тежини кривичног дела. Почивају на обавезном изостанку комплетног претходног стадијума, а често су праћене и модификацијом главног претреса у циљу његовог неформалнијег, неспутанијег и бржег одвијања. То су најстарије, најраспро-

⁵⁴Вид. L. Golovko, La celerite de la procedure penale en droit Russe, RIDP 3-4/1995, s. 647.

⁵⁵Тако Т. Васиљевић, Систем, с. 521; М. Грубач, Кривично процесно право посебни део, Београд, 2002, с. 73-74.

⁵⁶Вид. чл. 244/1 нашег ЗКП.

⁵⁷У Португалији суд може у свако доба спречити вођење овог поступка због неиспуњености законских услова или због сложености случаја, одлуком која се не може побијати (A. Rodrigez, La celerite de la procedure penale au Portugal et son experience, RIDP 3-4/1995, s. 634. Слично је и у Италији (чл. 452/1 ЗКП).

⁵⁸Тако М/ Грубач, *op. cit.*, с. 73-74.

⁵⁹Претходно саслушање странака је предвиђено и код низа др. установа у оквиру опште форме (чл. 84/1(2); 288; 305/1; 333/2; 338/2 нашег ЗКП).

страњеније⁶⁰ и најмање спорне посебне форме поступања. Извођењу окривљеног пред судећи суд у скраћеним поступцима претходе само неформални полицијски или тужилачки извиђаји. Судска истрага се не води, али се негде предвиђа могућност брзог извођења појединих истражних радњи на захтев овлашћеног тужиоца, и уз сагласност истражног судије.⁶¹

(2) Сумарне процесне форме у англоамеричком праву (*summary trial*) почивају на изостанку фазе прелиминарног испитивања доказа и убрзању главног претреса. Заснивају се на значају и тежини кривичног дела, понекад праћеним сагласношћу процесних субјеката.

(3) Убрзане процесне форме за флагрантна кривична дела такође почивају на изостанку комплетног претходног стадијума. Њихова је суштина у брзом извођењу окривљеног пред судећи суд. Главни стадијум се обично не разликује од опште процедуре, осим што је понекад у знаку краћих рокова. Заснивају се на чињеници флагрантности, комбинованој са значајем и тежином кривичног дела, а понегде и са признањем и сагласношћу процесних субјеката.

Ове процесне форме могли бисмо поделити у три групе: за учиниоце лишене слободе,⁶² за учиниоце на слободи,⁶³ и за дела учињена или откривена на главном претресу.⁶⁴ Њихова примена је препуштена избору тужиоца.

(4) Многа права⁶⁵ познају и форме непосредног оптужења, односно могућност директног извођења окривљеног пред судећи суд, при чему изостаје иначе обавезна истрага, док се задржава фаза стављања под оптужбу, заједно са њеном контролом. Никаких одступања нема ни у главном поступку првог степена и поступку правних лекова. Обично се такво изостајање истраге третира само као врста општег кривичног поступка, који је у том случају непотпун.⁶⁶ Сматрамо да непосредно оптужење има статус посебне процесне форме, јер се одликује и посебним основом и посебном структуром.

Могућност непосредног оптужења почива на процесном основу довољности доказне грађе, који може бити допуњаван и другим основима (значај и тежина дела, сагласност процесних субјеката). За разлику од скраћених поступака, његова примена је факултативна.

(5) Неке процесне форме су засноване на изостанку само фазе контроле оптужбе. Овде спада италијански *giudizio immediato* у коме изостаје претходна

⁶⁰ Поред нашег права, познаје их немачко, аустријско, пољско, мађарско, италијанско, хрватско, словеначко право, итд.

⁶¹ Тако код нас јавни тужилац може поднети оптужни предлог на основу саме кривичне пријаве (чл. 434/2), али и на основу одређених истражних радњи, предузетих по његовом предлогу од стране истражног судије (чл. 435). Тако и чл 431 ЗКП Словеније.

⁶² Постоје у Француској, Грчкој, Италији, Мађарској, Португалији, Холандији, кантону Неуцхател, Малти, Мароку, Сенегалу, Тунису.

⁶³ Нпр. у Француској, Белгији, Италији, Русији, Сенегалу.

⁶⁴ Тако нпр. у нашем, аустријском, немачком, италијанском, пољском, француском праву.

⁶⁵ Наше, аустријско, француско, грчко, белгијско, швајцарско, аргентинско право...

⁶⁶ Тако М. Грубач, КПП И, с. 20. Такав став је често присутан и у иностраној литератури (тако нпр. национални референт за Француску на Конгресу у Атини, вид. С. Vouyoucas, *op. cit.*, s. 33).

контрола подигнуте оптужбе на прелиминарном рочишту. Заснива се на довољности доказне грађе а могу га иницирати како тужилац, тако и окривљени.

(6) Мандатни поступци⁶⁷ су карактеристични пре свега по изостанку главног поступка. Огледају се у томе што суд на предлог јавног тужиоца, а на основу увида у претходно прибављени писмени материјал, ван главног претреса, издаје налог за кажњавање окривљеног, који у случају неоспоревања постаје дефинитиван и извршан, уподобљавајући се са правноснажном пресудом. Будући да су резервисани за најлакша кривична дела, у овим поступцима истовремено изостаје и фаза истраге као и контроле оптужбе путем приговора против оптужнице. Ред процесних фаза је овде обрнут: одлука се доноси на почетку процеса, а даље фазе служе оцени да ли одлука треба да остане или да се замени другом донетом у општем поступку.⁶⁸

*Snežana Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law in Novi Sad*

Absence of a Preliminary Stage in Summary Proceedings

Abstract

This article underlines the possibility and need to avoid certain preliminary stages in summary proceedings. There are few grounds which give rise to summary proceedings: gravity of a crime, undisputed facts, sufficient evidence, confession of the accused and consent of all parties. This article also gives overview of most important summary proceedings.

⁶⁷Познати су у Аустрији, Немачкој, Пољској, Мађарској, Италији, свим швајцарским кантонима, Француској, Луксембургу, Шведској, Финској, Јапану, Египту, а однедавно и код нас и у Хрватској.

⁶⁸Т. Васиљевић, Систем, с. 458.

Мр Татјана Лукић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ПРЕТХОДНО (припремно) РОЧИШТЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: У раду је детаљно приказан институт претходног рочишта у кривичном поступку и указано је на спорна питања која се намећу приликом примене овог института. Аутор је настојао да укаже на значај и учинак претходног рочишта у кривичном поступку, али је исто тако приказао стање у пракси.

Кључне речи: претходно рочиште, истрага, кривични поступак.

Кривични поступак је, као и сваки други процес динамичан. Поступак мора бити у сталном покрету и развоју да би дошао до свога циља. Кривични поступак је једна компилација разноврсних и многобројних процесних радњи, које предузимају процесни субјекти, на основу својих законом утврђених права и дужности и то према законом утврђеном редоследу. Процесни субјекти, предузимањем тих радњи, заснивају један процесно-правни однос, који ће бити окончан испуњењем процесног циља.

Предузимањем разноврсних и многобројних процесних радњи процесни субјекти остварују различите непосредне циљеве и самим тим је немогуће спровести кривични поступак од почетка до краја у једној истој процесној форми и пред једним судским органом. Тако се кривични поступак нужно дели на више посебних и релативно самосталних деоница који воде различити судски или несудски органи, према посебним процесним правилима, остварујући различите процесне циљеве. Те деонице кривичног поступка су *стадијуми* (шире деонице) и *фазе* (уже деонице). Наш кривични поступак је подељен на : *претходни стадијум* и *стадијум главног поступка*.

Стадијум претходног кривичног поступка је, уствари, припремни део за главни поступак који представља суђење у правом смислу речи.

Има кривичних случајева у којима никакво претходно истраживање пре суђења у главном претресу није потребно. Једноставност чињеничне основице у тим случајевима, дозвољава њихово непосредно изношење пред судећи суд. Међутим, постоје и сложени случајеви кривичних дела који не могу бити непосредно прослеђени судећем суду. Без претходне припреме, поступак пред тим судом би био веома компликован, а у већини случајева и потпуно немогућ. Због тога неким суђењима треба да претходи једна врста припремног поступка, који се може различито назвати (истрага , ислеђење итд.), који може бити различито организован, поверен судским или несудским органима или и једнима и другима, али који увек има задатак да омогући основано извођење осумњиченог пред судећи суд.

Истрага, као део кривичног поступка (тачније претходног стадијума), несумњиво представља најзначајнији и уједно најделикатнији део поступка. У прилог томе говори чињеница да заснивање и исход главног поступка највећим делом зависи од резултата до којих се дошло у истрази. Више од тога, истрага је значајна за заштиту људских права, која у тој почетној фази поступка могу бити повређена много више него у главном поступку пред судећим судом. Значај и тежину истраге истиче и сам законодавац, предвиђајући истрагу у нашем кривичном поступку као обавезну за кривична дела за која је прописана казна затвора преко пет година , значи за тежа кривична дела (чл.243. ст.3. ЗКП-а).

Истрага је прва фаза стадијума претходног поступка коју решењем отвара истражни судија или веће на захтев државног тужиоца¹, против одређеног лица када постоји основана сумња да је учинило кривично дело (чл.241.ст.1. , чл.242.ст.1. и чл.243.ст.1. и ст.7.).

Први и основни циљ истраге је да пружи материјал овлашћеном тужиоцу за подизање тужбе (позитивни циљ истраге), а ако се утврди да такав материјал не постоји, да се према окривљеном кривични поступак обустави (негативни циљ истраге)².

Истрага је судска делатност у два смисла: истрагу својом одлуком отвара и спроводи суд.

Истрага се отвара координираном делатношћу овлашћеног тужиоца и суда. Тужилац захтева спровођење истраге, а суд одлучује о том захтеву. То је акт судске контроле који спречава тужиоца да поступак према окривљеном покрене неосновано или незаконито.

Када истражни судија надлежног суда прими захтев за спровођење истраге, заједно са кривичном пријавом, списима и записницима о формалним и неформалним радњама које су предузете, као и предметима који могу послужити

¹ Иако Законик о кривичном поступку у свим одредбама о истрази говори о државном тужиоцу , све те одредбе се примењују и на оштећеног као тужиоца и на приватног тужиоца што се види у члану 259. ЗКП-а.

² Проф.др Момчило Грубач, Кривично процесно право – посебни део (друго измењено и допуњено издање), Службени гласник Београд 2002.год., стр.48

као докази, он треба да размотри све те списе, затим да саслуша осумњиченог³ и на крају да одлучи о захтеву.

Пре него што одлучи о захтеву, истражни судија има шире могућности расветљавања питања основаности захтева за спровођење истраге, заказивањем *посебног рочишта*⁴. То рочиште нема никакав назив у Законику, али је оно у пракси познато као “ претходно рочиште “. На то претходно рочиште истражни судија позива овлашћеног тужиоца и осумњиченог уколико је потребно да се изјасне о околностима које могу бити од важности за одлучивање о захтеву или ако истражни судија сматра да би из других разлога било целисходно њихово усмено изјашњавање (чл.243.ст.3. ЗКП-а)⁵.

Циљ претходног рочишта је да омогући истражном судији да са што већом сигурношћу оцени основаност захтева за доношење решења о спровођењу истраге, али много више да јавном тужиоцу омогући да у непосредном личном додиру са осумњиченим, под руководством истражног судије, боље прилагоди свој захтев стварном чињеничном стању које ће се на рочишту разјаснити.

По својој процесној природи у питању је рочиште под којим се подразумева долазак странака у исто време у суд, а ради учествовања у одређеним процесним радњама.

Претходно рочиште може бити заказано и пре и после саслушања окривљеног, али увек пре доношења решења о спровођењу истраге.

О потреби одржавања овог рочишта одлучује истражни судија, али заказивање рочишта може да одреди и веће које одлучује о неслагању између истражног судије и овлашћеног тужиоца поводом захтева за спровођење истраге, ако је за одлуку већа потребно разјашњење одређених чињеница. Иницијатива за одржавање претходног рочишта може потећи и од странака, али она није обавезујућа за суд.

Законик предвиђа да се на ово рочиште позивају државни тужилац и осумњичени (чл.243.ст.3.ЗКП-а). Иако није изричито наведено да и бранилац може да присуствује овом рочишту, то произилази из чл.243.ст.4. ЗКП-а где се каже да ће осумњиченог који је позван по ставу 3. овог члана, поучити истражни судија у смислу чл.89.ст.2. Законика. Из овога произилази да се у погледу позивања и испитивања осумњиченог према коме се захтева спровођење истраге, примењују одредбе које важе за окривљеног. Окривљеном се саопштава за шта се окривљује, који основи сумње стоје против њега, да није дужан да износи своју одбрану и да

³ Пре доношења решења истражни судија ће саслушати осумњиченог, осим ако постоји опасност од одлагања (чл.243. ст.2. ЗКП-а).

⁴ Новелом Законика о кривичном поступку из 1967.год. први пут је уведен институт претходног рочишта код нас и одржао се све до данас.

Овај институт постоји данас и у Закону о казненом поступку РХрватске (чл.189.ст.2 ЗКП-а) и у Закону о кривичном поступку Федерације БиХ (чл.151.ст.3 ЗКП-а).

⁵ Док наш ЗКП и Закон о кривичном поступку Федерације БиХ предвиђају да се на претходно рочиште могу позвати државни тужилац и осумњичени, ЗКП РХрватске проширује круг лица која могу бити позвана на то рочиште, а то су оштећени и његов опуномоћеник, али њихов недолазак не спречава одржавање рочишта.

одговара на постављена питања, као и да им право на браниоца у складу са чл.13.ст.3. Законика⁶.

Овлашћени тужилац се позива, јер треба да учествује у једној заједничкој радњи, и да сам пружи разјашњења, а не обавештава се, као што се то чини у случајевима када присуствује процесној радњи која се предузима са трећим лицем⁷.

Иако разјашњење на претходном рочишту првенствено служи истражном судији за његову одлуку, странке у исто време могу чинити и своје предлоге, као нпр. у погледу доказа везаних за дате изјаве, а државни тужилац може на разне начине модификовати свој захтев за спровођење истраге, изменити га или допунити у погледу чињеничног стања или правног дефинисања, предложити да се одлука о захтеву не доноси док не прибави накнадна обавештења у вези са оним што се појавило на рочишту, предложити доношење решења о непосредном подизању оптужнице, или повући захтев и одбацити кривичну пријаву. Све ово претпоставља обавезно вођење записника о рочишту, што је у складу и са чл. 174. ст.1. ЗКП-а по коме се о свакој радњи предузетој у кривичном поступку мора водити записник.

Ово претходно рочиште је у Законику доста неодређено и по садржини и по циљу и око њега се отвара неколико питања.

Прво питање је шта обухватају ова разјашњења. Законском формулацијом “околности које могу бити од важности за одлучивање о захтеву или ако истражни судија сматра да би из других разлога било целисходно усмено изјашњавање странака” није постављена никаква граница. Изјашњења која истражни судија жели да добије могу бити у корист и на штету окривљеног, никако само околности које могу искључити отварање истраге. Околности о којима се странке изјашњавају могу бити најразличитије, а њих одређује истражни судија јер њему и служе. Битно је само да оне морају бити од важности за одлучивање о захтеву, или да истражни судија сматра да би узимање изјава иначе било целисходно. Неопходно је нагласити да у односу на осумњиченог претходно рочиште није испит, тј. изјашњавање о целокупном кривичном захтеву државног тужиоца, већ о појединим

⁶ Неопходно је указати на разлику у односу на решење које је постојало у претходном Закону о кривичном поступку из 1976.год. Наиме,према чл.159.ст.4.тог закона, у погледу позивања и испитивања лица против кога се захтевало спровођење истраге, примењивале су се одредбе овог закона о позивању и испитивању окривљеног у смислу члана 218.ст.2. закона, према коме се окривљеном саопштавало зашто се окривљује, основи сумње који стоје против њега, да није био дужан да изнесе своју одбрану, као ни да одговара на постављена питања и била му је дата могућност да изнесе било шта што је имао у своју одбрану. Изостало је обавештавање о праву да узме браниоца и могућност да бранилац присуствује рочишту. Постављало се питање да ли је ово обавештавање изостало због тога што је присуствовање адвоката овом рочишту било немогуће, па због тога ни одговарајуће поуке није могло бити, или је изостало због тога што се у овој ситуацији сматрало да нема потребе указивати на ту могућност осумњиченом. Без обзира који је био разлог томе, осумњичени без стручне помоћи, је могао дати податке који би се касније користили као доказ против њега, или пропустити да да предлоге или примедбе и због тога да трпи штету, односно да непромишљено да пристанак који би га касније везивао, као нпр. подизање непосредне оптужнице и сл.

⁷ Проф.др Тихомир Васиљевић & Проф.др Момчило Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд 2002.год., стр. 469.

питањима. На претходном рочишту истражни судија поставља питања странкама, после чега и саме странке могу узајамно постављати питања и чинити предлоге.

То је контрадикторно расправљање, дијалог странака, али оно нема карактер пледоајеа са оценом вредности доказа, већ заузимање ставова према појединим питањима која треба да се разјасне⁸.

Друго питање је питање у ком временском тренутку ће се одржати ово рочиште. Рочиште се мора одржати пре него што се донесе решење о отпочињању истраге, а то може да буде пре испита осумњиченог или после. Рочиште после испита осумњиченог боље штити његова права и боље одговара циљевима поступка. Наиме, када осумњичени буде испитан и његов исказ упоређен са захтевом тужиоца, тек онда се, уствари, могу видети евентуална спорна питања, тј. чињенице које треба разјаснити, и добија основ за предлог странака и измене раније учињених предлога. После испита осумњиченог се исто тако може видети да рочиште није ни потребно.

Свакако је најинтересантије како се пракса понаша и изјашњава по питању примене овог претходног рочишта. Стање у Општинском и Окружном суду у Новом Саду је следеће:

Институт претходног рочишта је у пракси у последњих 5 (пет) година користило свега неколико истражних судија (око 20% судија), док већина њих овај институт није никада користила. Имајући у виду просечан број захтева за спровођење истраге од стране овлашћеног тужиоца у Општинском и у Окружном суду у Новом Саду у једној години, број истражних судија који раде у тим судовима, као и број кривичних случајева у вези са којима је одржано претходно рочиште у последњих пет година, долази се до податка да је проценат упражњавања ове законске могућности 0,08% у последњих пет година у Општинском и у Окружном суду у Новом Саду.

Разлози неискоришћености претходног рочишта у пракси се објашњавају довољним бројем разјашњених чињеница и околности у конкретним кривичним случајевима, нарочито после испита осумњиченог, које стварају јасну слику о датом случају и пружају могућност истражном судији да одлучи о захтеву за спровођење истраге. Други разлог је тај што не може да се дође до осумњиченог због немогућности да се утврди пребивалиште и боравиште истог, па уколико се деси да ни после објављивања потернице не може да се дође до осумњиченог лица, спровођење претходног рочишта је немогуће.

Исто тако, сматра се да и осумњичени и овлашћени тужилац могу своје захтеве да остваре кроз друге редовне институте у кривичном поступку.

Значај истражног судије је изузетно велик када се има на уму да је он прва брана, тј. први контролни пункт захтеву овлашћеног тужиоца за спровођење истраге. Да би донео исправну одлуку о евентуалном покретању истраге, истражни судија има могућност, која је уједно и његова обавеза, да пре доношења коначне одлуке о захтеву тужиоца, а после прегледаног комплетног материјала који је

⁸ Проф.др Тихомир Васиљевић, Систем Кривичног процесног права СФРЈ, Београд 1971.год., стр.480.

приложен уз захтев за спровођење истраге, испита осумњиченог. Али, то није једина могућност расветљавања чињеница и околности везаних за конкретан кривични случај пре доношења одлуке о захтеву тужиоца. Законодавац је пружио могућност истражном судији да спроведе претходно рочиште. Иако овај институт није законски разрађен, и иако га пракса није прихватила, он је добар. Он пружа јединствену могућност разјашњења првенствено питања правне квалификације дела, али и других правних и чињеничних питања, од којих може да зависи даљи ток и судбина конкретног кривичног случаја. Овим је пружена јединствена могућност истражном судији да изађе из “црно-белог” шаблона истраге и да покаже своју нарочиту иницијативу у расветљавању кривичног случаја. Осим тога, при непосредном личном контакту осумњиченог и овлашћеног тужиоца ствара се права слика о питањима која су неопходна и довољна за доношење исправне одлуке о захтеву тужиоца.

*Tatjana Lukić, Teaching Assistant
Faculty of Law in Novi Sad*

Preliminary Trials in Criminal Proceedings

Abstract

This article describes preliminary trials within criminal proceedings as well as its importance and problems which may arise. Investigating judge has option to order a preliminary trial in order to clarify a set of questions which might be important for the trial. The author describes how preliminary trials are conducted in courts, based on the caselaw of Municipal and District Courts in Novi Sad.

*Мр Драгиша Дракић, асистент – приправник
Правног факултета у Новом Саду*

АНАЛИЗА ПРОПИСА О НЕУРАЧУНЉИВОСТИ КРОЗ СУДСКУ ПРАКСУ

Сажетак: У првом делу рада аутор указује на велики теоријски значај института неурачунљивости, као и практични значај правилне процене урачунљивости у кривичном поступку. Истиче, да је правилна процена урачунљивости веома тежак задатак и наводи разлоге за такву тврдњу.

У другом делу рада аутор наводи резултате до којих је дошао анализом педесет две судске одлуке новосадског Општинског и Окружног суда у којима је учинилац оглашен неурачунљивим за почињено кривично дело.

У трећем делу рада анализирају се добијени резултати и доносе одговарајући закључци о стању у нашој судској пракси у погледу предметне проблематике. Ово стање аутор оцењује као незадовољавајуће. Наводи најзначајније узроке таквог стања и мере које треба предузети у циљу његовог превазилажења.

Кључне речи: неурачунљивост, правилна процена урачунљивости, анализа судских одлука, стање у судској пракси.

I

Институт неурачунљивости има велики значај и један је од фундаменталних института кривичног права. Његов значај произилази из чињенице да се (не) урачунљивост односи на психичку структуру личности (у релацији према одређеном делу), од чега зависи способност за кривицу те личности. Другим речима, урачунљивост је претпоставка виности. С тим у вези, учиниоцу који није био урачунљив у време извршења дела не може се упутити социјално – етички прекор за оно што је учинио, нити се може казнити. Њему се може само изрећи

мера безбедности психијатријског карактера, чији је циљ да се "психички апарат" учиниоца излечи или залечи, и да, као такав, не буде више опасан за своју околину. Дакле, од тога, да ли је учинилац у време извршења дела био неурачунљив или није, зависи да ли ће му се изрећи мера безбедности психијатријског карактера која је апсолутно неодређеног трајања, или казна, односно мера замене за казну. Из тога се може видети колики је значај правилне процене урачунљивости у кривичном поступку. Свака грешка по том питању може довести до несагледивих штетних последица. Тако, погрешна процена урачунљивости може довести до нпр. кажњавања тешког душевног болесника за почињено дело, односно подвргавања психички здравог човека присилном психијатријском третману. Зато се правилна процена урачунљивости у кривичном поступку намеће као императив.

Треба истаћи да поред урачунљивости и неурачунљивости, као две крајње тачке, постоји и велики број прелазних стадијума. Неки од њих су ближи урачунљивости, а неки неурачунљивости. На средини, између ова два крајња пола, налази се стадијум битно смањене урачунљивости, који наш закон дефинише, и за који веже одређена правна дејства¹. Због тога је задатак суда да одреди, не само да ли је учинилац био урачунљив, неурачунљив, или битно смањено урачунљив у време извршења дела, већ и да одреди тачан степен смањења урачунљивости између урачунљивости и битно смањене урачунљивости, односно, битно смањене урачунљивости и неурачунљивости. Ово одређивање има велики практични значај, јер степен смањења урачунљивости утиче на одмеравање казне, односно доношење одлуке суда о изрицању мере безбедности обавазног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

Међутим, правилна процена урачунљивости у кривичном поступку је веома тежак задатак. За то постоји више разлога.

Прва тешкоћа за правилно утврђивање урачунљивости произилази из природе овог института. Наиме, то је правни институт и појам који у себи садржи нормативна вредновања, јер се психичка својства личности учиниоца испитују у релацији према одређеном делу, односно кривично – правној норми која је садржана у кривично – правном пропису. Али, поред нормативне компоненте, овај институт је испуњен и значајним психијатријско – психолошким садржајем. Из тога се може закључити да је појам неурачунљивости, са формалне стране, правни појам, јер га психијатрија и психологија не познају, али је његова садржина мешовита. Ова мешовита садржина односног института захтева активну сарадњу правника, психијатара, па и психолога у кривичном поступку, ако се жели правилно проценити урачунљивост одређеног учиниоца у конкретној ситуацији. То, такође, захтева поседовање знања из области психијатрије и психологије од стране правника, и обрнуто.

Други проблем проистиче из чињенице да се институт (не)урачунљивости веже за одређено кривично дело и за тренутак његовог извршења. Тако, то није

¹ Битно смањена урачунљивост је, према нашем закону, факултативни основ за ублажавање казне, а под одређеним законским условима оваквим учиниоцима се може изрећи мера безбедности психијатријског карактера.

неко трајно стање, нити својство личности појединца, већ привремени (тренутни) однос извесне индивидуе према одређеном делу у одређеној ситуацији. С тим у вези, може се догодити да се урачунљивост учиниоца утврђује после протеча дужег временског периода од извршења дела, било зато што дело није одмах откривено, било због тога што није на време наређено психијатријско вештачење у кривичном поступку. У таквој ситуацији је неопходно извршити реконструкцију психичког стања учиниоца у време извршења дела и утврдити његово психичко функционосање у односу на дело, што је врло тежак задатак, за који је мало вероватно да се може извршити без грешака. Ово нарочито када су у питању "привремено душевно поремећени" учиниоци, који се након извршења дела веома брзо враћају у нормално психичко стање, без икаквих оштећења психичких функција.

Даљи проблем се огледа у методу који се примењује за утврђивање (не)урачунљивости. Наиме, не постоји објективни метод, који би гарантовао да ће се на егзактан начин утврдити чињенице од којих зависи правилна процена нечије урачунљивости. Овај проблем произилази, пре свега, из недовољног развоја психијатријске и осталих наука које се баве проучавањем човека, које не познају довољно самог човека. Стога, испитивање урачунљивости у одређеној мери зависи и од субјективне оцене самог судије, односно вештака – психијатра. Дакле, примењује се објективно – субјективни метод, што ствара додатне тешкоће у овој, самој по себи, осетљивој материји.

Коначно, законска дефиниција неурачунљивости у нашем кривичном праву није најпрецизнија. Ту, пре свега, мислимо на поједине (био)психолошке основе неурачунљивости (битно смањене урачунљивости), који су прописани у члану 12 ОКЗ. Тако, наш закон употребљава неадекватне изразе, као што су: "трајна душевна болест", "привремена душевна болест" и "привремена душевна поремећеност". Не води се довољно рачуна да су у питању психијатријске категорије, односно појмови, због чега се приликом њиховог навођења мора користити актуелни психијатријски речник. Не само да је законска дефиниција неурачунљивости (битно смањене урачунљивости) непрецизна, већ је и непотпуна, јер не садржи посебан (био)психолошки основ под који би се могле подвести психопатије, неурозе и нагонски поремећаји, који у ретким случајевима могу довести до знатног смањења, па и искључења урачунљивости.

II

Напред наведени проблеми би могли проузроковати знатне тешкоће за правилно испитивање нечије урачунљивости у судској пракси. Да би то проверили, прегледали смо већину судских одлука на подручју новосадског Округног суда, којима су изречене мере безбедности из чл.63 и чл.64 ОКЗ² у периоду од почетка 1979. до краја 1994. године, као и све овакве судске одлуке на подручју

² Мере безбедности из чл.63 и чл.64 ОКЗ се изричу особама које су у време извршења дела биле неурачунљиве или битно смањено урачунљиве.

новосадског Општинског и Окружног суда од почетка 1995. до средине 2002. године. На основу прегледаних судских одлука, дошли смо до следећих података:

Карактеристике учинилаца:

- Пол: 51. особа мушког и 5 особа женског пола;
- Старост у време извршења дела: 44 године, у просеку;
- Ранија осуђиваност: 11 осуђиваних и 45 неосуђиваних;
- Брачно стање: 30 особа у браку и 26 ван брака;
- Стручна спрема: 54 особе је имало нижу, а 2 особе вишу и високу стручну спрему.

Кривична (не)одговорност: Учиниоци су у 52 случаја у време извршења дела дела били неурачунљиви, а само 4 пута битно смањено урачунљиви.³

Учињена дела: 22 убиства, 16 покушаја убиства, 2 кривична дела повреде угледа СФРЈ, одузимање возила, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, тешка телесна повреда, непријатељска пропаганда, противприродни блуд са лицем које није навршило четрнаест година, покушај разбојништва, покушај тешке крађе. Поред тога, неке особе су учиниле више дела у стицају: (покушај разбојништва и неовлашћено ношење ватреног оружја) ; (два разбојништва) ; (две крађе и тешка крађа) ; (тешка крађа, изазивање опште опасности и тешка телесна повреда) ; (три тешке крађе у продужењу) ; (четири кривична дела тешки случајеви разбојништва у продужењу) ; (две блудне радње и покушај обљубе са лицем које није навршило 14 година) ; (убиство и тешка крађа) и (покушај убиства и тешка телесна повреда).

(Био)психолошки основи неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости: Душевна болест (40), привремена душевна поремећеност (6), заостали душевни развој (3). Иако то није у складу са законом, као основи неурачунљивости (битно смањене урачунљивости) се још наводе: психопатија (2), хронични алкохолизам (3), органска психичка измењеност, а у једној судској одлуци се основ не наводи.

Дијагноза: Схизофренија (10), параноидна схизофренија (8), параноидна психоза (8), органски психосиндром (4), душевна болест (4), параноја (3), тешка психопатија (2), темпорална епилепсија, манична психоза и депресивна психоза.

Изречене кривичне санкције: 56 мера безбедности психијатријског карактера. Мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи је изречена 46 пута, а мера обавезног психијатријског лечења на слободи 10 пута.⁴

³ Њима је мера безбедности из чл. 63 ОКЗ изречена уз казну затвора од четири (два пута), односно шест година (два пута).

⁴ Занимљиво је да је суд ову меру почео да изриче тек од почетка деведесетих година. Наиме, само је у два случаја изречена пре тога (једном 1983, а други пут 1986. године). Овакво стање чуди ако се зна да је мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи унета у наше кривично законодавство 1976. године.

Може се приметити да учиниоци, који су у време извршења дела били неурачунљиви, углавном, припадају средњем и млађем узрасту, уз неколико изузетака. Велика већина је била мушког пола, а раније су, махом, били неосуђивани. Поседују нижу стручну спрему.⁵

Што се тиче кривичних дела која су починиле особе које су у време извршења дела биле неурачунљиве, преовлађују кривична дела против живота и тела, и то убиства и покушаји убиства.⁶

Њима је за извршена кривична дела суд изрекао меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи (52 пута), односно меру обавезног психијатријског лечења на слободи (10 пута).⁷

Најчешћи (био)психолошки основ неурачунљивости је душевна болест (пре свега шизофренија).

III

Прегледани материјал доказује да у пракси судова постоје знатне тешкоће, које, свакако, имају утицаја на правилно испитивање нечије урачунљивости, а које у великој мери произилазе из неразумевања природе и садржине института неурачунљивости (битно смањене урачунљивости), као и из непрецизне, а у једном делу и непотпуне, законске регулативе.

Напред смо истакли да је неурачунљивост, са формалне стране, правни појам, јер га психијатрија и психологија не познају, али да је његова садржина мешовита. С тим у вези, да би постојала неурачунљивост, неопходно је да постоји и (био)психолошка и нормативна компонента. О (био)психолошкој компоненти треба да одлучује вештак – психијатар, који утврђује да ли је у тренутку извршења дела код учиниоца постојао психопатолошки процес или стање, и на који начин су утицали на психичко функционисање учиниоца. О нормативној компоненти треба да одлучује судија, који, на основу података које добије од вештака и података које сам прикупи, доноси одлуку о томе да ли је учинилац у одређеном тренутку могао да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима у односу на исто, и на основу тога, да ли је у тренутку извршења дела био урачунљив, неурачунљив, или битно смањено урачунљив. За то су судији потребна знања из области психијатрије и психологије. Како већина судија не поседује ни елементарна знања из ових научних дисциплина, то и не могу да донесу поменућу одлуку. У нашој судској пракси, не само да судија не утврђује нормативну компоненту неурачунљивости, већ, понекад, не доноси ни декларативну одлуку да је одређено лице у тренутку извршења дела било неурачунљиво (битно смањено урачунљиво). Да апсурд буде већи, судија, у наредби којом се одређује психијатријско вештачење и поверава одређеном вештаку, у неким случајевима, чак, изричито захтева од вештака да се о томе изјасни. Овакво поступање судова је неприхватљиво, јер је, не само

⁵ Само једна особа је имала завршен факултет.

⁶ Углавном је реч о убиству (покушају убиства) брачног друга или родитеља.

⁷ Односне мере се у пракси, углавном, примењују на неурачунљиве учиниоце, а само изузетно на битно смањено урачунљиве.

нелегитимно, већ и незаконито. Наиме, институт (не)урачунљивости (битно смањене урачунљивости) је правни институт, којег психијатријска наука не познаје, и који је уведен за потребе кривичног права. Стога, психијатар не сме самоиницијативно да употребљава овај термин, нити судија може то од њега да тражи. Ово је, истовремено, и противзаконито. Јер, вештак је једино овлашћен, на основу Законика, да, када установи да је душевно стање окривљеног поремећено, одреди природу, врсту, степен и трајност поремећености и да своје мишљење о томе какав је утицај такво душевно стање имало и какав још има на схватање и поступке окривљеног, као и да ли је и у којој мери поремећај душевног стања постојао у време извршења дела.⁸ Дакле, Законик о кривичном поступку овлашћује вештака – психијатра да се изјасни једино о (био)психолошкој компоненти неурачунљивости (битно смањене урачунљивости) и да пружи судији још неке корисне податке који ће му помоћи да донесе правилну одлуку о нормативној компоненти неурачунљивости (битно смањене урачунљивости), а преко тога и одлуку, да ли је учинилац у време извршења дела био неурачунљив, битно смањено урачунљив или урачунљив. Као што смо истакли, у пракси наших судова се о овоме не води довољно рачуна, па се у образложењима већине судских одлука цитира став вештака о способности учиниоца да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима у односу на исто, а у појединим судским одлукама се наводи став вештака у погледу тога, да ли је учинилац у време извршења дела био неурачунљив, битно смањено урачунљив или урачунљив. У оном малом броју одлука у којима суд (а не вештак) одлучује о нормативној компоненти, та одлука се доноси по аутоматизму, и своди се на пуку констатацију о интелектуалној и волунтаристичкој (не)способности учиниоца, без икаквог образложења које би поткрепило поменути констатацију.

Што се тиче (био)психолошке компоненте неурачунљивости, као (био)психолошки основи неурачунљивости (битно смањене урачунљивости у нашем Закону се наводе: трајна или привремена душевна болест, привремена душевна поремећеност и заостали душевни развој. Због напред поменуте непрецизности терминологије којом се служи законодавац и њене неусклађености са савременим психијатријским речником, у кривичном поступку често долази до неспоразума између судије и вештака – психијатра када треба психопатолошке процесе или стања, чије је постојање вештак утврдио код окривљеног, подвести под непрецизне, а у једном делу и неадекватне законске појмове. Тада је вештак принуђен да изналази компромисна решења или да одступи од етичког кодекса своје струке, када се од њега тражи да неку душевну болест, унапред, у току кривичног поступка, квалификује као трајну, а самим тим и неизлечиву. То некад доводи до одуговлачења кривичног поступка и до правне несигурности.

У неким судским одлукама суд наводи основе искључења урачунљивости које закон не познаје. Тако, у два случаја се као такав основ наводи психопатија, у три хронични алкохолизам, а у једном органска психичка измењеност. С тим у вези, психопатија и хронични алкохолизам нису ни душевна болест, ни привремена

⁸ Вид. чл. 130, ст.3 ЗКП.

душевна поремећеност, нити су заостали душевни развој. Што се тиче "органске психичке измењености", она може бити душевна болест, али може довести и до "привремене душевне поремећености". У једној судској одлуци се (био)психолошки основ неурачунљивости уопште не наводи. Овакво поступање судова је незаконито, али је, осим у последња два случаја, легитимно. Прецизније, судови су у наведеним ситуацијама "измислили" додатне (био)психолошке основе неурачунљивости, који би омогућили да се и на овакве особе примени мера безбедности психијатријског карактера. Да су се судови овде доследно придржавали Закона, ови учиниоци не би могли бити оглашени неурачунљивим нити битно смањено урачунљивим за почињено дело, из напред поменутих разлога. Из тога следи да би њима могла бити изречена једино казна или мера замене за казну. То не би било, ни у њиховом интересу, јер би остали без неопходног психијатријског третмана, ни у интересу друштва, које би остало без неопходне заштите од оваквих особа. Из претходног се може закључити да је, као што смо већ истакли, законска дефиниција неурачунљивости (битно смањене урачунљивости) непотпуна, и да је треба допунити посебним (био)психолошким основом, под који би се могле подвести психопатије, неурозе, нагонски поремећаји и нека друга психопатолошка стања, односно процеси, као и односи зависности, који се не могу подвести под већ постојеће законске основе неурачунљивости (битно смањене урачунљивости).

На основу прегледаног материјала дошли смо, такође, до сазнања, да је суд у свим судским поступцима, аутоматски и некритички, прихватао налаз и мишљење вештака, са образложењем да је налаз стручан, свеобухватан, да је дат по правилима струке, да личност вештака гарантује тачност и стручност налаза и мишљења, а као разлози прихватања вештаковог налаза и мишљења наводе се и "аргументи", да нико од присутних није имао примедба на њега, или није имао примедба бранилац окривљеног. У неким образложењима стекли смо утисак да је суд ценио моралну страну личности вештака, а не стручност и истинитост његовог налаза и мишљења. Као да је суд хтео да каже да вештак ужива углед у друштву и стручној јавности, па да се у истинитост, исправност, потпуност и стручност његовог налаза не сме сумњати, нити се исти може критички оцењивати и испитивати. Да ли то значи да доказ психијатријског вештачења има јачу правну снагу од других доказа и да га судија не цени као и све остале доказе – по слободном судијском уверењу? На ово питање се, када је у питању пракса наших судова, може, углавном, потврдно одговорити. Последица оваквог тренда се може лако назрети, ако се подсетимо предње констатације да се вештак у свом налазу и мишљењу изјашњава о (био)психолошкој, али и о нормативној компоненти неурачунљивости, а неретко доноси и декларативну одлуку о томе да ли је учинилац у време извршења дела био (не)урачунљив. Она (последница) се огледа у томе да у оваквим ситуацијама суде психијатријски вештаци, а не судије. Аргументи, да судија не може да одлучује о тако комплексним питањима која још и излазе из правних оквира, су неприхватљиви. Ако би се овакви аргументи прихватили, то би, истовремено, значило, да суд не сме да преиспитује и критички оцењује налаз и мишљење вештака-психијатра. Осим тога, не само да ова питања не излазе из правних оквира, већ се, управо супротно, налазе у истим. То што је за

давање одговора на нека питања једино компетентан и овлашћен психијатар, не значи да је институт неурачунљивости медицински институт. То је правни институт и појам и о томе се у пракси судова мора водити рачуна.

На крају ћемо се осврнути на могућност да учинилац буде оглашен неурачунљивим за дело крађе, тешке крађе и разбојништва, односно покушај ових дела, како је то учињено у неким судским одлукама. Наиме, да би постојала наведена кривична дела против имовине, неопходно је да код учиниоца постоји намера да се присвајањем туђе покретне ствари постигне противправна имовинска корист. Дакле, намера је елеменат бића кривичног дела. Без овог субјективног елемента, не постоји дело које је у закону предвиђено као кривично, тј. кривично неправно. Пошто особа, која је оглашена неурачунљивом за дело крађе, тешке крађе, односно разбојништва, не може имати намеру да присвајањем туђе покретне ствари прибави противправну имовинску корист, то недостаје један од елемената бића ових дела. Због тога она не може бити неурачунљива у односу на наведена дела, јер их није ни починила. Тачније, о неурачунљивости може бити речи само ако су предузетом радњом остварена сва битна обележја која улазе у законски опис неког кривичног дела. Само такво понашање може бити противправно у кривичном праву. Због тога је у конкретним примерима учинилац могао бити неурачунљив једино у односу на дело одузимања туђе ствари (а не крађе или тешке крађе), односно принуде (а не разбојништва).

*

* * *

На основу напред реченог, може се закључити да је ситуација у судској пракси, по питању правилне процене урачунљивости учинилаца кривичних дела, незадовољавајућа. За то постоје бројни објективни, али и субјективни разлози. Најважнији узроци таквог стања су непрецизност и непотпуност кривичноправних прописа којима се дефинише институт неурачунљивости (битно смањене урачунљивости), мешовита (комплексна) садржина односног института, неразумевање његове правне природе, и што је најважније, непоседовање елементарних знања судија из области психијатрије и психологије. Као последица тога често се у пракси дешавају повреде, како Основног кривичног закона, тако и Законика о кривичном поступку. Због тога је у најскорије време потребно, употпунити и прецизирати законску дефиницију неурачунљивости, правилно схватити правну природу и садржину овог института, и обезбедити услове за стицање основних знања судија (али и осталих правника) из неких ванправних дисциплина (пре свега психијатрије и психологије), чије је поседовање неопходно за правилну примену закона у кривичном поступку. Само на тај начин се може обезбедити поштовање начела законитости, легитимности и правне сигурности.

Dragiša Drakić, LL.M, Teaching Assistant
Faculty of Law in Novi Sad

Rules on Mental Incompetency as Applied by Courts

Abstract

In the first part the author underlines the importance of mental incompetency issue and the practical relevance of proving mental competence in the course of criminal. The author finds that a correct test of mental competence is very difficult to conduct finding many reasons to prove this statement.

In the second part of this article the author gives the overview of research of 52 judicial decisions of Municipal and District Court in Novi Sad, where courts ruled in favor of mental incompetence as defense to crime.

In the third part the author draws conclusions based on the conducted research regarding problems in judicial practice. The author finds that existing situation is not satisfactory. He defines causes and suggests measures which should be undertaken in order to overcome existing problems

*Мр Гордана Дракић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду*

СУДОВИ НА ПОДРУЧЈУ ВОЈВОДИНЕ И ПРОБЛЕМИ У ЊИХОВОМ РАДУ У ПРВИХ ДЕСЕТ ГОДИНА ПОСТОЈАЊА КРАЉЕВИНЕ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА¹

Сажетак: У раду се указује на основне проблеме који су постојали у судовима на подручју Војводине у току првих десет година постојања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, а који су утицали на брзину и ефикасност њиховог рада. Аутор се осврће и на изглед судске мреже у Војводини непосредно након њеног отцепљења од Угарске и истиче значај оснивања судова више надлежности у Војводини – Апелационог и Касационог.

Кључне речи: Војводина, судови, проблеми, Апелациони суд у Новом Саду, Одељење Б. Касационог суда.

Период од стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца до проглашења отворене диктатуре краља Александра Карађорђевића 1929. године представља у политичком и правном погледу особену етапу постојања међуратне југословенске државе.

У политичком погледу то је био период ограниченог буржоаско-демократског парламентаризма. У току овог периода политичке борбе су се заостравале нарочито у вези са националним и социјалним питањем.

¹ У овом раду смо се одлучили да укажемо на основне проблеме који су постојали у војвођанском судству од 1918. до 1929. године. Детаљније анализирање узрока и последица ових проблема као и напора предузетих на њиховом решавању није могуће остварити у оквиру једног чланка. Сматрамо да сваки од уочених проблема заслужује да буде предмет посебног рада.

У правном погледу заједничка држава Срба, Хрвата и Словенаца је, такође, била специфична, јер није представљала јединствено правно подручје. Правни систем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца представљао је скуп различитих регионалних права наслеђених из претходних правних система појединих југословенских земаља које су ушле у њен састав. "Рад на изједначењу закона у држави отпочео је већ од 1. децембра 1918, а добио је јединствену своју организацију тек од Видовданског устава".²

Напори на пољу изједначења права и доношења јединствених закона трајали су током целог периода постојања заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца. Тај посао је текао споро, пре свега, због тадашњих нестабилних друштвено-економских и политичких прилика.

"Релативно брзо дошло је до делимичног уједначења, али ће правни поредак до краја постојања старе Југославије остати нејединствен и обележен дубоким траговима старих правних система".³

Правни систем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца чинило је шест правних подручја: србијанско, црногорско, војвођанско, хрватско-славонско, далматинско-словеначко и босанско-херцеговачко. Критеријуми за поделу били су правни прописи који су се на поједином подручју примењивали, као и судско-административна надлежност.

Територија Војводине заједно са Међумурјем, чинила је војвођанско правно подручје. После отцепљења Војводине од Угарске морало се решити питање који ће се закони примењивати на територији Баната, Бачке и Барање.

У првим данима након отцепљења решено је да се на територији Баната, Бачке и Барање "и даље примењују мађарски закони донети до 1. новембра 1918. год., уколико нису уперени против народности."⁴ Дакле, одредбе угарских правних прописа биле су примењиване уколико нису биле у супротности са одредбама новог законодавства. У деловима Војводине који су некада припадали Војној граници важило је аустријско право под истим условима као и мађарско. Тако је требало да буде све док се не изврши изједначење закона у целој држави, односно док се не донесу јединствени закони за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца.

У оквиру изградње јединственог правног система у новој држави, требало је формирати и јединствени судски систем. У Војводини је, отцепљењем, престала надлежност виших угарских судова чија су седишта била изван територије Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца.

Војводина је, тако, остала без другостепених и трећестепеног суда. Од Краљевских Табли (као другостепених судова у Угарској) једна – сегединска – је остала

² Ф. Чулиновић, Државноправна историја југославенских земаља XIX. и XX. вијека II, Загреб 1959, 307.

³ Д. Јанковић, Друштвени и политички односи у Краљевству Срба, Хрвата и Словенаца уочи стварања Социјалистичке радничке партије Југославије (комуниста), Историја XX века, Београд 1959, I, 142.

⁴ Н. Игњатовић, *Правосуђе у Војводини после Уједињења*, Летопис Матице српске, Нови Сад 1924, 302, 64.

преко демаркационе линије, а друга – темишварска – је обуставила свој рад. Врховни суд – Краљевска Курија имала је седиште у Будимпешти.⁵

Демаркациона линија је била утврђена Војном конвенцијом која је садржала услове примирја закљученог у Београду 13. новембра 1918. године између мађарске владе и заповедништва Антантине балканске војске.⁶

Мрежа првостепених судова, среских и окружних, на подручју Војводине била је прихваћена из угарског правосудног система. Међутим, власти нове државе су, најпре, морале да изврше велики задатак – да преузму првостепене судове и успоставе у њима редован рад. Тек након тога могло се приступити још већем подухвату, оснивању виших судова, Апелационог и Касационог.

Новосадски окружни суд је био преузет од стране нове власти 20. фебруара 1919. године. Сомборски и Суботички окружни суд били су преузети 21. односно 22. фебруара 1919. године.⁷

Да би правни живот на подручју Војводине био у потпуности организован било је непходно устројити више судове. То је, може се рећи, учињено прилично брзо.

Уредба о оснивању Апелационог суда у Новом Саду за подручје Баната и Бачке донета је 13. новембра 1919. године.⁸ Уредба је имала десет чланова и садржала је основне податке о организацији и надлежности Апелационог суда у Новом Саду. Апелациони суд је судио у другом степену у грађанским и кривичним предметима у којима су окружни судови судили у првом степену. Поред тога, Апелациони суд је вршио надзорну власт у односу на окружне судове, када се радило о пословима судске управе.

Највиши суд на подручју Војводине Одељење Б. Касационог суда основан је следеће 1920. године. *Уредба о устројству Одељења Б. Београдског Касационог суда* донета је 17. септембра 1920. године.⁹

Према слову Уредбе, Одељење Б. је основано да врши све оне задатке који су, када је реч о подручју Баната, Бачке и Барање, спадали у надлежност бивше Краљевске Курије у Будимпешти. Ово Одељење је требало да ради по угарским законима, наредбама и другим прописима издатим пре 1. новембра 1918. године, уколико нису били противни законима, уредбама и наредбама издатим за крајеве Баната, Бачке и Барање од стране надлежних власти Краљевине СХС после наведеног датума.

Оснивањем Апелационог и Одељења Б. Касационог суда, судска мрежа на подручју Војводине је била заокружена. Међутим обиман посао изградње судског система био је само у формалном смислу завршен. Суштински је било потребно

⁵ Исто, 63.

⁶ Б. Кризман, *"Београдско примирје" од 13. новембра 1918*, Зборник за друштвене науке, Нови Сад 1967, 47, 132.

⁷ Видети: Застава бр.30 од 20. фебруара 1919; Српски барјак на згради Новосадског суда; Застава бр.33 од 23. фебруара 1919; Сомборски суд у српским рукама; Застава бр.37 од 28. фебруара 1919; Суботички судбени сто.

⁸ *Службене Новине Краљевства СХС*, бр. 143 од 20. новембра 1919. године.

⁹ *Службене Новине Краљевине СХС*, бр. 229 од 16. октобра 1920. године.

још много напора и времена да се, тако изграђена, судска мрежа испуни стручним кадром и да се реше основни проблеми у функционисању војвођанског правосуђа

Развитак и рад судова на подручју Војводине био је суочен са бројним тешкоћама. Наиме, континуитет у раду судова био је прекинут након одласка судија мађарске националности који нису желели да положе заклетву новој држави. Полагање заклетве новој држави био је услов за ангажовање судија и судских службеника. Судови су углавном остали без судија, али и без помоћног и техничког особља.

Тако се на самом почетку организовања рада судова у Војводини отворило питање недостатка судија. Мали број правника Срба у Војводини били су, углавном, адвокати. Адвокатски ред је, на самом почетку изградње судског система, био основни извор из ког су регрутоване судије за упражњена места у првостепеним судовима. На седници Народне управе која је била одржана 19. фебруара 1919. године, седам адвоката је постављено на упражњена места, за судије односно судске бележнике. При томе је на седници наглашено да се тиме решава један акутни проблем.¹⁰ Дакле, може се рећи да су дотадашњи адвокати били прве војвођанске судије.

Још у децембру 1918. године Народна управа је донела закључак да у Војводини треба формирати Комисију за полагање судијског испита.¹¹

Исто мишљење је изразила делегација најугледнијих Срба судија и адвоката из Војводине у својој представи коју су поднели приликом посете министру правде 1. априла 1919. године.¹²

Крајем 1920. године донета је *Уредба о судијском испиту на територији Баната, Бачке и Барање*.¹³

Доношење Уредбе представљало је обезбеђивање правних претпоставки за стварање судијског кадра на подручју Војводине. Уредбом су били детаљно прописани услови за излазак на судијски испит као и организација самог испита. Уредбом је био установљен и Одбор, односно комисија за испитивање кандидата за судије. Чланове Одбора је постављао министар правде за период од три године из реда судија Одељења Б. Касационог суда, Апелационог суда, Врховног и Главног Државног тужилаштва.

Да је недостатак судија представљао крупан и перманентан проблем у војвођанским судовима током првих десет година постојања заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца, потврђују и подаци из архивске грађе архивских фондова Апелационог и Окружног суда у Новом Саду.¹⁴

¹⁰ Архив Војводине, Фонд Народне управе, Записник са седнице Народне управе од 19. фебруара 1919. године.

¹¹ Архив Војводине, Фонд Народне управе, Записник са седнице Народне управе од 23. новембра 1918. (по старом календару).

¹² Застава бр.70 од 9. априла 1919; Делегација Срба правозаступника и судца у Београду.

¹³ *Службене Новине Краљевине СХС* бр.5 од 6. јануара 1921. године.

¹⁴ Видети: Архив Војводине, Фонд Апелациони суд Нови Сад 1919-1941, Бр. Предс. I Б. 8-14/1920 и Бр.Предс. I Б. 23,24/1920; као и Архив Војводине Фонд Окружни суд Нови Сад 1919-1941, Бр.Предс. I Ж. 36/1926 и Бр. Предс. I А. 83/1926.

У својим редовним извештајима, које су слали Апелационом суду, као надзорном суду, окружни судови у Војводини су наглашавали недостатак судија али и судског особља. При том су нарочито истицали да то неповољно утиче на брзину рада у судовима.

Оскудица судија, и уопште правосудног кадра, осећала се и другим покрајинама Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Али оно што је било специфично за подручје Војводине и што је отежавало попуњавање упражњених места у судовима јесте да су кандидати поред службеног - српског морали да знају и мађарски језик. То је било потребно с обзиром на то да су у Војводини угарски закони и други прописи остали на снази до коначног изједначења права у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца.

Следећи проблем са којим су били суочени војвођански судови и који је у суштини био у непосредној вези са недостатком судија био је проблем нерешених судских предмета.

У питању су били судски предмети заостали из времена мађарског режима чије је решавање било прекинуто још у току Првог светског рата. С обзиром на недостатак стручних кадрова заостали предмети су били споро решавани, а број нових предмета се из дана у дан повећавао.

Проблем нерешених судских предмета је током времена постао израженији јер је у судовима дошло до повећања обима послова. Нарочито је то било уочљиво код Новосадског окружног суда који је имао шири делокруг у односу на остале окружне судове на територији судске надлежности Апелационог суда у Новом Саду. Нови Сад је, наиме, од обичне вароши постао културни и економски центар Војводине што је с обзиром на већу привредну активност довело и до повећања броја правних спорова.¹⁵

Постојао је још један проблем који је утицао на рад војвођанских судова у периоду првих десет година од уједињења и стварао правну несигурност.

Наиме, још 1928. године, дакле десет година након отцепљења Војводине од Угарске, било је угарских закона и министарских наредаба који су се примењивали, а који нису били преведени на службени језик.

То је не само отежавало рад претежном броју судија који нису знали мађарски језик, већ је утицало и на ефикасност и брзину рада у судовима.¹⁶

Међу бројним тешкоћама које су стајале на путу стабилизације тек формираног војвођанског судства свакако треба истаћи и незадовољавајући материјални положај судија.

Овај проблем се јавио на самом почетку изградње судског система у Војводини и био је, између осталог, последица стања у коме се налазио економски систем Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца након рата.

О незадовољавајућем материјалном статусу судија изношена су бројна критичка мишљења како у штампи тако и у стручним текстовима.

¹⁵ Архив Војводине, Фонд Окружни суд Нови Сад 1919-1941, Бр. Предс. I А. 83/1926.

¹⁶ Детаљније о томе видети: В. Белајчић, *Правосудне прилике на подручју Новосадског окружног суда II*, Гласник Адвокатске Коморе за Банат, Бачку и Барању, Нови Сад 1928, I, 1.

Ниска примања у судској служби била су, свакако, један од фактора који су утицали на постојање перманентног дефицита судијског кадра на подручју Војводине.

У чланцима савремених правника истицало се да је један од најважнијих услова за изградњу стабилног и независног судства адекватно материјално награђен судски кадар.¹⁷

*

* * *

Дакле, у судовима на подручју Војводине у првих десет година постојања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца постојали су следећи проблеми: недостатак судија, велики број нерешених судских предмета, одређен број угарских прописа по којима су судови поступали, а који нису били преведени на службени језик и ниске плате, односно незадовољавајући материјални положај судија.

Карактеристично је да су сви наведени проблеми постојали од самог почетка изградње судског система на подручју Војводине, као и да ниједан од њих није био у потпуности превазиђен у току десет година од стварања заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца.

Значајно је, међутим, приметити да се врло рано, код судских власти у Војводини, испољила свест о постојању поменутих проблема. Можемо рећи да су суштина тих проблема и њихов утицај на процес успостављања редовног рада у судовима били правилно схваћени.

Веома значајно, како за формирање судске мреже на подручју Војводине, тако и за организовање рада на превазилажењу бројних тешкоћа у судовима, било је оснивање Апелационог суда у Новом Саду.

Апелациони суд је координирао акције усмерене на успостављање редовног рада у судовима, али и издавао различите наредбе подручним судовима. Наредбе су, између осталог, садржале конкретне предлоге за решавање проблема који су постојали у судовима као и за унапређење стања у њима. Наредбе и дописи које је председник Апелационог суда издавао, односно упућивао нижим судовима, често су садржале критике које су се односиле на рад тих судова, а које су такође утицале на побољшање рада и стања у њима.

Апелациони суд је, поред тога, представљао посредника између нижих судова у Војводини и Министарства правде у Београду.

Након оснивања Одељења Б. Касационог суда, тај суд је, као највиши, преузео управљање правним животом на подручју Војводине.

Устројењем судова више надлежности, односно завршетком изградње судске мреже на подручју Војводине постојећи проблеми у раду судова нису били превазиђени иако је био омогућен комплекснији приступ њиховом решавању.

Наведени проблеми били су само део стања које је постојало у партикуларном правном систему Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. Њихово решавање је

¹⁷ Детаљније о томе видети: М. Маширевић, *О санирању државнога правосуђа у Војводини*, Мјесечник, Загреб 1925, 7, 291.

зависило од брзине и квалитета рада на реформисању правног система и унификацији правосудног законодавства.

Тај посао је, међутим, текао веома споро и није имао чврст континуитет. Нестабилне политичке прилике у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца нису дозвољавале да изградња новог правног и судског система брже и успешније напредује.

Поред проблема, у раду војвођанских судова било је и успеха. Основни циљ од почетка изградње судског система у Војводини био је да се у свим судовима успостави редован рад и санирају последице проузроковане прекидом континуитета у раду.

Тај циљ је делимично био остварен јер је у свим судским инстанцама био успостављен редован рад и обезбеђена је заштита права странака у поступку пред судовима.

Санирање последица насталих прекидом континуитета у раду судова, након отцепљења Војводине од Угарске, састојало се у борби против наведених проблема. Та борба није била успешно окончана у периоду који смо у раду посматрали. Међутим, можемо закључити да је с обзиром на тадашње прилике веома значајно било што је та борба истрајно вођена.

*Gordana Drakić, Teaching Assistant
Faculty of Law in Novi Sad*

Courts in the Territory of Vojvodina and Problems in Their Work during First Ten Years of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract

During first ten years of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes there were few problems affecting judiciary: lack of qualified judges, case overload, a number of Hungarian laws which courts enforced despite the fact that they were not translated into official language, unsatisfactory remuneration for judges.

All these problems existed from the beginning of judiciary reorganization and none of them was resolved during first ten years of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

However, judiciary was very aware of these problems from the very beginning. Such approach considerably contributed to normal functioning of judiciary as its members understood meaning and scope of these problems.

Establishment of the Court of Appeals in Novi Sad was very important for organizing a network of courts in the territory of Vojvodina as well as for overcoming existing problems.

After Department B of the Court of Cassation was established, this Court, being the highest court, overtook the leading judicial role in the territory of Vojvodina.

The completion of network of courts and setting up courts of higher and lower levels still did not lead to overcoming all problems. However, it became possible to have a more comprehensive approach in order to address them.

Particularity of legal system of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes did not involve only judiciary. There was a need to overcome this particularity through reforms and unification of rules on judiciary.

This project was long and often discontinued. Unstable political environment in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes impeded a prompt development and progress of the new legal and judicial system